STUDI IN ONORE DI ANTONIO FIORELLA

VOLUME II

a cura di

Mauro Catenacci, Vincenzo Nico D'Ascola,
Roberto Rampioni

34 Collana L'Unità del Diritto

RomaTrE-Press
2021

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. P. Carnevale (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. Benigni (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. Zeno-Zencovich, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. Gambacciani, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. Massaro, M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. Viti, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. Cardia, R. Benigni (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. Nuzzo, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. Grisi, C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno,* 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. Anastasia, P. Gonnella (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. Benigni, B. Cortese (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. Ruotolo, M. Caredda (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.)

21. N. Posteraro, M. Sinisi (a cura di), *Questioni di fine vita,* 2020

22. G. Resta (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica,* 2020

23. F. Lattanzi (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020

24. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020

25. B. Cortese, *La tutela in caso di vizio della* res empta *e della* res locata*: inadempimento rispondenza* ex fide bona, 2020

26. M.S. Bonomi, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali,* 2020

27. G. Grisi, F. Rassu (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie,* 2020

28. F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020

29. S Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020

30. A. Massaro (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020

31. R. Benigni (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021

32. E. Calzolaio, R. Torino, L. Vagni (a cura di), Liber amicorum *Luigi Moccia*, 2021

33. A. Carratta (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

STUDI IN ONORE DI ANTONIO FIORELLA

VOLUME II

a cura di
Mauro Catenacci, Vincenzo Nico D'Ascola,
Roberto Rampioni

34 L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

RomaTrE-Press
2021

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma Tr*E-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review.*

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, settembre 2021
ISBN: 979-12-5977-041-7

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma Tr*E-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

Volume II

SCRITTI SULLA PARTE SPECIALE

Salvatore Aleo, *La problematica penalistica della criminalità organizzata, la teoria dell'organizzazione e lo Stato di diritto* 1103

Stefano Canestrari, *In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)* 1125

Ombretta Di Giovine, *Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive* 1135

Stefano Fiore, *Tracce di distopia legislativa nella 'spazzacorrotti'. Funzioni simboliche e deterrenza 'latente' nell'uso della non punibilità* 1159

Gabriele Fornasari, *Ancora un passo verso l'affermazione dell'autodeterminazione alla morte: la Corte costituzionale austriaca dichiara illegittima la disposizione in tema di aiuto al suicidio. Un primo commento a caldo* 1185

Dario Franzin, *"L'ombra del sospetto" e la "banalità della vita quotidiana": nuove forme di terrorismo e responsabilità penale* 1197

Marco Gambardella, Simul stabunt vel simul cadent. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio* 1217

Carlo Longobardo, *La legislazione italiana antiterrorismo: uno specchio degli attuali mali del diritto penale postmoderno* 1247

Beatrice Magro, *Autodeterminazione terapeutica e autodeterminazione alla morte dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019* 1271

Adelmo Manna, *I delitti ambientali tra storia, dogmatica e politica criminale* 1299

Ilaria Merenda, *Mafia & corruzione? Un binomio da sciogliere* 1315

Nicola Pisani, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione* 1327

Carlo Ruga Riva, *Il "sentimento per gli animali": critica di un bene giuridico (troppo) umano e (comunque) inutile* 1347

Giuseppe Santalucia, *Lo scambio elettorale politico-mafioso e il concorso esterno in associazione mafiosa. Qualche rinnovata riflessione alla luce dell'ultima novella* 1363

Sergio Seminara, *Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione, nei reati societari e nei reati finanziari* 1375

Andrea Sereni, *Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia* 1389

Anna Salvina Valenzano, *Il rilievo dell'omissione nella truffa* 1431

Sergio Vinciguerra, *L'evoluzione in Italia del suicidio assistito fra storia e costituzionalità* 1457

DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA E DEGLI ENTI

Donato Castronuovo, *Garanti della sicurezza del lavoro e loro qualificazione alternativa come apicali o subordinati in ambito 231* 1477

Alberto De Vita, *Condizioni e limiti di operatività della delega di funzioni nel diritto penale dell'impresa. La cessione a terzi del "debito di sicurezza" e la trasmutazione del datore di lavoro da debitore a garante del debito* 1501

Alberto di Martino, *Appunti in tema di reati commessi all'estero e responsabilità degli enti* 1523

Massimo Donini, *Premesse storiche a una concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale* 1555

Luigi Foffani, *Per una codificazione possibile dei delitti in materia economica* 1577

Désirée Fondaroli, *L'attività di vigilanza della Consob tra tutele e violazioni delle garanzie fondamentali* 1593

William S. Laufer, *Some observations about corporate criminal justice: thirty years later* 1613

Vittorio Manes, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo* 1621

Silvia Massi, *Aspetti problematici della responsabilità del datore di lavoro e/o dell'ente per 'ripartizione difettosa dell'organizzazione'* 1657

Anna Maria Maugeri, *La funzione del sistema sanzionatorio del D.Lgs. n. 231/2001: la rieducazione dell'ente* 1681

Nicola Mazzacuva, *La singolare 'fortuna' di una figura criminosa (un tempo) non applicata: le 'operazioni dolose' di cui all'art. 223, c. 2, n. 2, l. fallimentare* 1703

Gaetana Morgante, *La ripartizione volontaria dei doveri di sicurezza tra garanti 'innominati': la delega di funzioni* 1715

Carlo Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali* 1743

Daniele Piva, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema* 1767

Stefano Preziosi, *Nuova disciplina degli abusi di mercato e bene giuridico tutelato nella manipolazione di mercato* 1787

Alessandra Rossi, *La responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di vigilanza* 1809

Elisa Scaroina, *Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse* 1835

Nicola Selvaggi, *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la* 'compliance' *nella piccola impresa: un'introduzione al problema* 1857

Paola Severino, *Corruzione e crisi pandemica: vecchi problemi e nuove sfide* 1879

Morikazu Taguchi, *Neue Herausforderungen hinsichtlich der Bekämpfung der Unternehmenskriminalität in Japan* 1895

Maria Teresa Trapasso, Workforce composition *e rischio infortunistico: la tutela penale dei lavoratori al tempo del lavoro 'flessibile'* 1909

Andrea Francesco Tripodi, *L'ente nel doppio binario punitivo: note sulla configurazione* metaindividuale *dei doppi binari sanzionatori* 1927

Paolo Veneziani, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario* 1971

Tiziana Vitarelli, *Il Responsabile del Servizio di prevenzione e protezione: mero consulente o vero e proprio garante?* 2001

Roberto Zannotti, *La responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato nell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano: un confronto con il sistema italiano* 2027

SCRITTI SULLA PARTE SPECIALE

Salvatore Aleo*

La problematica penalistica della criminalità organizzata, la teoria dell'organizzazione e lo Stato di diritto

Sommario: 1. Le figure delittuose politiche e quelle associative nella storia dello Stato di diritto e della cultura giuridica moderna – 2. La nozione di criminalità organizzata e la cultura dello Stato di diritto – 3. Epistemologia della complessità e teoria dell'organizzazione – 4. Insufficienza della causalità nella rappresentazione della condotta collettiva. Il concorso di persone – 5. Teoria dell'organizzazione e figure delittuose associative. La problematica del concorso esterno – 6. L'analisi sistemica e funzionalistica per la teoria della giustizia e delle garanzie.

1. *Le figure delittuose politiche e quelle associative nella storia dello Stato di diritto e della cultura giuridica moderna*

Un primo dato da cui muovere la riflessione è quello che le figure delittuose politiche e le figure delittuose associative sono sempre state considerate difformi rispetto ai principi definiti generali del diritto e della responsabilità penale, dello Stato di diritto, giustificate, rispettivamente, dalla particolare entità del bene protetto, l'assetto sociale e istituzionale, e dalla particolare pericolosità delle forme associative. Le difformità riguardano la soglia della responsabilità e della tutela, in confronto alle figure delittuose ordinarie, e le carenze di tassatività e determinatezza di simili nozioni delittuose, che possono essere considerate corollari, d'altro canto, della complessità dei dati oggetto di considerazione, dal punto di vista sia dei beni tutelati e offesi che (della dimensione collettiva) degli autori.

Nella Riforma della legislazione criminale toscana del 1786 il granduca Pietro Leopoldo stabilì l'abolizione, insieme con quella della pena di morte, dei delitti di Lesa Maestà, di cui il fatto non corrispondesse anche con una figura delittuosa ordinaria. Questa esperienza è rimasta unica nella storia.

Un altro dato è la connotazione binaria inter-individuale della codificazione, così del delitto (un autore e una vittima) come del contratto

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Catania.

(incontro delle volontà libere di due individui). Di questa connotazione è espressione la struttura del delitto tentato, costruita sul requisito dell'inizio di esecuzione (*commencement d'exécution*): in cui la condotta del singolo individuo è sia direttamente riconoscibile, nell'intenzione delittuosa, sia non più suscettibile, o scarsamente suscettibile, del mutamento di destinazione; con la conseguente distinzione teorica ottocentesca fra atti esecutivi, punibili, e atti preparatori, in generale non punibili.

In confronto a questa struttura, a questa impostazione, si sono formate, d'altro canto, sia la disciplina che la teorica dell'istigazione, dell'accordo, dell'attentato, dell'associazione, relativi alla commissione di uno o più delitti contro lo Stato, come forme derogatorie rispetto alla disciplina generale, giustificate appunto dalla essenziale importanza dell'interesse protetto, la stabilità stessa dell'assetto sociale e istituzionale.

Nell'edizione ufficiale del codice penale napoleonico 'pel Regno d'Italia' la nozione di *complot* è stata tradotta *cospirazione* e così è rimasta nella nostra cultura.

La *conspiracy* del sistema anglosassone trova giustificazione teorica nell'arretramento della soglia della protezione e della responsabilità, rispetto a quella del tentativo, all'accordo fra più persone, relativamente alla commissione di delitti di una certa gravità. In concreto, però, la figura della *conspiracy* non ha mai svolto tale funzione (di anticipazione), ma piuttosto quelle di aggravamento della responsabilità del fatto, riconducibile alla forma consumata, nonché tentata, realizzato con una dimensione organizzativa plurisoggettiva; di determinazione della responsabilità per la sola forma plurisoggettiva organizzata del fatto; di determinazione della responsabilità del fatto, definito in precedenti casi giudiziari di responsabilità civile o amministrativa, deciso, deliberato, nel caso di specie, da una pluralità di persone (per esempio in materia di danni da attività industriali, di cautele antinfortunistiche, di inquinamento); di stimolo del patteggiamento, di tale configurazione, per ottenere la collaborazione dell'imputato, nel sistema della discrezionalità dell'azione penale[1].

Nel 1876 nel codice penale tedesco fu introdotto il § 49a ('*Istigazione infruttuosa*', cosiddetto *Duchesne Paragraph*), a imitazione di una legge belga dell'anno prima, allorché il belga *Duchesne* si offrì all'arcivescovo di Parigi per uccidere il principe di Bismarck, in cui furono puniti l'istigazione e il concerto di commettere un'azione sanzionata penalmente come crimine, e

[1] Possono vedersi i saggi di M. Papa, *La conspiracy nel diritto penale statunitense: la fattispecie e la sua evoluzione storica*, Centro Stampa, Firenze 1989; Id., voce *Conspiracy*, in «DDP», Utet, Torino 1989, vol. III, pp. 84 ss.; E. Grande, *Accordo criminoso e* conspiracy. *Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Cedam, Padova 1993.

nel § 49b fu previsto e punito il *'Complotto di omicidio'*.

Nella disciplina del tentativo del codice Zanardelli, al criterio napoleonico dell'inizio di esecuzione fu aggiunto quello dell'idoneità dei mezzi.

La disciplina del delitto tentato del codice Rocco, diversa da tutti i codici precedenti, va considerata con riferimento, eminentemente, al fatto di più persone: riconoscibile nella direzione delittuosa, per la pluralità, convergente verso quello scopo, ovvero sinergia, dei singoli comportamenti, in una fase antecedente rispetto all'inizio di esecuzione, già nella fase preparatoria, e più scarsamente suscettibile del mutamento di destinazione, in confronto al comportamento dell'autore individuale. Questa lettura trova conferma nella previsione dell'art. 115 c.p., che nell'intenzione del legislatore (così come, peraltro, l'art. 49 c.p. comma secondo) contribuisce alla definizione della soglia inferiore del tentativo, per l'ipotesi di realizzazione da una pluralità di persone. È significativo, conferma di questa lettura, che tale precisazione dell'art. 115 c.p. non esista negli altri sistemi, in cui il tentativo è costruito secondo il criterio dell'inizio di esecuzione.

La figura attuale dell'associazione per delinquere può essere considerata come il risultato di un processo di astrazione e generalizzazione, a partire dalla figura della *association de malfaiteurs*, del codice napoleonico, sorta, subito dopo la rivoluzione francese, con riferimento al fenomeno degli *chauffeurs*, delle bande armate e violente che aggredivano e depredavano i passeggeri: come figura delittuosa autonoma per le bande dirette contro le persone e i beni. Nel codice toscano del 1853 era punita la società formata da tre o più persone per commettere delitti di alcune specie determinate, «di furto, di estorsione, di pirateria, di truffa, di baratteria marittima, o di frode», contemplata fra le disposizioni comuni al titolo «Dei delitti contro gli averi altrui». Nel codice Zanardelli fu prevista l'«associazione per delinquere» (a prescindere, dunque, dalla qualità di 'malfattori' dei protagonisti), fra i delitti «contro l'ordine pubblico», di cinque o più persone, per commettere delitti delle tipologie indicate nella norma secondo gli stessi titoli del codice: «contro l'amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o l'incolumità pubblica, o il buon costume e l'ordine delle famiglie, o contro la persona o la proprietà»; tutti i delitti, dunque, tranne quelli contro lo Stato, per cui erano previste le figure delittuose associative precipue, originarie possiamo pure dire (cospirazione politica, banda armata), e i delitti contro la pubblica amministrazione, per cui evidentemente quel legislatore riteneva impossibile o incongrua la figura delittuosa associativa. Il titolo «contro l'ordine pubblico» era comparso nel codice toscano, ove comprendeva il delitto di associazioni formate «senza la *permission* del Governo». Le prime

figure delittuose associative allo scopo di commettere crimini o delitti, cioè in generale, furono probabilmente quelle dei codici penali olandese e del Canton Ticino[2].

Le figure delittuose associative hanno avuto giustificazione assolutamente prevalente in termini di anticipazione della soglia della responsabilità e quindi della risposta penale, in confronto a quella ordinaria dei delitti, di deroga perciò rispetto al principio generale di non punibilità del mero accordo, in considerazione della particolare pericolosità costituita da un'associazione, diretta alla commissione di delitti; a partire dall'analisi di Carrara, de *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*: «È una associazione che vuole essere punita eccezionalmente perché la sua costituzione aggredirà i diritti, possibilmente, di tutti i consociati, e non limitativamente i diritti di alcuni cittadini come nell'accordo ad un delitto determinato»[3].

Per ciò che riguarda la dimensione generale dell'associazione, la rappresentazione di tale funzione definita di anticipazione sembra abbastanza contraddetta non solo dalla prassi giudiziaria, ma anche dalla realtà criminologica. In concreto, infatti, in sede giudiziaria, le figure delittuose associative, per lo più, vengono dedotte, sono oggetto di ricostruzione, *ex post*, dai delitti realizzati e dal collegamento di questi con una struttura plurisoggettiva, che ne è considerata organizzativa. Ma pure, nella realtà dei fatti, nascono dalla stessa realizzazione di delitti, in concorso di persone, delle stesse persone, dalla divisione e riutilizzazione dei profitti in future imprese delittuose, più che da fatti intellettuali di accordo e da programmi formali.

Per ciò che riguarda la dimensione generale dell'associazione, tale funzione definita di anticipazione è contraddetta formalmente dalla previsione dell'associazione di tipo mafioso: che presuppone l'attività delittuosa realizzata dall'associazione, con caratteristiche e diffusione tali da aver determinato la condizione di assoggettamento e controllo ambientale di cui gli associati, appunto, «si avvalgono». Un'associazione i cui membri avessero bisogno di esercitare l'intimidazione per ottenere vantaggi illeciti sarebbe ancora associazione per delinquere, non di tipo mafioso.

Per ciò che riguarda in generale l'associazione, la funzione definita di anticipazione è maggiormente concepibile per le associazioni di carattere politico, che hanno infatti una dimensione ideologica, e con riferimento

[2] Mi permetto di rinviare il lettore al mio *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, cap. II, *Profilo storico e comparatistico*, Giuffrè, Milano 2009.

[3] F. Carrara, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, in «Enciclopedia giuridica italiana», diretta da P. S. Mancini, vol. I, Società Editrice Libraria, Milano 1884, p. 1117.

appunto a tale dimensione ancora meramente ideologica, ma proprio di cui la rilevanza penalistica è peculiarmente discutibile.

Pure per ciò che riguarda la posizione dei singoli nell'associazione, la funzione così definita di anticipazione può essere considerata invero marginale. In generale il soggetto che fa parte di un'associazione criminale i delitti li ha commessi e continua a commetterli. In linea di principio, da un canto, l'adesione formale non seguita poi da alcuna attività delittuosa dovrebbe essere suscettibile della disciplina generale di non punibilità della desistenza. D'altro canto, il soggetto può bene non aver mai aderito formalmente e tuttavia aver prestato contributi rilevanti ogni volta che c'è stato bisogno di lui. La funzione della figura delittuosa associativa è di definizione del contributo dato all'associazione, in modo distinto e autonomo dalla realizzazione e responsabilità dei singoli delitti: sia perché tale contributo può essere diverso e ulteriore, sia perché gli elementi di fatto che ne sono significativi possono essere diversi dalla prova della responsabilità per i delitti. In tale ultimo senso va considerata pure la funzione di supplenza probatoria, indubbiamente svolta dalle figure delittuose associative, nella prassi, che tuttavia appare scarsamente condivisibile, solo in situazioni assolutamente particolari.

Utilizzando, già, categorie di natura sociologica (vedi avanti), la funzione delle figure delittuose associative può essere definita, innanzitutto, di *generalizzazione*: di definizione della responsabilità, per il contributo personale dato alla struttura dell'associazione, considerata in generale, in modo distinto e autonomo rispetto alla responsabilità dei singoli delitti, e dalla relativa prova. Tale funzione può essere definita, inoltre, di *interdizione*, di tipo concreto e dinamico, dell'esistenza e dell'attività dell'associazione (del processo, del flusso, organizzativo) nella fase stessa del suo svolgimento. Di tale funzione, peculiare rispetto alle funzioni considerate ordinarie del diritto penale, appaiono emblematiche le tecniche della premialità della collaborazione con la giustizia e delle misure di prevenzione, personali e soprattutto patrimoniali: queste tecniche, che accompagnano la storia delle categorie dei delitti politici e associativi, servono infatti a disarticolare la dimensione dell'associazione nelle caratteristiche che ne sono essenziali della solidarietà interpersonale e delle risorse materiali ed economiche. Le nozioni di lotta e di contrasto della criminalità organizzata, che prima erano considerate estranee alla cultura giuridica, oggi sono recepite ed espresse dalla stessa legislazione, come fondamentali. In modo particolare, le figure delle associazioni di tipo mafioso e terroristico sono così diventate baricentri di veri e propri sotto-sistemi penali con elementi di marcata differenziazione, sotto

i distinti profili sostanziale, processuale, dell'esecuzione, amministrativo.

Corrisponde, viceversa, all'indirizzo consolidato della Corte suprema statunitense di ritenere incompatibile con i principi costituzionali la nozione di responsabilità penale per la partecipazione ovvero appartenenza a una associazione od organizzazione criminale, per la mancanza di determinatezza, chiarezza (*unclair*), di una simile nozione. Negli Stati Uniti, la normativa OCCA (*Organized Crime Control Act*) del 1970 ha riguardato i reati tipici dei settori in cui agiscono le organizzazioni criminali, che vi vengono definiti, e il titolo IX, RICO (*Racketeers Influenced and Corrupt Organizations*), ha riguardato in particolare il reinvestimento dei capitali illeciti in attività imprenditoriali e le infiltrazioni nell'economia dei membri e con i metodi delle organizzazioni criminali.

2. *La nozione di criminalità organizzata e la cultura dello Stato di diritto*

La nozione di criminalità organizzata ha cominciato a essere usata in Italia intorno alla metà degli anni settanta, con riferimento ai fenomeni dei sequestri di persona e di diffusione degli stupefacenti nonché ai primi gruppi terroristici: nel linguaggio dei *media* e comune, prima che in quello dei giuristi. Fra i giuristi, intanto, erano frequenti le idee che la mafia fosse una nozione prettamente sociologica e che il giudice non dovesse lottare contro nessuno, dovesse unicamente applicare la legge. Frattanto, la legislazione speciale, definita emergenziale, ha contribuito ad ampliare in modo esponenziale, inizialmente soprattutto in questi campi, il potere discrezionale dei magistrati.

È estranea alla presente trattazione la riflessione, di carattere necessariamente molto più generale e molto più complesso, sulle profonde trasformazioni che ha subito nel frattempo lo Stato di diritto, sul fenomeno della legislazione speciale ovvero della decodificazione, sulla destrutturazione del modello culturale e istituzionale dello Stato di diritto, sulla modificazione del ruolo dei magistrati e sull'incremento appunto esponenziale del potere discrezionale di questi, cui questo tipo di legislazione ha certamente contribuito, comunque di cui è stata espressione clamorosa. Tuttavia, riteniamo che la materia della repressione della criminalità organizzata possa essere considerata abbastanza come un laboratorio, nelle precedenti direzioni, da cui trarre indicazioni valide anche in generale[4].

[4] Mi permetto di rinviare il lettore alla mia recente opera su *Codificazione e decodificazione*, 2

La cultura dello Stato di diritto, sottostante alla codificazione, ha presupposto la pretesa, attitudine e capacità di semplificazione, come l'incontro delle culture razionalistica, illuministica e cattolica. Questo assetto è stato stressato dalle nuove scienze e dal processo di industrializzazione, dalla complessità crescente delle attività umane e della rappresentazione che se ne fa, quindi della cultura e dei fenomeni, della società e della politica: dalla complessificazione reale e culturale, e della politica.

Una considerazione che può sembrare paradossale, che invece suscita stupore, è che coloro che si occupano professionalmente di criminalità organizzata hanno poca dimestichezza scientifica con la rilevanza assunta progressivamente in generale nella cultura dalla problematica e dalla teoria dell'organizzazione. È ovvio che tale rilevanza dipende innanzitutto dalla crescente dimensione organizzativa di tutte le attività umane, ma non è solo così, dipende anche dalla crescente rilevanza della cultura del molteplice, che per brevità necessaria indichiamo come epistemologia della complessità.

Nel frattempo, parallelamente, progressivamente, tutte le scienze assumono consapevolezza dei limiti dell'analisi causale, della categoria causale, che è stata assolutamente centrale della cultura occidentale, precipuamente moderna. Tutte le scienze, tranne quella giuridica, segnatamente penalistica, particolarmente nostrana. Ho cercato di mostrare, in un'opera molto più ampia, come la causalità costituisca fra l'altro un pilastro di un intero assetto culturale, anche di potere sociale[5]. I penalisti tendono a descrivere l'organizzazione eminentemente, essenzialmente, secondo le categorie, le coordinate, dell'accordo e della causalità.

3. *Epistemologia della complessità e teoria dell'organizzazione*

La causalità, possiamo riassumere, in un linguaggio da e per addetti ai lavori, è collegamento logico-conoscitivo di tipo binario, lineare, definitorio di una successione (cronologica), normativo, determinante, esprime la pretesa di necessarietà e sufficienza della spiegazione. La causalità è formale, esprime la logica formale (binaria) e ne è esempio (anche requisito) cruciale, in quanto presuppone la predefinizione astratta e generale delle categorie cui sono riconducibili gli eventi dei due tipi considerati; fra cui viene effettuata la comparazione, essenziale del collegamento logico.

voll., Giuffrè, Milano 2019, in cui mi sono occupato di questa riflessione di carattere generale.

[5] *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pacini, Pisa 2020.

Perciò è tendenzialmente decontestuale; quando diventa probabilistica, e quindi viene contestualizzata, assume connotazioni di tipo funzionalistico: è possibile definirne la dimensione funzionale. La cultura giuridica, così, è formalistica in un senso più profondo del riferimento alle leggi scritte: in quanto utilizza nozioni predefinite in modo astratto e generale.

La teoria dell'organizzazione descrive, e valuta, scelte individuali, di opportunità, in ragione della utilità rispetto al conseguimento di determinate finalità, compara costi e benefici. Tutta un'altra storia. La teoria dell'organizzazione appartiene alla epistemologia della complessità. Complesso è contrario di semplice, ma è diverso da complicato. *Complexus*, latino, vuol dire intrecciato, tessuto insieme. Complesso, nel linguaggio della teoria della scienza contemporanea, è (ciò che attiene o è risultato dell'analisi) multifattoriale e contestuale, di un insieme di elementi considerati in correlazione fra di loro e alla stregua di un contesto, in senso spaziale e temporale, quindi anche dinamico. Questo tipo di analisi guarda i fenomeni (mentre stanno accadendo) piuttosto che gli eventi (accaduti) e tende a sostituire quale oggetto della scienza la verità da scoprire con i problemi da risolvere.

La scienza, in generale, assume consapevolezza della propria approssimazione. Essenziali, quanto ovvi, i riferimenti alla teoria della relatività (ristretta 1905 e generale 1915), secondo cui le stesse nozioni di spazio e di tempo sono relative al sistema di riferimento, e alla meccanica quantistica, fondata sul principio di indeterminazione (1927), il cui significato può essere individuato nel fatto che l'atto della misurazione perturba il campo e quindi l'oggetto della misurazione, e secondo la quale sono possibili solo rappresentazioni probabilistiche dei fenomeni fisici, almeno subatomici. Ingenua appare l'osservazione che, fra l'infinitamente grande e l'infinitamente piccolo di queste analisi, nella vita quotidiana tutto rimane come prima.

La complessità è stata definita nei termini indicati appena sopra inizialmente da un matematico americano, Warren Weaver, nel 1948, in un breve saggio *Science and Complexity*, in cui è contenuta fra l'altro la distinzione fra complessità organizzata, appunto la teoria dell'organizzazione, e complessità disorganizzata, con riferimento alla teoria dei flussi[6].

Appare assai interessante che lungo gli anni sessanta due studiosi di discipline affatto diverse abbiano percorso strade simili, scritto cose simili, appunto in ambiti diversi, senza citarsi vicendevolmente. Ludwig von

[6] W. Weaver, *Science and Complexity*, in «*American Scientist*», n. 36, 1948, pp. 536-544, trad. it. rinvenibile in <*http://ulisse.sissa.it/bUlb0401003.jsp*>.

Bertalanffy, biologo austriaco con curiosità e interesse per la psicologia, e Niklas Luhmann, sociologo tedesco. Hanno attraversato la problematica della complessità, Bertalanffy nel campo delle scienze biologiche, muovendo esplicitamente e direttamente da Weaver, Luhmann nel campo sociologico; hanno esposto a critica l'analisi causale classica, mostrandone le insufficienze; hanno costruito progressivamente la teoria generale dei sistemi, viventi, Bertalanffy, sociali, Luhmann[7]. Hanno utilizzato la *funzione* come chiave di lettura, ovvero il funzionalismo come metodo, della epistemologia della complessità e della teoria dei sistemi.

Sistema può essere definito un insieme di elementi considerati in correlazione fra di loro e alla stregua di un contesto. So di avere utilizzato la medesima definizione data appena più sopra di complesso, o di complessità. Utilizziamo per ora queste nozioni come sinonimi, riservandoci più avanti ulteriori considerazioni.

Già Mach e Russell proposero di sostituire in generale la nozione di causa, essenzialmente qualitativa, con quella di funzione, quantitativa, matematizzabile[8]. Progressivamente l'analisi funzionalistica è diventata il supporto metodologico della epistemologia della complessità e della teoria dell'organizzazione. A leggere Luhmann, tutto quello che spieghiamo in termini causali può essere rappresentato, meglio, in termini funzionalistici, ovvero anche, può dirsi, la causalità è un tipo di relazione funzionale, mentre non è vero il reciproco, perché vi sono rappresentazioni e definizioni funzionalistiche non suscettibili di spiegazione causale: l'analisi funzionalistica è più ampia, copre un maggiore spazio di significati. Anche se potessimo dar ragione a Luhmann, rinunciare alla causalità creerebbe di per sé fra i giuristi una vera Torre di Babele, che sembra una giustificazione più che sufficiente per fare diversamente. Ma ciò non può e non deve valere a ignorare il senso della riflessione.

Sinteticamente, possiamo dire che la funzione esprime un significato più debole, in confronto alla causa, perché non è determinante, ma è espressione di un'analisi più ricca, appunto multifattoriale e contestuale, in senso sia spaziale che temporale. La funzione è nozione quantitativa, che nasce in matematica, come relazione di co-variazione fra grandezze, e

[7] L. von Bertalanffy, *Il sistema uomo. La psicologia nel mondo moderno*, 1967, trad. it., Isedi, Milano 1971, pp. 77-79; Id., *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppo, applicazioni*, 1968, trad. it., Istituto Librario Internazionale, Milano 1971.

[8] Vedi, da un canto, quanto scrive e anche riporta R. Musil, che era già ingegnere, nella sua tesi di laurea in filosofia, *Sulle teorie di Mach*, 1908, trad. it., Adelphi, Milano 1993; d'altro canto, B. Russell, *Sul concetto di causa*, 1912, trad. it. in *Misticismo e logica e altri saggi*, Longanesi, Milano 1980, pp. 170 ss.

viene progressivamente utilizzata nelle scienze biologiche e poi in sociologia, come in antropologia. Esprime una relazione di interdipendenza, fra grandezze (non fra eventi, accaduti). Definisce il contributo di una parte rispetto a un tutto, di un elemento in un insieme, alla stregua di un contesto, spaziale e temporale. Così per esempio, la funzione del cuore e dei polmoni nell'organismo, in funzione della vita, della sopravvivenza del sistema; la funzione di un individuo o di un collettivo o anche di una prassi ovvero di una norma in una struttura sociale; qualsiasi contributo di utilità (costi-benefici). In tal senso, possono essere indicate le analisi, via via, di Durkheim[9], Merton[10], Radcliffe-Brown[11]. La funzione esprime una connotazione di stabilità (almeno dell'analisi), e può essere reciproca, fra grandezze considerate contemporaneamente: per esempio il benessere fisico e il benessere economico di una persona. Questo tipo di relazione, certamente interessante, non è causale. Tra parentesi, un esempio di causalità circolare è costituito dal termostato, che registra la variazione della temperatura e innesca una variazione nel meccanismo di produzione artificiale della temperatura.

Ronald Coase, economista inglese naturalizzato statunitense, premio Nobel per l'economia nel 1991, ha affrontato negli anni trenta la problematica dell'impresa e ha definito l'organizzazione come il trasferimento dentro la struttura dell'impresa delle transazioni tipiche del mercato: perché l'imprenditore organizza l'attività in modo che sono definiti stabilmente ruoli e funzioni, compiti cui sono corrispondenti le remunerazioni: convenzioni di carattere generale che tengono luogo degli accordi caso per caso. Possiamo definire dunque l'organizzazione come il coordinamento di un'attività, per la realizzazione di determinate finalità. Coase sottolinea il fatto che l'organizzazione va tenuta distinta dall'organismo, che «funziona da solo», in quanto l'organizzazione è costituita da 'isole di potere cosciente', soggetti che scelgono, individui[12].

Un altro premio Nobel, Ilya Prigogine, fisico russo naturalizzato belga, premio Nobel per la chimica nel 1975, con la sua teoria delle strutture dissipative (i vortici) ha sostanzialmente sovvertito i termini del rapporto fra ordine e disordine. Nella visione tradizionale, un vortice è un disordine

[9] É. Durkheim, *Le regole del metodo sociologico*, 1895, trad. it., Editori Riuniti, Roma 1996.
[10] R. K. Merton, *Teoria e struttura sociale*, 1949, 1968, trad. it., Il Mulino, Bologna 1971, vol. I, *Teoria sociologica e ricerca empirica*.
[11] A. R. Radcliffe-Brown, *Struttura e funzione nella società primitiva*, 1967, trad. it., Jaka Book, Milano 1968.
[12] R. Coase, *La natura dell'impresa*, 1937, trad. it. in *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna 2006, pp. 74-75.

che si crea nel mondo ordinato, così come il terremoto. Nell'analisi di Prigogine, i vortici sono forme di auto-organizzazione della materia, nel caos del mondo, secondo le delimitazioni dell'ambiente: così dell'atmosfera; ma si pensi anche alle pareti di un lavandino che determinano il flusso dell'acqua[13].

Tutti i flussi, che nel linguaggio di Weaver e di Bertalanffy sono forme di complessità non organizzata, presentano, possiamo dire, elementi di organizzazione. Gli argini del fiume, ma anche un masso che sta in mezzo e determina una separazione del flusso. Nel caso delle auto che rientrano dal week-end (Bertalanffy), la larghezza delle strade, i caselli autostradali, il tempo buono o cattivo, perfino un'importante partita di calcio, trasmessa in televisione: gli anziani si metteranno in macchina per vederla a casa, i giovani faranno tardi; ma tutto può cambiare se nella parte iniziale della partita la squadra del cuore subisce tre gol, molti spegneranno la televisione e torneranno a casa. I flussi della folla che entra allo stadio sono determinati dai tornelli, dai controlli della polizia, dalla larghezza delle scale, e così via.

È certo molto interessante che nell'*Enciclopedia* Einaudi le voci *Ordine/disordine*, *Organizzazione*, *Sistema* siano redatte da Prigogine, insieme con la sua allieva filosofa Isabelle Stengers[14], a denotare infatti come queste nozioni siano assolutamente trasversali e generali della nostra cultura.

Centrale nell'analisi di Prigogine è la nozione di *biforcazione*, come la situazione di equiprobabilità fra diverse alternative: dato A, sono parimenti possibili, equiprobabili, B e C, sia B che C. L'esempio può essere una valanga che scende lungo un crinale: se scivola da una parte, schiaccia un centro abitato e uccide persone; se scivola dall'altra, interrompe il corso di un fiume e seccano le piantagioni. Nasce la nozione storica della fisica.

Appare estremamente interessante, pure affascinante, che nella transizione dalle scienze hard alle scienze umane e sociali le nozioni di sistema e di organizzazione, da sovrapponibili, vadano progressivamente differenziandosi: così nel passaggio dalla fisica, alla chimica, alla biochimica, alla biologia, alla medicina, alla psichiatria, alla psicologia, alla sociologia, all'economia, al diritto, che è la più formalizzata delle scienze umane. In questa transizione aumentano infatti progressivamente le variabili coinvolte, da tenere in considerazione, e nelle scienze propriamente umane, sociali,

[13] Di I. Prigogine vedi *Dall'essere al divenire*, 1978, trad. it., Einaudi, Torino 1986; *Le leggi del caos*, Laterza, Roma-Bari 2006; *La fine delle certezze. Il tempo, il caos e le leggi della natura*, 1996, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino 2014; I. Prigogine, I. Stengers, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, 1979, trad. it., Einaudi, Torino 1999.

[14] I. Prigogine, I. Stengers, *Ordine/disordine*, *Organizzazione* e *Sistema*, in «Enciclopedia Einaudi», Torino rispettivamente vol. X, 1980, pp. 87 ss. e 178 ss., vol. XII, 1981, pp. 993 ss.

rileva, peculiarmente, la libertà di scelta dell'individuo: la biforcazione più pura e meno predicibile che esista in natura[15]. Così la nozione di organizzazione della società è diversa, enormemente più articolata, rispetto a quella di organizzazione della materia. Anche l'organizzazione, d'altro canto, è un flusso, un processo, una dinamica molteplice: nel senso sociologico, collettiva, coordinata.

Il caos è stato scoperto per caso (mi si perdoni l'accostamento, ma l'occasione era imperdibile) da Edward Lorenz, meteorologo. Nel 1961, al Massachusetts Institute of Technology, stava immettendo nel suo enorme calcolatore Royal McBee dati relativi alle condizioni meteorologiche, e andò a prendersi un caffè. Egli aveva trascritto dati con tre decimali, prendendoli da uno stampato precedente, mentre nella memoria del computer erano registrati sei decimali. Quando tornò, un'ora dopo, pensò che si fosse guastato il computer, che fosse saltata una valvola, perché si trovò davanti a grandissime oscillazioni, nei grafici, determinate da piccolissime differenze nelle condizioni iniziali.

Anni dopo, in un seminario del 1979, Lorenz, dopo aver pensato al battito delle ali di un gabbiano, espresse l'immagine che il battito di ali di una farfalla in Brasile possa produrre un cambiamento delle condizioni iniziali che una settimana dopo potrebbe scatenare un tornado nel Texas: donde il nome di 'effetto farfalla'.

Rappresentazioni grafiche del caos sono gli *attrattori strani* (per una curiosa coincidenza l'attrattore strano di Lorenz assomiglia alle ali dispiegate di una farfalla) e il linguaggio dei *frattali* (*fractals*, dal latino *fractus*, rotto, frammentato), entità geometriche che ripetono in scala sempre minore la stessa forma iniziale. Accanto può pure considerarsi la *teoria delle catastrofi* di René Thom, come descrizione, raffigurazione, matematica delle instabilità[16].

Secondo la rappresentazione di Lyotard, la cui definizione della condizione post-moderna riguarda precipuamente le analisi che stiamo

[15] Per la teoria dei sistemi e dell'organizzazione sono fondamentali le opere di M. Crozier, E. Friedberg, *Attore sociale e sistema. Sociologia dell'azione organizzata*, 1977, Etas Libri, Milano 1989, e H. von Foerster (fisico e filosofo austriaco), *Sistemi che osservano*, raccolta di saggi a cura di M. Ceruti, U. Telfner, Astrolabio-Ubaldini, Roma 1987. Vedi anche P. Delattre, *Teoria dei sistemi ed epistemologia. Metodi e concetti utilizzati nelle diverse discipline scientifiche*, 1982, trad. it., Einaudi, Torino 1984. Di questo A. consiglio di vedere la voce *Funzione* dell'*Enciclopedia,* Einaudi, Torino 1979, vol. VI, pp. 415 ss.

[16] R. Thom, *Modèles mathématiques de la morphogenèse*, 10/18, Paris, 1974; *Parabole e catastrofi. Intervista su matematica, scienza e filosofia*, a cura di G. Giorello, S. Morino, il Saggiatore, Milano 1980. Per un'esposizione della teoria delle catastrofi vedi K. Pomian, *Catastrophes et déterminisme*, in «*Libre*», n. 4, Payot, Paris 1978, pp. 115-136.

considerando, «Thom stabilisce il linguaggio matematico che consente di descrivere come in determinati fenomeni possano prodursi delle discontinuità dando luogo a forme inaspettate: tale linguaggio costituisce quella che si definisce la teoria delle catastrofi»[17].

Bertalanffy ne *Il sistema uomo* ha ricordato come il problema dei tre corpi (che si attraggono reciprocamente nella gravitazione universale) sia sostanzialmente irresolubile con le equazioni della fisica classica[18].

Van de Kerchove e Ost, due giuristi belgi, penalista il primo, filosofo del diritto il secondo, hanno definito l'immagine, molto efficace, che la modernità, binaria, causale, semplificatoria, abbia rimosso il terzo[19]. E hanno intitolato «*Il ritorno del terzo*» la conclusione di un capitolo del loro libro[20], relativo alla consapevolezza e quindi alla epistemologia della complessità, ovvero fra l'altro alla consapevolezza dei limiti dell'analisi causale e all'opportunità di analisi diverse e ulteriori. Secondo questi Autori, che fanno riferimento a Morin, epistemologo francese della complessità, si tratta di trasformare la consapevolezza della complessità in metodo di governo della complessità[21].

Mi permetto altresì di far notare come il titolo originale del libro della Delmas-Marty pubblicato in italiano come *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (che è il sottotitolo dell'edizione francese) sia *Le flou du droit*, che può essere tradotto come *La vaghezza del diritto*[22]. Il filtro *flou* in fotografia è quello che può essere definito diffusore, che sfuoca e ammorbidisce le immagini, ne sfuma i contorni. Secondo questa illustre Autrice, è la stessa pressione esercitata dai diritti dell'uomo che contribuisce a rendere vago il diritto, ed essa esprime l'esigenza, auspica, che questo *flou*, storicamente

[17] J.F. Lyotard, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, 1979, trad. it., Feltrinelli, Milano 2012, p. 107.

[18] Von Bertalanffy, *Il sistema uomo*, cit., p. 77.

[19] M. van de Kerchove, F. Ost, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, 1992, trad. it., Giuffrè, Milano 1994.

[20] *Ivi*, pp. 86-88.

[21] *Ivi*, pp. 84-86. Di E. Morin vedi i sei volumi de *La méthode*, 1977-2004, trad. it., *Il metodo*, Raffaello Cortina, Milano, 2001-2005, nonché *Epistémologie de la complexité*, in «*Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*», 1984-1, pp. 47 ss. Di M. van de Kerchove vedi anche *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005 e *Sens et non-sense de la peine. Entre mythe et mystification*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2009.

[22] M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses Univeritaires de France, Paris 1986, trad. it., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 1992.

irreversibile, possa diventare «matematizzabile»[23]. Ciò è possibile, a mio avviso, mediante l'analisi funzionale.

4. *Insufficienza della causalità nella rappresentazione della condotta collettiva. Il concorso di persone*

Il 'terzo' (rimosso dalla modernità) può essere, per esempio, il palo nella rapina.

Nella rappresentazione dei penalisti il singolo contributo è costitutivo del concorso di persone nel reato in quanto 'causale'[24]. Il palo nella rapina non è causale, secondo qualsiasi significato definito nel capitolo sulla causalità: non è *condicio sine qua non* della rapina, perché una rapina si può fare benissimo senza il palo, correndo maggiori rischi e, se riesce, dividendo il bottino in un minor numero di parti, e una rapina complicata si può fare meglio con due pali, diminuendo il rischio e però dividendo il bottino in un maggior numero di parti, ma così potendo fare una rapina più corposa e complicata: questa è la teoria dell'organizzazione (opportunità, costi-benefici, utilità), che costituisce un'analisi affatto diversa da quella causale (ovvero della necessarietà e sufficienza per la spiegazione); men che meno il palo può essere definito, considerato, causalmente adeguato, sufficiente, singolarmente, al verificarsi della rapina.

L'idea della causalità agevolatrice o di rinforzo presuppone che vi sia una condotta principale e le altre accessorie (teoria della accessorietà), e invece in concreto può non essere così, perché le singole condotte parti stanno sostanzialmente tutte sullo stesso piano, per lo meno nessuna realizza autonomamente la fattispecie delittuosa, e comunque non sposta i termini del problema, perché manca di definire peculiarmente il contributo, ovvero definisce 'causale' ciò che non lo è (secondo le teorie causali).

La definizione del contributo come causale nel senso del contributo 'alla causalità' del tutto definisce il secondo termine della relazione ma non definisce, evidentemente, il primo termine, il singolo contributo, le caratteristiche che questo deve avere, dal punto di vista materiale; ne definisce solo l'aspetto soggettivo, il dolo, nella consapevolezza che il soggetto deve avere di contribuire alla realizzazione del fatto delittuoso.

La definizione del contributo come causale nel senso della *condicio sine*

[23] *Ivi*, p. 278.

[24] Da F. Antolisei si può dire che la linea sia ininterrotta, fino all'odierna Cassazione.

qua non del fatto per come in concreto questo si è realizzato[25], nella sua unicità, contraddice il contenuto di astrattezza e generalità, la connotazione normativa, della nozione di causalità, e costituisce una finta spiegazione, ovvero non contribuisce a spiegare, è sempre vera: di qualsiasi elemento presente si può dire che senza di quello il fatto sarebbe stato diverso. Ma così non possiamo distinguere ciò che è rilevante e ciò che non lo è, per la definizione di illiceità penale del contributo al fatto, ovvero di responsabilità penale del suo autore.

A differenza del modello classico della causalità, la nozione di contributo è definita dalla relazione fra chi lo fornisce e chi lo riceve, dalla prestazione effettuata e dall'uso che di questa è fatto, dal contesto in cui la stessa è inserita. Lo stesso contributo può sortire effetti diversi, avere rilevanza diversa, a seconda dell'uso che poi ne venga fatto, del contesto in cui sia inserito. Il concorso morale rilevante in un rapporto intersoggettivo può non esserlo in un rapporto diverso, caratterizzato da posizioni e ruoli sociali differenti. Ancora, la nozione classica di causa vuole definire una soglia semantica: senza A non B. La nozione di contributo è senza soglia: può essere utile un contributo piccolissimo alla realizzazione di un fatto pure ingente. Il contributo alla raccolta dei fondi per la ricerca contro il cancro può essere piccolissimo e tuttavia rilevante.

La nozione di contributo non è tipizzabile: si può definire come criterio, di valutazione e di argomentazione, di misurazione (come le nozioni di causalità, di colpa, di dolo). Una persona si può uccidere in un numero infinito di modi possibili. Un contributo a qualsiasi attività può essere di un numero infinito di modi possibili, ed essere poi utilizzato in un numero infinito di modi possibili. La nozione di contributo dipende dalla (è legata alla) fantasia di chi lo fornisce e di chi lo riceve e lo utilizza. Tutti i tentativi, normativi e culturali, di tipizzazione delle forme di concorso nel reato hanno avuto un'impronta casistica, e non hanno potuto evitare il ricorso a formule di chiusura di carattere generalizzante (definitorie, invero, di criteri, non di modalità di condotta), del tipo 'e comunque aiuta', 'e comunque serve' (che poi è come dire 'e comunque ha contribuito')[26]. Le distinzioni astratte dei

[25] M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, IV ed. rinn. e ampl., Giuffrè, Milano 2012, p. 175.

[26] Può vedersi lo sforzo di S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1987. Vedi poi la definizione contenuta nell'articolato approvato dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale, presieduta da C.F. Grosso, nella seduta del 26 maggio 2001: «Concorre nel reato chiunque partecipa alla sua esecuzione, ovvero determina o istiga altro concorrente, o ne agevola l'esecuzione fornendo aiuto o assistenza causalmente rilevanti per la sua realizzazione».

ruoli sotto il profilo della pena sono poco giustificate, perché non vi sono corrispondenti quantità sostanziali di efficacia della condotta, un contributo formalmente marginale e atipico può essere in concreto più rilevante di uno più centrale e tipico.

Funzione generale della disciplina concorsuale è la definizione della responsabilità per i contributi atipici alla realizzazione del fatto antigiuridico: non ci si può meravigliare se i contributi concorsuali siano considerati non tipizzabili, anche se questa dimensione sta, certo, su un piano diverso rispetto all'altra.

La nozione di contributo a una realizzazione plurisoggettiva ovvero organizzata può essere apprezzata e valutata, argomentata e misurata, nei termini generali della funzionalità: della utilità, della parte rispetto al tutto; della probabilità di conseguimento del risultato, e del maggior risultato, quindi del vantaggio, della diminuzione dei rischi, come dei costi. Queste sono nozioni della teoria dell'organizzazione: analisi e valutazione del rapporto costi-benefici; affatto diverse dalla problematica propriamente causale: che riguarda l'analisi delle condizioni di verificabilità di un evento, soprattutto al fine di evitarne il verificarsi, evitandone le condizioni che possono esserne ritenute necessarie e sufficienti.

D'altro canto, la problematica del concorso di persone nel reato non può essere ridotta senz'altro a quella dell'organizzazione[27]: perché nel concorso di persone possono avere rilevanza condotte, di soggetti estranei al concerto, non preventivate né preventivabili, e tuttavia utili alla realizzazione del fatto: la guardia giurata aiuta i rapinatori, salvo poi chiedere loro, successivamente, una parte del bottino (ma questo elemento non è ovviamente necessario a costituirne la responsabilità per il concorso); un qualsiasi individuo, che passa per caso, aiuta il violentatore invece che la vittima.

Il riferimento in tali casi alla nozione organizzativa mi pare eccessivo, esclusivo del punto di vista di chi fornisce il contributo. La nozione organizzativa (di tipo, come abbiamo visto, sociologico, economico) riguarda peculiarmente il coordinamento delle diverse attività.

La qualificazione del singolo contributo come 'causale' può essere intesa solo nel senso di 'fare la differenza' (v. per esempio Hart e Honoré: '*make the difference*'[28]), cioè della sua rilevanza rispetto all'assenza. Ma poi questa 'rilevanza' può essere argomentata utilmente (solo) in termini funzionali quantitativi, può essere quindi 'misurata' in termini 'funzionali'. Influiscono,

[27] Vedi in tal senso l'analisi di G. Insolera, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1986.

[28] H.L.A. Hart, A.M. Honoré, *Causation in the law*, The Clarendon Press, Oxford 1959, II ed., 1985, rist. 2002.

cioè, come parametri di riferimento, non (non solo e non tanto) le leggi binarie della causalità, bensì quelle probabilistiche e complesse della teoria dell'organizzazione, quelle sociali, psicologiche, delle relazioni fra gli uomini, nonché le norme che disciplinano in concreto l'organizzazione in oggetto.

In concreto, ovviamente, il singolo contributo può essere determinante, rispetto alla verificazione dell'intero, ma ciò non vale in alcun senso a ritenere e utilizzare la causalità come criterio generale di riferimento e valutazione delle dinamiche collettive. Salvo che con la causalità si copra il lessico funzionalistico, ma questo genera grande e inutile confusione.

5. *Teoria dell'organizzazione e figure delittuose associative. La problematica del concorso esterno*

L'applicazione della teoria dell'organizzazione alle figure delittuose associative costituisce possibilità, e criteri, di argomentazione che possono contribuire a superare alcuni dei problemi di genericità e indeterminatezza, come di scarsa consistenza della prova.

La problematica dell'organizzazione, da un canto, non può essere ridotta a quella dell'accordo, dell'adesione formale. Sono le prassi che definiscono la dimensione organizzativa. Così la problematica del concorso di persone non può essere ridotta al momento intellettuale dell'accordo.

D'altro canto, l'analisi dell'organizzazione va condotta nei termini funzionalistici. Nella complessità dell'organizzazione, infatti, i nessi causali sbiadiscono e diventano pure irrilevanti.

L'organizzazione è costituita dalla effettività delle relazioni funzionali. La nozione di organizzazione va tenuta distinta, perciò, dall'organigramma, che è la rappresentazione formale dei ruoli definiti nell'organizzazione, e possono in concreto non corrispondere alla effettività delle funzioni svolte.

Abbiamo detto che la nozione di funzione è caratterizzata dalla stabilità (almeno dell'analisi).

La partecipazione all'associazione può essere definita come la relazione funzionale stabile della persona con la struttura e quindi con l'attività illecita della associazione: tale relazione può dirsi caratterizzata dal dato di fatto che le prestazioni siano reciprocamente garantite e che le parti vi facciano perciò affidamento. L'attività dell'associazione può essere definita penalisticamente secondo le nozioni delittuose ordinarie: cui l'attività del singolo è correlata attraverso la mediazione costituita dalla struttura organizzativa stabile.

Correlativamente, perciò, le nozioni e i criteri dell'organizzazione possono diventare materia di parte generale del diritto penale.

Il concorso eventuale o esterno. Non è vero che si tratti di una creazione giurisprudenziale.

Nei codici ottocenteschi sono previste le forme sia di complicità che di assistenza agli associati. L'ulteriorità di queste ultime rispetto al concorso eventuale nel reato è formale già nel codice Zanardelli. La disciplina generale del concorso di persone nel reato è configurabile per tutti i reati, con la funzione essenziale, ripeto, di definire la responsabilità per i contributi atipici (alla realizzazione del fatto tipico), ovviamente anche per i reati a concorso necessario. Non c'è ragione, al contrario, per sostenerne l'inapplicabilità ai delitti associativi.

Il concorso eventuale o esterno è costituito da qualsiasi contributo, diverso dalla partecipazione, quindi di chi non è elemento della struttura organizzativa stabile dell'associazione, apprezzabile in termini di funzionalità per la struttura e (quindi per) l'attività dell'associazione, considerata in generale, che abbia perciò su di esse (non carattere ma) effetti di stabilità.

La distinzione teorica dalla partecipazione è costituita dalla differenza fra il carattere di stabilità della relazione funzionale e gli effetti di stabilità funzionale della prestazione, anche singola.

In concreto, una differenza rilevante può indicarsi nel fatto che la prestazione del partecipe non deve essere (di volta in volta) negoziata, in quanto egli è elemento (stabile) della struttura organizzativa, quella del concorrente è tale in quanto debba essere (di volta in volta) negoziata, essendo egli appunto elemento solo occasionale.

Abbiamo detto che la nozione di contributo: a) è senza soglia: si può contribuire a un fenomeno ingente con una prestazione piccolissima, e tuttavia rilevante, per la dimensione reale del fenomeno; b) non è tipizzabile: si può contribuire a qualsiasi fenomeno in un numero infinito di modi possibili, non preventivabili.

Definire 'causale' il contributo come 'all'esistenza e al rafforzamento dell'associazione' è complessivamente abbastanza privo di senso. Causale all'esistenza significa che senza il contributo l'associazione non esisterebbe. Causale al rafforzamento è, a rigore, una contraddizione in termini (così come contributo causale: se è contributo, in generale non è – non può essere inteso, in generale, come – causale), e il significato che si vuole esprimere è molto più chiaro in termini funzionali: contribuisce al rafforzamento significa incrementa l'efficacia della struttura, la produttività, i risultati, i guadagni, la probabilità del raggiungimento di questi, riduce i costi di

esercizio. Il contributo va argomentato su questi piani. La causalità, ripeto, non c'entra; a meno di creare equivoci inopportuni.

Affoghiamo nel silenzio l'argomento delle situazioni di emergenza e patologia nella vita dell'associazione. Tutte le organizzazioni, di qualsiasi tipo, si avvalgono di contributi di soggetti esterni.

Il concorso nel delitto associativo, ovviamente, presuppone la consapevolezza di contribuire alla struttura e all'attività dell'associazione, considerate in generale, e va distinto dal concorso nei singoli reati. A maggior ragione, ovviamente, rispetto a quanto detto sopra per la disciplina concorsuale, non è possibile tipizzare il concorso eventuale o esterno nel delitto associativo, salva, invece, la definizione (più culturale che normativa) di criteri di argomentazione, e commisurazione.

6. *L'analisi sistemica e funzionalistica per la teoria della giustizia e delle garanzie*

L'analisi funzionale può contribuire in modo rilevantissimo alla definizione e alla teoria delle garanzie. Garanzia non va intesa solo, in modo formale, come la predefinizione astratta e generale della forma della legge (la soglia). Garanzie sono anche quelle, sostanziali, della prova e dell'argomentazione, così della motivazione dei giudizi, della professionalità, cultura, collegialità, responsabilità dei giudici, dei magistrati. Questa, come senso della responsabilità, prima e molto più ampiamente che la responsabilità giuridica.

Per ciò che concerne i giudizi di valore, occorre intanto muovere dal presupposto che, adottato un criterio di misura, tutto è misurabile, l'infinitamente grande come l'infinitamente piccolo. D'altro canto, occorre adottare criteri di verificabilità empirica dei giudizi di valore. Diversamente, i contenuti di questi non sono controllabili, e i giudizi diventano arbitrari, anche quando fossero (sostanzialmente) giusti: vanno giustificati, e così resi condivisibili.

Il tema dei criteri di verificabilità empirica dei giudizi di valore induce il riferimento alla sociologia, le cui metodologie possono fornire contributi essenziali in tale direzione. Da un canto, il diritto va inteso come una scienza sociale, che serve a risolvere problemi, sociali, e va posto a confronto con le altre scienze sociali (oltre alla sociologia, la psicologia, la statistica, la scienza politica). D'altro canto, abbiamo visto, le nozioni dell'organizzazione

appaiono peculiari della riflessione sociologica, da cui quindi possono essere tratte importanti indicazioni.

Con riferimento alla criminalità organizzata, può osservarsi come questa non sia affatto un'emergenza, perché la dimensione organizzativa di tutte le attività umane, e di quelle illecite, cresce progressivamente. Allora, va posto il problema di un assetto di carattere generale e sistematico di queste discipline, di un approccio di carattere generale e sistematico alle forme e ai fenomeni di criminalità organizzata, sia comune che politica. Diversamente, fra l'altro, ogni tipologia (fenomeno) di attività delittuosa organizzata può essere (e già è) oggetto di una figura delittuosa associativa autonoma diversa, con evidenti connessi problemi di sovrapposizione tecnica, fra le figure e le relative discipline.

Può esser fatto notare, in proposito, come la Convenzione di Palermo 2000, contro la criminalità transnazionale organizzata, ratificata nel nostro Paese nel 2006, che pure si muove in tale precedente direzione (significativamente con la definizione della nozione di gruppo criminale organizzato, per la realizzazione di delitti gravi), riguardi solo le forme dirette alla realizzazione di profitti economici e comunque materiali: con esclusione, dunque, delle forme di carattere politico; per una ragione, verosimilmente, di ordine politico, perché diversamente molti Paesi coinvolti a vario titolo con il terrorismo, sia per la realizzazione che per la repressione delle attività terroristiche, non avrebbero sottoscritto la Convenzione.

Se si immagina la teoria dell'organizzazione come problematica e poi come disciplina di carattere generale del diritto penale, in confronto alle attività delittuose ordinarie, si capisce anche come questa possa essere individuata come specificità penalistica della nozione di delitto politico, ovvero specificità della nozione penalistica di delitto politico. Con un guadagno sia teorico che pratico non indifferente, che per motivi di spazio non può essere oggetto della riflessione condotta in questa sede.

Un'esigenza affatto diversa è quella che il diritto penale deve acquisire maggiore consistenza democratica. La giuria popolare, quella che emette il verdetto senza la partecipazione dei magistrati, assicura non solo la partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia; soddisfa di per sé l'esigenza di persuasività dei giudizi; contribuisce alla non tecnicizzazione eccessiva del diritto penale; costituisce di per sé una ragione di durata ragionevole dei processi, con pochi imputati, per fatti determinati.

Un'ultima considerazione riguarda il fatto che la cultura della complessità e della organizzazione può costituire contributi determinanti per il funzionamento delle istituzioni, anche giudiziarie, i cui professionisti, però,

hanno studiato cose assolutamente diverse, e distanti. Può contribuire a riempire di contenuti di carattere argomentativo gli spazi di discrezionalità che inevitabilmente si aprono e crescono a dismisura in un processo, anche precipuamente democratico, che sembra epocale e irreversibile. In tale quadro, però, va considerata pure la discrezionalità dell'azione penale, coerentemente con tutta l'analisi qui svolta, come condizione di efficacia del sistema giustizia. Il sistema della obbligatorietà è corollario di un assetto culturale e istituzionale che non ci sono più, e che non ritorneranno. D'altro canto, va costituito un nuovo modello, sostanziale, delle garanzie.

Stefano Canestrari*

*In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)***

Sommario: 1. La legge n. 219 del 2017: il consenso informato e la centralità della c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente 2. La Corte costituzionale e l'aiuto medico al suicidio: la sentenza n. 242 del 2019 3. La complessità delle situazioni da cui deriva una richiesta di assistenza medica a morire e l'opera di bilanciamento "imposta" al legislatore

1. *La legge n. 219 del 2017: il consenso informato e la centralità della c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente*

Con l'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017 – «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» – la legislazione del nostro Paese si allinea alle scelte dei principali ordinamenti degli Stati costituzionali di derivazione liberale. La normativa citata sancisce con chiarezza il diritto inviolabile di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà – derivazione logica del diritto all'intangibilità della sfera corporea di ogni essere umano – e contiene disposizioni di fondamentale importanza.

Occorre avere piena consapevolezza del fatto che, oggi, nel nostro ordinamento giuridico abbiamo una disciplina organica – attesa da decenni – del consenso informato, del rifiuto e della rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari. Il richiamo esplicito dell'art. 1, comma 1, della l. 219/2017 ai principi costituzionali e a quelli convenzionali di riferimento individua una pluralità di diritti fondamentali che riconoscono la massima ampiezza dell'autodeterminazione terapeutica (in armonia con le note prese di posizione giurisprudenziali relative ai casi Welby ed Englaro).

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Bologna.

** Questo scritto, dedicato ad Antonio Fiorella, autorevole Studioso delle scienze penalistiche, riprende, con alcune modifiche, i contenuti dell'intervento al *forum* su *Giustizia Insieme* (26 febbraio), *Il fine vita e il legislatore pensante*.

In particolare, come ho da tempo sottolineato, era auspicabile che il legislatore sancisse in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico (art. 1, comma 6) – necessaria per dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di un trattamento sanitario anche salvavita – soprattutto al fine di garantire un definitivo consolidamento delle radici costituzionali del principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente.

In assenza di una disposizione normativa così netta, la paura del malato di poter essere irrevocabilmente vincolato alla prosecuzione delle terapie provoca gravi distorsioni nella relazione di cura, accentuate nel contesto attuale dove sono diffusi atteggiamenti di medicina difensiva, che conducono il medico a non rispettare la volontà del paziente per evitare il rischio di contenziosi giudiziari.

Mi limito a segnalare l'effetto tremendo e perverso – che ho posto più volte in evidenza nell'ambito del Comitato Nazionale per la Bioetica – di finire per dissuadere il paziente a intraprendere un trattamento sanitario salvavita per il timore di rimanere in una 'condizione di schiavitù' in cui viene negato valore ad una revocabilità o ritrattabilità del consenso a proseguirlo.

Alle cure palliative e alla terapia del dolore la legge 219 del 2017 dedica il successivo art. 2 («Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole delle cure e dignità nelle fase finale della vita»).

In particolare, questa disposizione afferma, al comma 2, che: «Nei casi di persona malata con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente».

Come appare evidente, anche la persona malata che s'inserisce in un processo di fine vita a seguito del rifiuto o della rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza ha diritto di beneficiare di tutte le cure palliative praticabili e della terapia del dolore nonché, in caso di sofferenze refrattarie, della sedazione profonda e continua.

Mi limito poi a menzionare gli articoli 4 e 5 della legge n. 219/2017, i quali disciplinano le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure. Quest'ultima costituisce un significativo rafforzamento dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente, in quanto disciplina la possibilità di definire, in relazione all'evoluzione delle conseguenze di una patologia cronica ed invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione

con prognosi infausta, un piano di cura condiviso tra il paziente e il medico, al quale il medico è tenuto ad attenersi in tutte le ipotesi nelle quali il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità.

Per ciò che riguarda l'assenza di un'apposita norma che regolamenti l'obiezione di coscienza del medico (e degli operatori sanitari) la scelta del legislatore appare assolutamente condivisibile. La previsione di un diritto all'obiezione di coscienza non sarebbe stata coerente con i presupposti di una disciplina che intende promuovere e valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico basata sul consenso informato, senza richiedere contemperamenti tra valori confliggenti. Diversamente rispetto alla legge sulla interruzione di gravidanza, nella legge n. 219 del 2017 non è necessario alcun bilanciamento tra beni meritevoli di tutela da parte dello Stato e in collisione tra loro.

Dunque, a mio avviso, la legge n. 219 del 2017 non deve essere modificata, bensì applicata in tutte le sue previsioni normative. E va difesa con convinzione ed energia dai ricorrenti attacchi provenienti da correnti di pensiero di frequente contrapposte.

Alcuni settori della letteratura bioetica e giuridica invocano una duplice modifica della legge n. 219 del 2017: (a) eliminare la chiara presa di posizione sulla qualificazione normativa della nutrizione artificiale e della idratazione artificiale come trattamenti sanitari (art. 5, comma 1); (b) introdurre l'istituto dell'obiezione di coscienza per i professionisti della salute.

Sul versante opposto, vi sono orientamenti che auspicano una 'riscrittura' della legge n. 219/2017 volta a riconoscere una assimilazione del rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitari alle fattispecie eutanasiche. Anche tale proposta non può essere condivisa.

In proposito, val la pena ribadire che una simile equiparazione 'non rispetta' e 'non rispecchia' l'ampia varietà di motivazioni dei pazienti che rifiutano o rinunciano a trattamenti sanitari anche salvavita, le quali non sono sempre riconducibili ad una volontà di morire. Non intendo fare riferimento soltanto al rifiuto di sottoporsi alle trasfusioni ematiche per convinzioni religiose; penso alle vicende di tante persone malate che rifiutano trattamenti sanitari *life saving* (ad esempio, l'amputazione dell'arto o altri interventi chirurgici demolitori) o rinunciano al loro proseguimento (come un ulteriore ciclo di chemioterapia) con l'intenzione di garantirsi un percorso di vita, talvolta anche breve, in armonia con la propria sensibilità e con la propria identità personale.

A prescindere dalle motivazioni, occorre essere pienamente consapevoli

che, nelle ipotesi in cui il paziente rifiuta o rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari anche necessari alla propria sopravvivenza, il diritto della persona malata assume la consistenza dei diritti dell'*habeas corpus* e trova la sua necessaria e sufficiente giustificazione nel diritto all'intangibilità della propria sfera corporea in tutte le fasi dell'esistenza. L'equiparazione di tale diritto al c.d. diritto di morire (comprensivo di suicidio assistito e eutanasia) ne determinerebbe un inevitabile ed intollerabile 'affievolimento'.

Come appare evidente dal fatto che i fautori dei due indirizzi che propongono modifiche contrapposte di 'amputazione' o di dilatazione della legge n. 219 del 2017, finiscono tuttavia per convergere sulla necessità di introdurvi l'istituto dell'obiezione di coscienza (anziché limitarsi a prendere atto della facoltà del medico di astenersi prevista nell'ambito della normativa citata, seconda parte dell'art. 6).

Come ho avuto più volte occasione di ribadire, una simile modifica sarebbe in contrasto con l'idea ispiratrice e l'impianto complessivo di una legge che intende promuovere e valorizzare una relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico fondata sul consenso informato.

2. *La Corte costituzionale e l'aiuto medico al suicidio: la sentenza n. 242 del 2019*

La celebre sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale non ripropone l'idea – prefigurata nella precedente ordinanza n. 207 del 2018 – di introdurre il diritto della persona malata a richiedere l'assistenza al suicidio tramite una modifica della legge n. 219 del 2017: un 'innesto' di difficile attuazione in un tessuto normativo che si è posto l'obiettivo di valorizzare l' 'incontro' tra l'autonomia decisionale del paziente e l'autonomia professionale del medico, con la finalità di superare una pervicace visione paternalistica senza mettere in discussione l'immagine tradizionale del medico costitutiva dello sfondo archetipico della sua professione.

La relazione medico-paziente delineata nella sentenza n. 242 del 2019 non presuppone l'equivalenza tra la situazione in cui la morte sopravvenga per il decorso della malattia, in seguito all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale, e l'assistenza al suicidio dove il decesso viene deliberatamente provocato.

La sentenza della Consulta ribadisce che la legge n. 219 del 2017 riconosce «il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza» e, pertanto, «il

medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente» (ricordo che tale affermazione è 'rafforzata' dal comma 9 dell'art. 1 laddove prevede che: «Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge»). Viceversa, introducendo il tema dell'obiezione di coscienza, la sentenza 242/2019 afferma che «la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita ad escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato» (§ 2.3. Considerato in diritto).

Dunque, il legislatore del 2017 non ha contemplato un'apposita norma che regoli l'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario perché tale opzione avrebbe in parte vanificato l'applicazione della disciplina normativa. Al contrario, la sentenza n. 242 del 2019 non ritiene necessaria l'introduzione dell'istituto dell'obiezione di coscienza perché non prevede alcun obbligo da parte del medico (e della struttura sanitaria) di utilizzare le proprie competenze per aiutare la persona malata a morire.

La sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale rappresenta comunque una tipologia inedita di decisione calibrata sulle peculiarità del caso concreto e, proprio in virtù della specificità della vicenda giudiziaria, rischia di generare ulteriore disorientamento nel dibattito etico e giuridico sulle questioni di fine vita.

Innanzitutto, non è agevole ricondurre la condizione esistenziale di Fabiano Antoniani (detto Dj Fabo), nel momento della richiesta di assistenza a morire, alla categoria del suicidio: siamo di fronte ad una persona malata che si è sottoposta per anni a trattamenti sanitari e a terapie sperimentali motivata da un tenace impulso 'a vivere' anziché 'a morire'. In queste ipotesi si dovrebbe pertanto riflettere sull'opportunità di superare «le trappole semantiche e concettuali legate alla pigra ripetizione del termine suicidio»[1].

Di fronte all'impossibilità di procedere ad una differenziazione sul piano della tipicità, il malessere 'è raddoppiato' dal fatto che è ancora vigente l'art. 580 c.p. formulato in un'epoca in cui era ancora lontana l'irruzione della tecnica in tutte le stagioni della nostra esistenza.

Non soltanto un suicidio 'atipico' e inimmaginabile nel 1930, ma anche 'non paradigmatico' rispetto al dibattito mondiale sulla legalizzazione o sulla depenalizzazione del suicidio medicalmente assistito: le ipotesi principali

[1] S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli Editore, Milano 2006, p. 255, nell'ambito di una riflessione generale sulle questioni di fine vita.

che vengono in rilievo non riguardano richieste di assistenza al suicidio di persone malate che rinunciano al proseguimento di un trattamento di sostegno vitale e, al contempo, rifiutano la sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte.

In proposito, occorre rimarcare il fatto che la sedazione palliativa profonda continua è un trattamento sanitario che avvia la persona malata ad una morte naturale e ha come effetto l'annullamento totale della coscienza e un 'sonno senza dolore' fino al momento del decesso. La sedazione profonda continua può essere percepita come un'angosciosa conclusione – secondo le parole della sentenza 242/2019: «[...] vissuta da taluni come una soluzione non accettabile» (§ 2.3. Considerato in diritto) – ma non può certo essere ritenuta una modalità 'non decorosa' per accompagnare il paziente nella fase finale della sua esistenza.

Anche su questo punto è necessario avere piena consapevolezza, per evitare che la sentenza 242/2019 generi equivoci. Il diritto di beneficiare in caso di sofferenze refrattarie della sedazione palliativa profonda non viene garantito in modo omogeneo ed efficace nelle diverse realtà sanitarie del nostro Paese, dove accade di frequente di morire senza un adeguato controllo delle sofferenze. Qui ribadisco con forza che il «diritto di dormire per non soffrire prima di morire» (secondo la formula della legge francese Leonetti-Claeys del 2 febbraio 2016) – sancito dall'art. 2, comma 2, della l. 219/2017 – deve ricevere una piena attuazione.

3. *La complessità delle situazioni da cui deriva una richiesta di assistenza medica a morire e l'opera di bilanciamento "imposta" al legislatore*

Sebbene la legge n. 219 del 2017 sia diventata nota – soprattutto nel dibattito pubblico – come la «legge sul testamento biologico», in realtà la sua portata va ben oltre la previsione della disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), poiché coinvolge l'intera materia del consenso informato, andando a recepire i principi di matrice costituzionale – ribaditi, nel corso degli anni, dalla giurisprudenza –, che concernono l'alleanza terapeutica, da intendersi come il rapporto di fiducia 'medico-paziente'.

A partire da questa premessa necessaria, si evidenzia che l'introduzione di una disciplina dell'assistenza medica a morire esige una decisione da parte del legislatore. Si tratta di effettuare un'autentica opera di bilanciamento, di fronte alla richiesta di essere aiutato a morire indotta da situazioni

drammatiche, tra il diritto all'autodeterminazione del paziente e il diritto ad una tutela effettiva delle persone malate in condizioni di sofferenza: una richiesta consapevole di assistenza medica a morire è presente solamente in un contesto concreto in cui le persone malate godano di un'effettiva e adeguata assistenza sanitaria.

Accesso alle cure, strutture adeguate e risorse appropriate devono essere garantite a prescindere da quella che sarà la decisione legislativa in materia. Un'onesta' opzione riformatrice presuppone allora una valutazione concreta ed approfondita della realtà sanitaria del nostro Paese da parte del Parlamento.

Ciò detto, sottolineo con chiarezza che la discussione pubblica su un eventuale intervento del legislatore sull'assistenza medica a morire deve ruotare intorno ad una questione ed apprezzarne appieno la complessità: in quali costellazioni di casi il paziente può essere considerato realmente autonomo e dunque la sua richiesta libera e responsabile?

In altri scritti ho affrontato *funditus* la questione e ripropongo in questa sede le conclusioni (parziali e provvisorie) cui sono pervenuto[2]. Nei casi 'tradizionali' di suicidio caratterizzati dalle indecifrabili 'ferite dell'anima' ho sostenuto che non sia possibile stabilire o tipizzare criteri sicuri, né identificare soggetti in grado di accertare la 'autenticità' e la 'stabilità' di una richiesta di agevolazione al suicidio. A mio avviso, dunque, è giustificato il divieto di aiuto al suicidio nei confronti di una richiesta avanzata per ragioni di sofferenza di matrice psicologica o esistenziale di una persona non afflitta da gravi condizioni patologiche (in una diversa prospettiva si colloca la sentenza del 26 febbraio 2020 della Corte costituzionale tedesca, che ho analizzato approfonditamente in uno scritto di prossima pubblicazione).

Nei casi delineati dalla Corte costituzionale italiana (modellati sulla vicenda Antoniani/Cappato) il corpo assume invece il ruolo di protagonista con i suoi diritti – il principio di intangibilità della sfera corporea ed il diritto a vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà – e i suoi tormenti.

Tale centralità delle sofferenze e della condizione del corpo del malato mi hanno condotto ad effettuare considerazioni diverse rispetto a quelle relative alle 'tradizionali' tipologie di suicidio indotto dal 'male dell'anima'. La sussistenza di presupposti 'oggettivi' – l'esistenza di una patologia irreversibile fonte di sofferenze fisiche o psichiche intollerabili al paziente

[2] Sia consentito il rinvio a S. Canestrari, *Una sentenza «inevitabilmente infelice»: la 'riforma' dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani,* a cura di G. D'Alessandro, O. Di Giovine, Torino 2020, pp. 77 ss.

tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale – depone per la possibilità di verificare la libertà di autodeterminazione di una richiesta di assistenza a morire. Siamo in presenza di criteri di accertamento e di una figura in grado di svolgere il procedimento di verifica, che non può che essere il medico, magari con l'ausilio di uno psicologo clinico nel caso vi siano dubbi sul pieno possesso delle facoltà mentali della persona malata.

Nella vasta gamma di ipotesi nelle quali, invece, la richiesta di assistenza al suicidio proviene da un malato gravemente sofferente per via di patologie che non richiedono trattamenti sanitari di sostegno vitale suscettibili di essere interrotti – e dunque da un paziente anche non morente, né nella fase finale della sua esistenza – la questione si presenta estremamente complessa. Nelle variegate costellazioni di pazienti con una malattia grave e irreversibile ma in grado di far cessare da soli la propria esistenza mi sono limitato a porre in evidenza le difficoltà inerenti ad un processo di tipizzazione di una decisione libera e consapevole di richiedere un aiuto al suicidio. La verifica di una 'lucida' e 'stabile' richiesta di avvalersi dell'aiuto al suicidio non può certo dirsi del tutto preclusa, ma appare altamente problematica.

L'analisi di questa tematica richiede considerazioni approfondite: nessuno spazio dovrebbe essere concesso a 'banalizzazioni' o ad asserzioni apodittiche. Dunque:

a) Nel dibattito tra discipline scientifiche, nel discorso pubblico, nel confronto (interno alle e) tra le forze politiche, nella discussione parlamentare devono essere valorizzate le competenze specialistiche. Su queste tematiche delicate e tragiche non devono essere tollerate 'dettature' o 'dittature' di incompetenti;

b) I diversi orientamenti dovrebbero convergere su un aspetto di fondamentale importanza scolpito dai principi costituzionali di libertà e di solidarietà posti a presidio delle prerogative di tutti i consociati: un'autentica libertà di scelta nelle decisioni di fine vita è presente solamente in un contesto concreto in cui le persone malate possano accedere a tutte le cure palliative praticabili – compresa la sedazione profonda continua – e nel quale siano supportati da una consona terapia medica, psicologica e psichiatrica.

In particolare, è mia profonda e radicata convinzione che l'indispensabile applicazione, valorizzazione e diffusione dei contenuti e degli istituti previsti dalla l. n. 219 del 2017 possa avere un potente effetto preventivo e dissuasivo nei confronti, in generale, delle condotte suicidarie dei pazienti e, in particolare, di moltissime anche se non di tutte le richieste di assistenza medica a morire.

La mia conclusione è sofferta e necessariamente problematica. Se nel

nostro Paese non verrà approvata una disciplina sull'assistenza medica a morire di pazienti gravemente malati e sofferenti il legislatore continuerà a 'non vedere' i casi di persone malate che maturano e perseguono la loro volontà suicidaria, trovandosi a concludere la propria esistenza in una tragica condizione di solitudine. Se, viceversa, verrà approvata una normativa sulla falsariga di quelle vigenti in alcuni Stati europei (Olanda, Belgio, Lussemburgo, Svizzera) i pericoli di una 'china scivolosa' sarebbero accentuati: nella realtà sanitaria del nostro Paese per molte persone malate la richiesta di assistenza medica a morire potrebbe essere una 'scelta obbligata' laddove uno stato di sofferenza, che oggettivamente sarebbe mutabile e riducibile, fosse reso difficilmente superabile dalla mancanza di supporto e assistenza adeguati.

Di fronte a questo drammatico dilemma il mio contributo – di un giurista penalista che ha collaborato alla stesura della legge n. 219 del 2017 e ne ha festeggiato l'approvazione – si limita ad una riflessione articolata ma umile. È consapevole dell'importanza delle competenze specialistiche di chi giurista non è.

Ombretta Di Giovine*

Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive

Sommario: 1. Premessa – 2. I modelli di spiegazione causale nella medicina in generale e nel Covid-19 in particolare – 3. I modelli di spiegazione causale nel diritto penale. La causalità "Franzese" – 4. Interludio su incertezze e (ragionevoli) certezze in tema di Covid-19 – 5. La difficoltà di escludere i fattori causali alternativi – 6. Coronavirus, accertamento causale ed epidemiologia – 7. Infezione di Covid-19 e elemento soggettivo. Breve inciso sul dolo – 8. L'elemento soggettivo-colpa. Introduzione – 9. La colpa specifica – 10. La colpa generica – 11. Inciso sui rischi di novelle legislative volte a delimitare la responsabilità del sanitario (quel che ci insegna il passato) – 12. Cenni sulla responsabilità degli apici – 13. Scelte tragiche nei reparti di rianimazione – 14. Conclusione.

1. *Premessa*

Nell'omaggiare uno studioso sempre distintosi per il rigore delle argomentazioni e la difesa delle categorie penalistiche, tratteremo un tema di tragica attualità, mettendo in luce, nel modo più sistematico possibile, gli ostacoli sulla strada della retta configurazione di una responsabilità per omicidio e lesioni personali in rapporto alla diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2[1]. Passando per la causalità, ci soffermeremo sull'elemento soggettivo, prevalentemente con riguardo alla posizione dei soggetti qualificati "datori di lavoro" e "operatori sanitari", ma accennando anche

* Ordinaria di diritto penale, l'Università degli Studi di Foggia.

[1] Questo testo deriva dalla rielaborazione della Relazione su "*Profili di responsabilità per omicidio e lesioni personali correlati al contagio da SARS CoV-2: problematiche relative all'accertamento del rapporto causale e alla valutazione della colpa*", al corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura su "L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulla giustizia penale", 2021, pubblicata, con poche variazioni, su <*www.legislazionepenale.it*>, 28 gennaio 2021. Sul sito del Ministero della Salute si trova precisato che SARS-CoV-2 è il nome del virus; Covid-19 è il nome della malattia ad esso associata.

ai vertici amministrativi e ai decisori politici. All'esito dell'indagine, come peraltro prevedibile, i casi in cui sarà possibile accertare con rigore una responsabilità per contagio di Covid-19 risulteranno davvero molto contenuti.

2. *I modelli di spiegazione causale nella medicina in generale e nel Covid-19 in particolare*

Per inquadrare in modo quanto più preciso i termini del problema eziologico in materia penale, proviamo ad elencare molto sinteticamente i principali modelli di spiegazione della malattia affacciatisi in ambito epistemologico[2].

A tal fine, accenniamo soltanto alle antiche impostazioni, che spiegavano la malattia in chiave di visitazione divina (si pensi all'epilessia), e alla teoria umorale, attribuita ad Ippocrate ma sopravvissuta fino agli anni Sessanta del XIX secolo, secondo cui la salute del corpo sarebbe dipesa dallo stato in cui si trovavano sostanze dette appunto *umori*.

Ci soffermiamo invece sulla *teoria microbiotica o microbiologica*, che seguì alla scoperta dell'esistenza di microorganismi da parte di Pasteur e di altri scienziati i quali studiavano il processo di fermentazione e che è basata sull'idea che la malattia sia determinata dall'ingresso di un corpo estraneo in un corpo ospite.

La teoria in oggetto, proponendo una spiegazione semplice e lineare, di tipo condizionalista, si attagliava a malattie in passato molto diffuse e rilevanti, quali la tubercolosi e il colera. Ha pertanto rivestito grande importanza in un passato ancora recente.

A un certo punto, parve però recessiva in quanto non riusciva più a spiegare patologie emergenti i cui fattori predisponenti possono essere al limite rappresentati in termini di "reti causali" le quali si intrecciano in modo tutt'altro che lineare e decodificabile e che tutt'al più rispondevano a (peraltro non stringenti) regolarità statistiche (si pensi alle c.d. malattie del benessere, quali il diabete, l'ipertensione, l'arteriosclerosi e, ovviamente, ai tumori generici)[3].

[2] Per un affresco più completo, R. Campaner, *La causalità tra filosofia e scienza*, Archetipo Libri, Bologna, 2012 e, con riferimento specifico alla epistemologia medica, Ead., *Spiegazioni e cause in medicina*, Gedit Edizioni, Bologna, 2005.

[3] Sui processi cognitivi in materia medica, P. Thagard, *How Scientists Explain Disease,* Princeton University Press, 1999; trad. it., *La spiegazione scientifica della malattia*, McGraw Hill, Milano, 2001.

Fu allora che l'immagine delle c.d. *webs of causation* assurse a simbolo per significare, in amplissimi settori della medicina, le insuperabili difficoltà nell'accertamento della causa necessaria[4].

Inutile chiosare che, ad onta di ogni previsione, la teoria microbiologica sembra essere stata riportata in auge dalla pandemia Covid-19.

In termini generali, è opportuno precisare che la spiegazione forse più convincente di qualunque malattia, risponde ad un modello misto, di tipo "verticale". La spiegazione cioè attinge: ai livelli più bassi, alle conoscenze della fisica e della chimica (usa quindi un linguaggio formalizzato e leggi universali); ai livelli intermedi, alla fisiologia, dove cominciano a manifestarsi incertezze predittive; a livello clinico può ben chiamare in causa ancor più blande correlazioni statistiche[5].

Ciò ovviamente non toglie che se il SARS-Cov-2 non entra nell'organismo ospite, questo non si ammala.

3. *I modelli di spiegazione causale nel diritto penale. La causalità "Franzese"*

Sebbene con grandissima approssimazione, i modelli di spiegazione causale in medicina appaiono per parte sovrapponibili ai modelli di spiegazione causale nel diritto penale.

Anche nel diritto penale sono resistiti sino a tempi molto recenti paradigmi "arcaici", basati su un pensiero che potremmo spingerci a definire "magico", come la causalità umana di Antolisei, la quale evocava attorno all'uomo una sorta di misteriosa aura: la "sfera di dominio" causale al cui interno era invero fin troppo facile condurre o escludere ciò che si desiderava, in base ad apprezzamenti discrezionali.

Anche nel diritto penale si sono confrontati modelli dotati di più solide basi epistemologiche, come quelli condizionalisti e regolaristi.

Quanto ai primi, l'ovvio riferimento è alla *conditio sine qua non*, alla base della teoria della equivalenza causale recepita dal legislatore del 1931, che si pone in linea con il succitato modello microbiologico della spiegazione causale in medicina e che ha a che fare con la logica.

Quanto ai secondi, sono evidenti le assonanze con la causalità adeguata e poi con la causalità scientifica del "primo" Stella, quest'ultima

[4] P. Vineis, *Modelli di rischio*, Einaudi, Milano, 1990, pp. 49 ss.

[5] G. Corbellini, *Filosofia della medicina*, in *Filosofie delle scienze* a cura di N. Vassallo, Einaudi, Torino 2003, p. 228, che cita M.S. Blois, *Medicine and the Nature of Vertical Reasoning*, in «TNEJM», 1988, pp. 318, 847.

strumentalmente usata da una giurisprudenza (che l'aveva mutata in mero "aumento del rischio") per ottenere una decodificazione causale di fenomeni complessi.

È poi storia nota e ormai risalente che la sentenza SS.UU. Franzese ha proposto una sintesi dei due modelli, suggerendo all'interprete di procedere secondo un giudizio bifasico. Una specie - con qualche forzatura - di "modello misto".

Le SS.UU. del 10 luglio 2002, prima, hanno imposto di verificare la causalità generale, in termini peraltro di mera plausibilità scientifica e cioè secondo *possibilità* statistica (senza esigere percentuali statistiche vicino a 1 e cioè alla certezza). Passaggio che evoca il richiamo alle teorie regolariste.

Quindi, hanno chiesto di accertare la probabilità logica dell'ipotesi, e cioè la causalità concreta, che continua ad atteggiarsi in chiave condizionalista. La differenza rispetto al passato sta nella circostanza che il giudizio ipotetico della irrealtà implicito nella *conditio sine qua non* dovrà ora essere svolto escludendo le cause alternative, e non più eliminando mentalmente l'antecedente.

Se è così, sul piano della teoria, lo schema causale nelle infezioni da SARS-CoV-2 appare, in linea di principio, semplice e lineare, perché risponde al modello microbiologico di stampo condizionalistico. Ciò che si prospetta da subito difficile, nella gran parte dei casi impossibile, è l'esclusione di fattori causali alternativi. In proposito, è opportuna una precisazione.

4. *Interludio su incertezze e (ragionevoli) certezze in tema di Covid-19*

Si sarebbe tentati di pensare che l'accertamento causale sia sempre precluso dall'incertezza scientifica che circonda la materia in oggetto.

Prescindiamo da ogni discussione teorica sulla contrapposizione tra "posizioni kuhniane", che ammettono l'assestamento, seppur temporaneo, in certi momenti, di veri e propri paradigmi, e "posizioni popperiane", che individuano il tratto caratterizzante della scienza nella falsificabilità e quindi nella sostanziale continua rivedibilità delle sue ipotesi (di talché "scienza certa" sarebbe un ossimoro).

Svolgendo la riflessione su un piano più prosaico, vero è che la scienza restituisce informazioni fisiologicamente *elastiche*, ad esempio, sulla distanza fisica da osservare per evitare il contagio, sul tempo di incubazione del virus, sulla sua permanenza sui diversi tipi di superficie ecc.

Vero è pure che restituisce informazioni *incerte* sull'andamento della pandemia, sul comportamento del virus (sul punto torneremo) e forse ancora sulle cure (per lungo tempo sono stati applicati farmaci *off label* e tentate terapie sperimentali differenziate nei diversi Stati ed anche in diverse regioni dello Stato).

Senza dunque negare la permanenza di ampi margini di vaghezza e di incertezza scientifica (che, come diremo, potrebbero rilevare in sede di colpa), va riconosciuto però che la scienza ci ha offerto da subito anche informazioni più sicure. La struttura molecolare del virus è stata presto isolata, identificata e studiata; si è subito compreso che il virus si è trasferito dall'animale all'uomo (zoonosi); si sono immediatamente identificati i suoi metodi di trasmissione: tramite *dropless* o *aerosol*; sono state colte le maggiori complicanze in termini di salute individuale ecc.

Queste (poche e piccole) certezze in molti casi sarebbero sufficienti ai fini del giudizio causale penale in questa materia, poiché, come detto, lo schema causale del contagio di Covid-19 è tutt'altro che astrusa. Anzi, è lineare quanto lo è il modello microbiotico, di tipo condizionalistico: si è già ricordato che, se non c'è esposizione al virus, se il virus non entra nell'organismo ospite, questo non si ammala. Il resto, e cioè le condizioni cliniche del corpo, l'eventuale co-morbilità, eventuali fattori predisponenti oppure ostativi ecc. sono concause.

La spiegazione della malattia si conferma dunque, sul piano teorico, più lineare nel Covid-19 che nella spiegazione di altre malattie socialmente rilevanti e rispetto alle quali, di conseguenza, è in linea di principio più difficile, quando non impossibile, accertare la rilevanza (con-)causale della condotta umana.

5. *La difficoltà di escludere i fattori causali alternativi*

Come ampiamente noto e già rilevato, le asperità si concentrano prevalentemente sul piano della prova.

Sappiamo che la causalità individuale sarà facilmente rilevabile (senza l'ausilio di esperti) quando le persone contagiate abbiano praticamente vissuto nell'ambito in cui lavoravano o vi risiedessero senza avere rapporto con estranei, il che potrebbe accadere in alcune strutture chiuse, le quali avessero ridotto il contatto con fonti esterne di rischio Covid-19, quali RSA, istituti penitenziari e, ora, reparti Covid ecc. Ma, al di fuori di questi

pochi casi (in cui la causalità individuale va comunque accertata con rigore), saranno ipotizzabili molti fattori di contagio alternativi, come quando la persona che si è ammalata in un contesto lavorativo abbia bambini in età scolare e frequentanti; quando per andare a lavoro dovesse usare mezzi pubblici; quando svolgesse attività anche ordinarie, come la spesa e qualche acquisto, che implicavano contatti con il pubblico ecc.

Difficoltà potrebbero per ipotesi porsi addirittura in relazione ai contagi verificatisi nella fase molto iniziale, quella in cui si era ritenuto possibile il c.d. "tracciamento" del virus e quindi l'individuazione di *cluster* infettivi (focolai epidemici), posto che, seppur sporadicamente, di tanto in tanto, nuovi "pazienti 0" costringono a retrodatare l'inizio del contagio.

Insomma, il carattere ubiquitario del virus, il suo carattere silente (si allude ovviamente alla presenza consistente di asintomatici o paucisintomatici), l'incertezza sulla data in cui è cominciata l'infezione: sono tutti elementi che renderanno solitamente impossibile escludere l'intervento di fattori causali "al di là di ogni ragionevole dubbio" (art. 533 C.p.p.) ed impediranno di argomentare l'esistenza del nesso causale tra antecedente e susseguente secondo ragionevole certezza.

6. *Coronavirus, accertamento causale ed epidemiologia*

Di fronte a questi ostacoli, univocamente denunciati in dottrina ed invero di intuitiva evidenza[6], probabilmente non è percorribile neppure la strada alternativa del ricorso alle indagini epidemiologiche.

Ovviamente non si allude ai dati "nudi" dell'epidemiologia. È noto infatti che l'epidemiologia serve istituzionalmente un padrone diverso dal diritto penale, essendo posta al servizio della Sanità Pubblica e tesa all'obiettivo immediato di sviluppare sistemi di prevenzione.

Identificando la correlazione statistica tra fattori di rischio e malattie, può invero formulare ipotesi causali, che vanno però convalidate attraverso i metodi scientifici, osservazionali o sperimentali, e che soltanto allora potranno incardinare il primo momento dell'accertamento causale. Suggerirà cioè indicazioni sulla mera c.d. causalità generale e cioè sulla possibilità che, in presenza di antecedenti di un dato tipo, si verifichino susseguenti di un dato tipo (eventi generici o *event-type*).

[6] Tra i tanti, V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in «AP», 2020, 1, pp. 2 ss.

Va infatti ribadito che l'epidemiologia fornisce dati di carattere frequentista, del tutto inutilizzabili nell'accertamento del nesso causale. Si occupa di *previsione* di tipi di evento, non di *spiegazione* di singoli eventi. E per questa ragione non può concorrere alla spiegazione penalistica della causalità.

Alcuni autori[7], però, in relazione a tutt'altra problematica di interesse (anche) penalistico, vale a dire ai disastri tossici e nella specie all'esposizione ad amianto, hanno argomentato che, quando il numero degli esposti è molto significativo, elementi utili al giudice penale potrebbero venire da indagini epidemiologiche *ad hoc*, eseguite a partire dalla *specifica classe degli esposti* al cui interno si siano verificati gli eventi oggetto del procedimento.

In particolare, una siffatta indagine, se metodologicamente inoppugnabile, potrebbe fornire informazioni numeriche sul "rischio relativo" e sul "rischio attribuibile".

Il primo ("rischio relativo") è il risultato del rapporto tra incidenza della patologia nella popolazione degli "esposti" e incidenza nella popolazione dei "non esposti". Per esempio, ove tra i non esposti si siano verificati 20 casi su 200 persone, ossia 10 su 100, e tra gli esposti si contino 40 casi su 100, il Rischio Relativo sarebbe 4. Ciò significa che nella classe degli esposti vi è una incidenza della patologia 4 volte superiore a quella della classe dei non esposti, il che è ritenuto, dagli autori succitati, sufficiente ad incardinare il giudizio sulla causalità generale.

Il secondo ("rischio attribuibile") presuppone che si riducano ad omogeneità le due coorti (le quali devono essere composte dallo stesso numero di persone) e coincide con la differenza tra il numero di patologie registrate nel gruppo degli "esposti" (40, nell'esempio precedente) e il numero di patologie registrate tra i "non esposti" (10, sempre nell'esempio precedente). La sottrazione sarebbe presto fatta: 40 tumori totali – 10 tumori che avrebbero colpito comunque la popolazione anche in assenza del fattore di rischio = 30 tumori riconducibili all'esposizione. Dicendoci il rischio attribuibile quanti episodi di malattia sorti all'interno di quella determinata popolazione potrebbero essere causalmente associati all'esposizione, esso fornirebbe elementi a supporto della causalità particolare.

L'impostazione riferita sembra in grado di definire con ragionevole approssimazione la quota di eventi, e quindi il numero di eventi causalmente riconducibili al fattore di rischio.

Non consente invece di identificare nominativamente le vittime, il che

[7] L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 105 ss.; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 262 s.

preclude la possibilità di risarcirle e in ciò - incidentalmente - è probabile consista la ragione del suo mancato successo giurisprudenziale.

Peraltro il risarcimento dei danni è un "effetto collaterale" dell'accertamento della responsabilità penale e non dovrebbe quindi condizionare la costruzione delle categorie teoriche né l'adesione ad impostazioni dotate di coerenza logica.

Il problema in materia di infezione da SARS-CoV-2 è dunque un altro.

Il dubbio sulla possibilità di "importare" in questa materia un'impostazione nata, come ricordato, per accertare il nesso causale in relazione alle malattie da esposizione a sostanze tossiche, risiede nell'incertezza del dato numerico relativo alla classe dei "non esposti" allo specifico rischio Covid-19, incertezza suscettibile di inficiare le condizioni di validità dell'indagine.

Soprattutto nella prima fase, infatti, le operazioni di rilevazione del virus mediante il tampone erano compiute "a campione" o a partire dalla manifestazione di un caso di malattia conclamata. In tale ipotesi, la popolazione degli esposti veniva assoggettata a tampone "a tappeto", sicché può assumersi che la rilevazione rendesse un numero certo di positivi (facciamo i soliti 40 su una popolazione di 100). Incerto rimarrebbe invece il dato numerico della classe dei non esposti nello stesso arco temporale, quando la presenza di positivi era con ogni probabilità oltretutto fortemente sottostimata, a causa, ancora una volta, del carattere ubiquitario e spesso silente (nel caso degli asintomatici/paucisintomatici) del virus[8].

Approfondendo questo tema, una giovane dottrina ha quindi concluso: «l'impossibilità di svolgere indagini epidemiologiche capaci di tenere in considerazione anche la presenza degli asintomatici e paucisintomatici nella popolazione dei "non esposti" comportava che la rilevazione del rischio sopportato da questa coorte potesse essere anche di molto superiore rispetto a quella degli "esposti", con la conseguenza di falsare in "eccesso" l'individuazione del "rischio relativo" e di quello "attribuibile" e di ritenere accertata la causalità generale e particolare anche senza raggiungere la soglia dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio"»[9].

Né le cose sono di molto mutate nelle fasi successive alla prima. Vero è che oggi sono fatti ben più tamponi che in passato, in alcuni contesti pure con cadenza periodica ravvicinata. Non è chiaro tuttavia se tale implementazione consenta di affermare che le due classi (quella degli esposti e quella dei non esposti) siano divenute sufficientemente omogenee

[8] Avevamo abbozzato tali riflessioni in O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in <*www.sistemapenale.it*>, 22 giugno 2020.

[9] M.G. Marzano, *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*, in «CP», 2020, p. 3115.

e quindi confrontabili, come accade invece in per malattie meno silenti (si pensi ancora ai tumori) in rapporto alle quali l'impostazione in oggetto è stata elaborata. Dubbi insistono cioè sulla condizione logica prioritaria perché si possa ricorrere a tale modello di ragionamento: la esattezza dei dati epidemiologici.

In sintesi, le difficoltà incontrate nell'accertamento della causalità non sono ovviabili nemmeno abbandonando la strada del ragionamento causale tradizionale per quella "epidemiologica".

7. *Infezione di Covid-19 e elemento soggettivo. Breve inciso sul dolo*

Nei pochi casi in cui risulti possibile accertare l'esistenza del nesso causale, ci si dovrà poi interrogare sull'elemento soggettivo.

Nelle situazioni in cui la condotta conforme a dovere fosse esigibile (torneremo ripetutamente sull'argomento), astrattamente non è possibile escludere che una giurisprudenza particolarmente rigorosa ravvisi, nel comportamento di chi attivamente causi il contagio o non lo impedisca, addirittura la sussistenza del dolo, come suggerito dalla (piccola ma consolidata) giurisprudenza in tema di omicidio e lesioni volontarie nella trasmissione per via sessuale dell'HIV. Ciò, vieppiù se si considera che il SARS-CoV-2 ha un tasso di trasmissione ben più alto di quello dell'HIV, tale cioè da consentire all'agente una rappresentazione dell'evento se non secondo certezza, quantomeno *secondo minore incertezza*.

Se questo è vero, andrebbe tuttavia per altro verso considerato che, mentre la trasmissione dell'HIV mediante rapporti sessuali è *in certam personam*, quella del SARS-CoV-2 avviene solitamente *in incertam personam*. E questo dato, oltre ad ostacolare una ricostruzione in termini concreti dell'oggetto del dolo (spingendo verso un ormai anacronistico *dolus generalis*), potrebbe indiziare un atteggiamento soggettivo più simile alla *recklessness* anglosassone che al vero e proprio dolo, seppur in forma eventuale.

Perché possa dimostrarsi il dolo, è quindi indispensabile che il giudice assolva ad un onere argomentativo rinforzato nella ricostruzione del fatto, dalle cui note emerga in modo chiaro la volontà, nell'individuo, di "fare del male" a una persona in particolare. In assenza di tale prova, si può ragionare soltanto in chiave di colpa...

8. *L'elemento soggettivo-colpa. Introduzione*

... ed anche in tal caso la cautela dovrebbe essere comunque massima.

Se ce ne fosse lo spazio, le argomentazioni andrebbero congruamente modulate a seconda che il soggetto attivo sia "chiunque"[10] oppure un soggetto qualificato e, in questo caso, a seconda che sia un operatore sanitario oppure un datore di lavoro, per stare alle due categorie più discusse (agli apici con responsabilità organizzative e gestionali si farà un cenno successivamente).

Quindi, bisognerebbe adeguatamente distinguere tra un "prima" (convenzionalmente riferibile al periodo che intercorreva tra l'inizio dell'emergenza e l'inizio dell'estate 2020) e un "dopo".

Qui ci limiteremo ad osservare, quanto alla prima fase di circolazione del virus, che l'assoluta eccezionalità della situazione e l'elevata incertezza delle informazioni disponibili (la contagiosità, la diffusività del virus e la permanenza dell'infezione erano sottostimate), l'impreparazione strutturale in cui si versava (mancavano ventilatori, posti letto, dispositivi di protezione ecc.), l'indisponibilità di modelli di riferimento procedimentalizzati nella gestione dell'emergenza; l'assoluta urgenza dei singoli interventi (tale da non consentire adeguata ponderazione) ecc.: sono tutti elementi fattuali di contesto che reagiscono sull'applicazione delle categorie gius-penalistiche e di cui occorre dunque tenere conto.

Se cautele doverose sono state omesse e se si sono verificati inciampi amministrativi, in una situazione affatto nuova e *in fieri*, ciò dovrà essere valutato tenendo ben presenti i rischi di distorsioni conoscitive, e in particolare l'*hindsight bias* o "*bias* del senno del poi" che, alla luce dei dati resisi successivamente disponibili (i quali attivano le ormai note euristiche della disponibilità e della rappresentatività), ci fa apparire scontato ciò che al momento del fatto non lo era affatto.

Andrà dunque usata ogni cautela nella ricostruzione non solo (e forse non tanto) del fatto ascritto all'indagato/imputato (questo potrà essere anche agevole da accertare), ma anche (e soprattutto) delle circostanze contorno, in cui egli si è trovato ad operare.

In relazione all'infezione da SARS-CoV-2, potrebbero infatti aver trovato frequente concretizzazione quelle situazioni di eccezionalità che

[10] Sul diverso ma interferente aspetto della violazione dell'obbligo di quarantena, a commento della disciplina vigente, S. Fiore, «*Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano*». *La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria*, in <*www.sistemapenale.it*>, 3 novembre 2020.

consentirebbero al concetto di "esigibilità", spesso definito la "Cenerentola" del diritto penale, di ricevere finalmente il suo invito al ballo (invero alquanto lugubre) del diritto penale, quale che sia la collocazione che l'interprete le voglia assegnare (tipicità, antigiuridicità o colpevolezza).

Come noto, tale luogo teorico avrebbe riflessi sulla formula assolutoria (più o meno piena), ma resta il fatto che l'affermazione di una responsabilità penale in contrasto con il principio *ad impossibilia nemo tenetur* calpesterebbe le garanzie costituzionali in tema di personalità della responsabilità penale e, ancor prima, la tassatività/determinatezza del precetto penale.

Diverso potrebbe essere il giudizio in rapporto al "dopo", e cioè al momento in cui possano dirsi consolidati progressi sul piano conoscitivo e della disponibilità delle risorse, perché qui parrebbe ovviamente più agevole ipotizzare un rimprovero per non aver bene organizzato ed usato tali conoscenze e tali mezzi[11]. Come vedremo, tuttavia, ciò non significa ancora che la strada per l'affermazione di responsabilità penali sia in discesa.

A tal fine, è appena il caso di distinguere tra colpa specifica e colpa generica, secondo l'insegnamento tradizionale (sebbene non più coeso).

9. *La colpa specifica*

Premesso che, affinché sussista colpa specifica (il cui accertamento precederebbe logicamente e cronologicamente l'accertamento della colpa generica), occorre sia stata violata una regola scritta, modale e dotata di uno spettro cautelare facilmente identificabile, pochi problemi si porranno invero in relazione al giudizio sulla concretizzazione del rischio (o causalità della colpa), la cui necessità è peraltro oramai presente pure a larga parte della giurisprudenza di legittimità.

Restando per un istante sulle caratteristiche che la regola scritta violata deve possedere affinché si possa incardinare il giudizio sulla concretizzazione del rischio, probabilmente non conta molto neppure il dubbio che la regola non riesca a prevenire l'evento in base a sicura predittività scientifica.

In parole semplici, incerta è la misura del distanziamento fisico in grado di evitare il contagio del vicino; non è sicuro che la mascherina chirurgica riesca a preservare il prossimo dal *droppless* di una tosse o di uno starnuto molto vigorosi; non sappiamo con certezza se una data terapia sia la più

[11] Nell'ambito sanitario, v. l'appello di G. Losappio, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in <*www.giurisprudenzapenale.it*>, 3, 2020.

idonea a contenere le severe complicazioni del virus ecc.

Se tuttavia una regola scritta (sia essa una legge, un regolamento, un protocollo condiviso o una raccomandazione/linea guida dotata di autorevolezza scientifica) interviene in un senso o nell'altro a sciogliere i dubbi, disciplina la materia, fornisce indicazioni precise ed evita quindi di rimettere all'apprezzamento dell'individuo (e poi alla discrezionalità di un giudice) la scelta della cautela o dello *standard* di cautela da attuare, la possibile residuale incertezza/vaghezza scientifica non impedisce di esperire con esito positivo il giudizio sulla concretizzazione del rischio, quante volte l'evento che si è inverato sia un evento del tipo di quelli che la regola violata mirava - fondatamente o meno - ad evitare.

Questo significa che l'incertezza/vaghezza scientifica non ha riverberi sul giudizio colposo?

No di certo. Essa potrebbe pesare sul secondo momento dell'accertamento della colpa, vale a dire sul giudizio relativo all'efficacia impeditiva della c.d. condotta alternativa lecita che, nell'infezione da SARS-CoV-2, si rivelerà un passaggio delicato e forse l'ostacolo più difficile da superare.

Incidentalmente, anche per questa ragione andrebbe valutata con grandissima prudenza l'opportunità di sollevare rimproveri per omicidio e/o lesioni colposi nei confronti del datore di lavoro, per il mero fatto che sia stato inadempiente all'obbligo (senz'altro sussistente[12]) di aggiornare il Documento di valutazione rischi (DVR) al rischio specifico di contagio di Covid-19.

Sul punto (generico) dell'omessa adozione o della mancata implementazione del DVR, si confrontano invero due diversi orientamenti della Corte di Cassazione.

Alcune sentenze inclinano nell'affermare, per ciò solo, la sussistenza di responsabilità colposa per omicidio o lesioni del datore di lavoro[13], e sembrerebbero svolgere a tal fine un ragionamento "retrospettivo" (invero un po' misterioso) di questo tipo: lo specifico evento sarebbe stato evitato

[12] Si rinvia alle considerazioni di V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia*, in <*www.dirittopenalecontemporaneo.it*>, 2, 2020, pp. 28 ss.

[13] Cass., 16 settembre 2020, n. 27242 (in <*www.sistemapenale.it*>, 1 dicembre 2020, con nota di M.T. Filindeu, *La violazione di obblighi anti-infortunistici tra illecito permanente e colpa specifica del datore di lavoro: un quadro di sintesi in una recente sentenza della Cassazione*) la quale ha confermato la condanna del datore di lavoro per l'infortunio-morte occorso a un lavoratore (peraltro socio della cooperativa, con qualifica di preposto) che si era assunto l'incarico di abbattere alcuni alberi, ma che morì schiacciato da un albero che, nel cadere, aveva seguito una direzione diversa dal previsto per aver urtato una pianta affianco (la vittima non si era riuscita a mettere in salvo a causa della difficile percorribilità di terreno, collocato in un'area in pendenza ed in prossimità di un corso d'acqua).

osservando una certa cautela, ulteriore rispetto a quelle positivamente indicate e quindi individuata *ex post*, a morte o lesione verificatasi; il DVR non prevedeva siffatta specifica cautela; dunque, la colpa consiste nella violazione degli artt. 28 e 37 TU 81/2008 che imponevano di adottare, implementare e rendere effettivo il DVR. Tali sentenze fanno delle disposizioni citate un novello surrogato dell'art. 2087 c.c., in passato utilizzato come *passepartout* per mascherare comodamente in colpa (presunta) una responsabilità spesso neppure oggettiva, bensì addirittura di posizione.

Altre pronunce, in modo più condivisibile, esigono invece un giudizio ulteriore (rispetto alla concretizzazione del rischio) e positivo sull'evitabilità del danno ovvero - con terminologia più appropriata alla teoria della colpa specifica (ma il concetto è lo stesso) - sull'efficacia impeditiva della condotta alternativa lecita. Chiedono cioè al giudice di merito di valutare se, secondo una ragionevole probabilità, la cautela omessa e che il soggetto attivo avrebbe dovuto osservare sarebbe riuscita davvero ad evitare l'evento[14].

Tale passaggio, lo ripetiamo, si prospetta impegnativo in tema di infezione da SARS-CoV-2, a causa dell'incertezza scientifica sulla capacità impeditiva di molte cautele. Una incertezza dovuta per parte a ragioni fisiologiche (non è logicamente possibile calcolare tutte le variabili che consentano di definire in senso ottimale la regola di comportamento) e per parte al fatto che tali cautele sono state sin dall'origine pensate e fissate, più che in chiave di tutela della salute individuale (aspetto che interessa al diritto penale), in chiave di tutela della salute pubblica, con la conseguenza che scontano "a monte" bilanciamenti con altri interessi forse meno rilevanti della salute individuale nella gerarchia costituzionale ma comunque meritevoli di considerazione, soprattutto nella prospettiva di una loro perdurante compressione nel medio-lungo, vuoi anche molto lungo, periodo[15].

[14] Cass., 16 aprile 2019, n. 32507, rv. 276797; Cass., 18 dicembre 2019, n. 5946, rv. 278435.

[15] Un profilo intersecante ma diverso è quello della limitazione di libertà fondamentali nell'emergenza Covid-19. Sul punto in poco tempo si è sedimentata una letteratura abbastanza ampia al cui interno, senza pretesa di completezza, segnaliamo i contribuiti di G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in <*www.sistemapenale.it*>, 2 aprile 2020; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in «Rivista AIC», 10 aprile 2020; G.A. De Francesco, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in <*www.legislazionepenale.it*>, 23 aprile 2020; D. Pulitanò, *Lezioni sull'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in <*www.sistemapenale.it*>, 28 aprile 2020; D. Castronuovo, *Limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in <*www.legislazionepenale.it*>, 10 maggio 2020; R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e*

10. *La colpa generica*

Le considerazioni da ultimo accennate rinviano direttamente all'accertamento della colpa generica che, secondo l'orientamento affatto dominante (che condividiamo), può comunque residuare nel caso di insussistenza della colpa specifica.

La prevedibilità nei casi di infezione da SARS-CoV-2 sarà probabilmente configurabile, alla luce di quel che tutti sappiamo (anche in virtù del costante martellamento mediatico) sull'alto grado di trasmissibilità del virus. La prevedibilità cioè sussisterà quasi sempre, quale che ne sia l'accezione prescelta a seconda delle preferenze teoriche: naturalistica, come possibilità materiale di prevedere eventi anche rari; para-psicologica, come riconoscibilità del rischio sulla base di *alert* informativi[16]; normativa, come dovere di prevedere eventi probabili in base a regolarità statistica (l'*id quod plerumque accidit*).

Ancora una volta, ostacoli all'affermazione della responsabilità colposa si potrebbero porre piuttosto sul diverso piano della prevenibilità dove, come avvisato, inciderà l'incertezza scientifica riguardo all'efficacia impeditiva delle cautele e dove, pure, sarà necessario mantenere il giudizio sui binari della rigorosa valutazione *ex ante*, essendo oramai acclarato che *l'hindsight bias*, o *bias* del senno del poi, rappresenta la principale insidia nell'accertamento giudiziario della colpa.

Sia consentito chiosare che prevedibilità ed evitabilità, se correttamente applicate, riuscirebbero (qui come altrove) a perimetrare nei limiti della conformità costituzionale l'ambito della responsabilità colposa penale. Ma tali giudizi dovrebbero essere svolti per quel che sono: giudizi prognostici, *ex ante*, da formulare alla luce delle conoscenze disponibili al momento della condotta del *reo*[17]. E non andrebbe mai oscurata la banale premessa che le

prospettive, in <*www.sistemapenale.it*>, 24 aprile 2020, pp. 1-15; e, da ultimo, L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in <*www.sistemapenale.it*>, 13 gennaio 2021.

[16] V. ora F. Giunta, *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in <*www.DisCrimen.it*>, 2 gennaio 2021, pp. 1 ss.

[17] Il giudizio sull'evitabilità aiuta anche a contrastare la nostra naturale inclinazione a giudicare la prevedibilità di un evento con il senno del poi. Lo dimostrò un famoso studio di psicologia cognitiva, condotto nel lontano 1977 (P. Slovic, B. Fishhoff, *On the Psychology of experimental surprises, in Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, 3, pp. 544 ss.). Ai partecipanti fu chiesto di valutare i risultati di alcuni esperimenti scientifici e costoro, quando sapevano che un esperimento aveva dato un certo esito S, tendevano a sovrastimare la probabilità della verificazione di S, assegnando ad esso probabilità maggiore di quella che stimavano quando erano all'oscuro del risultato. Venne

cautele doverose la cui violazione fonda il giudizio colposo servono a minimizzare il rischio e che non possono azzerarlo, poiché l'unico modo di raggiungere questo impegnativo obiettivo, sarebbe vietare *tout court* l'attività.

Insomma, se l'evento non era (prevedibile e) prevenibile a causa dell'incertezza scientifica in ordine alla cautela da utilizzare, per la particolare complessità della situazione di fatto o per qualunque altra causa (non colposamente determinata dall'autore), non potrà sussistere alcuna colpa (né) in tema di infezione di Covid-19 (né in altro ambito).

11. *Inciso sui rischi di novelle legislative volte a delimitare la responsabilità del sanitario (quel che ci insegna il passato)*

Stante la peculiarità dell'attuale situazione emergenziale, e sempre a condizione che siano correttamente usati, i concetti penalistici di prevedibilità e (qui soprattutto) di evitabilità, potrebbero e dovrebbero indirizzare sin dall'esordio la scelta se iniziare o meno il procedimento penale.

Incidentalmente, si scongiurerebbe in questo modo la terza riforma legislativa (a ciclo quadriennale), prospettata a livello politico e avallata dalla dottrina dominante, che, nell'intento di contrastare *biases* e mode giurisprudenziali del momento, voglia limitare alla sola colpa grave la responsabilità in ambito penale sanitario[18].

Tale riforma rischia di rivelarsi inutile su un piano teorico perché, come appena ricordato, già oggi, quando la soluzione del problema si prospetta di particolare complessità per le ragioni più varie (vuoi in considerazione della incertezza scientifica sull'ottimalità della cura; vuoi per le particolari difficoltà pratico-organizzative; vuoi ancora per l'indisponibilità di mezzi

tuttavia dimostrato che l'*hindsight bias* si riduceva sensibilmente, e con esso la probabilità assegnata alla verificazione del risultato S, quando si chiedeva agli stessi partecipanti di esplicitare le ragioni per cui si sarebbero potuti verificare esiti diversi da S, e cioè esiti che non si erano concretamente verificati.

[18] Con riferimento all'attuale emergenza, di recente, quantomeno M.P. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in <*www.legislazionepenale.it*>, 22 giugno 2020, pp. 1 ss.; G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in <*www.sistemapenale.it*>, 5 maggio 2020, pp. 14 ss.; L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in <*www.DisCrimen.it*>, 25 maggio 2020, p. 9; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in <*www.legislazionepenale.it*>, 19 maggio 2020, p. 1 ss.

ecc.), l'evento lesivo non dovrebbe essere ritenuto prevedibile e/o evitabile. Si obietterà: "dovrebbe", ma ben sappiamo che così non è nella giurisprudenza.

La riforma sarebbe tuttavia inutile anche sul piano pratico perché l'art. 2236 C.c. esiste da ottanta anni per i giudici che vogliano ricorrervi[19]. Si sa d'altronde che la quantificazione del grado della colpa è impresa non agevole e ampiamente discrezionale, una volta escluse le ipotesi estreme e quasi fantasiose, sicché la circostanza che la disposizione codicistica non sia stata quasi mai applicata in materia penale dovrebbe stemperare il diffuso ottimismo riguardo agli effetti di una sua duplicazione.

La novella potrebbe poi rivelarsi dannosa, al pari di qualunque superfetazione normativa, suscettibile di dare la stura a fantasiose letture, e potrebbe quindi inoculare ulteriori dosi di indeterminatezza e di ineguaglianza in un ambito di responsabilità penale già stressato.

Ciò, altra vecchia storia, per non parlare delle disparità di trattamento che creerebbe la scelta di limitare la responsabilità penale alla colpa grave in relazione ad un settore di attività piuttosto che un altro.

Istruttiva appare, d'altra parte, la sventurata e ancora recente storia dell'art. 590-*sexies* C.p.

La fattispecie era nata nel 2017 per ammonire la giurisprudenza affinché giudicasse la colpa *ex ante*, avendo riguardo al sapere scientifico consolidato e disponibile al momento della realizzazione del fatto[20]. Nell'intento di recepire alcune critiche sollevate nei confronti della precedente disciplina (c.d. decreto Balduzzi), l'art. 590-*sexies* C.p.[21], si era peraltro imposto un ambito applicativo piuttosto angusto, disponendo che le linee guida la cui osservanza ne condizionava l'applicazione, fossero accreditate (in base ad

[19] La stessa Cassazione, in un passaggio, ritiene «ormai sopito [il] dibattito sulla non diretta applicabilità del precetto al settore penale per la sua attinenza alla esecuzione del rapporto contrattuale o al danno da responsabilità aquiliana». Cass. SU, 21 dicembre 2017, n. 8770, tra l'altro, in «RIML», 2018, pp. 327 ss., con commento di M. Caputo, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, pp. 345 ss.

[20] ... piuttosto che alle valutazioni dell'esperto nominato dal pubblico ministero o dal giudice e chiamato inevitabilmente a giudicare *ex post facto*. Anche sul punto non mancano interessanti esperimenti di psicologia cognitiva che dimostrano come il *senno del poi* distorca significativamente la valutazione dell'appropriatezza di una decisione clinica addirittura presso medici specializzati nella stessa disciplina. Il celebre esperimento fu condotto su centododici anestesisti da R.A Caplan, K.L. Posner, F.W. Cheney, *Effect of outcome on physicians judments of appropriateness of care*, in «JTA», *MA*, 1991, pp. 265, 1957 ss.

[21] Tra i molti commenti alla disposizione, v. A. Vallini, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari"*, in <*www.legislazionepenale.it*>, 7 dicembre 2017.

una laboriosa procedura) dal Servizio Sanitario Nazionale. Ciò nondimeno, le SS.UU. della Corte di Cassazione ne hanno neutralizzato la portata. Così, prima, tra le varie possibili opzioni interpretative (causa di esclusione della tipicità, causa di non punibilità, mero monito interpretativo[22]), hanno prescelto proprio quella incostituzionale (causa di non punibilità); poi, con il pretesto di attenuare i profili di illegittimità che esse stesse avevano originato, hanno sterilizzato la disposizione introducendovi *ex nihilo* (tra gli altri) il limite negativo della colpa grave, in presenza della quale l'immunità non scatta. In tal modo, al di là delle diverse affermazioni dell'organo di nomofilachia, si sono superati non soltanto i confini letterali del testo (esito cui eravamo invero abituati) ma forse anche i limiti concettuali dell'analogia *legis* (*in malam partem* e quindi vietata), vista la difficoltà di rinvenire una legge (vigente[23]) con *eadem ratio* suscettibile di fungere da *tertium comparationis*[24]. Soprattutto, si è assicurato alla futura giurisprudenza un *commodus discessus*, quante volte si ritenga la colpa, nel caso concreto (quale esso sia), anche appena, poco poco... grave.

Se quanto osservato fosse vero, sarebbe inutile persistere nell'illusione che la legge possa conformare una giurisprudenza riottosa e contrastare le deviazioni dallo *standard* di garanzie penalistiche nell'ambito della responsabilità medica. Meglio allora concentrarsi su un piano pre-legislativo, culturale, e stimolare un'attenta riflessione sui limiti della conoscenza intuitiva che, *sub specie* di psicologia del senso comune, filtra nelle valutazioni giuridiche penali, inquina giudizi che dovrebbero essere invece tecnici ed asseconda (anziché contrastare, in nome di principi costituzionali evidentemente poco interiorizzati) la tendenza naturale dell'uomo (anche magistrato) a sovra-determinare i giudizi causali e l'ambito di responsabilità colposa.

Una tendenza oramai tanto radicata da far dimenticare che la prova della

[22] Questa ricostruzione si era affacciata in giurisprudenza (Cass., 20 aprile 2017, n. 735, Tarabori) ed era stata da noi propugnata sin dapprincipio in diverse sedi. Di Giovine, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, in «AP», 2014, pp. 3 ss.; Ead., *Colpa penale, "Legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in «CP», 2017, pp. 386 ss.; Ead., *Mondi veri e mondi immaginari di Sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, *ivi*, pp. 2151 ss.

[23] Le SU, per argomentare l'immanenza della graduazione della colpa nel sistema, resuscitano l'abrogato decreto Balduzzi (n. 189/2012) il cui art. 3 limitava, come noto, la sua portata all'ipotesi di colpa lieve.

[24] Cass. SU, 21 dicembre 2017 cit., in merito alla quale vd. anche il nostro Di Giovine, *A proposito delle sezioni unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "Colpa medica e sicurezza delle cure"*, in «RIML», 2018, 3, pp. 837 ss., dove si trovano sviluppate le considerazioni qui appena abbozzate.

responsabilità civile è molto più semplice di quella penale, soprattutto ora che la legge Gelli-Bianco ha sancito in capo alle strutture una responsabilità contrattuale, con conseguente prescrizione in dieci anni del diritto al risarcimento e vantaggi per il danneggiato sotto il profilo dell'onere probatorio.

12. *Cenni sulla responsabilità degli apici*

Restando nell'ambito sanitario, impossibile non accennare al tema della responsabilità degli apici delle strutture sanitarie per carente organizzazione e, soprattutto, dei vertici politici nella gestione della emergenza Covid-19.

Quanto ai primi, non vale neanche la pena di ribadire che nessun rimprovero dovrebbe discendere dal fatto che le strutture, all'indomani dell'inizio della crisi, risultassero prive di risorse (materiali e personali) utili a fronteggiare adeguatamente la nuova situazione. Né vale la pena di insistere ancora sulle difficoltà in cui potrebbe imbattersi l'accertamento in concreto di una colpa per mancata o insufficiente organizzazione, nel vuoto di regole sedimentate e di provata efficacia. Si rinvia a tal fine a quanto già osservato a proposito della necessità di svolgere rigorosamente *ex ante* i giudizi sulla prevedibilità e sull'evitabilità degli eventi[25].

Qualche nota in più, seppur rapsodica, merita invece il tema, molto caldo, della responsabilità dei vertici politici, avendo le note inchieste giornalistiche e poi giudiziarie sul mancato aggiornamento del piano pandemico inoculato l'inquietante (e molto ragionevole) sospetto che l'evidente caos strutturale (soprattutto iniziale) sia dipeso da gravi comportamenti omissivi.

Ove tali notizie si rivelino fondate, troverebbe conferma l'impressione di gravissime responsabilità politiche e soprattutto morali.

Non è detto tuttavia che tali responsabilità si convertano per ciò solo in gius-penali[26].

[25] Nell'insistere sulla necessità che il giudizio sulla colpa sia svolto *ex ante*, autorevole dottrina ha da subito ricordato che «la istituzionale discrezionalità delle [...] scelte [degli amministratori] non può per principio convertirsi in fonte di responsabilità penale sol perché sarebbe stato possibile scegliere meglio per la tutela più efficace della vita e della salute: l'errore non è per ciò solo sempre e necessariamente colpevole. L'esercizio della discrezionalità genera responsabilità penale solo quando nella decisione sia grossolanamente alterato l'ordine dei valori-scopo per la cui ponderazione è conferito quel potere discrezionale». F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in <*www.sistemapenale.it*>, 26 aprile 2020.

[26] Scettico G.D. Dodaro, *Riflessioni penalistiche su strategie di gestione del rischio pandemico e responsabilità dei governanti*, in <*www.dirittopenaleeuomo.it*>, 30 settembre 2020, alla cui

È noto che gli epidemiologi prevedono (rientra tra i loro ambiti di ricerca) la possibilità e la ciclicità di epidemie. Astratte epidemie erano dunque ampiamente prevedibili e sicuramente invero previste. Così come era prevedibile che il mancato aggiornamento del piano pandemico avrebbe determinato perdite di vite umane dirette e indirette (causate cioè dal mancato funzionamento a pieno regime delle strutture sanitarie, in assoluta prevalenza impegnate a fronteggiare il Covid-19).

Tuttavia, la dottrina che qui omaggiamo ci ricorda che, se è «illusorio pensare ad un giudizio di rappresentabilità completamente concretizzato rispetto ad una determinata situazione», è non men vero che tale concretizzazione ed individualizzazione va realizzata «sì estraendo, ma a partire da "un momento storico concreto"» e che questo «metodo si mostra il solo che garantisca la migliore aderenza possibile alle caratteristiche del caso singolo»[27].

Se è così, è allora molto dubbio che fosse prevedibile un'epidemia e poi una pandemia delle dimensioni e della portata *di quelle che si sono concretamente verificate*. Difficile cioè argomentare che fosse immaginabile *questa pandemia e questa perdita di vite umane*.

Per assicurarsene, basta tornare con la mente, per un istante, al dibattito che la scorsa estate ha impegnato anche esponenti della c.d. scienza, sui possibili mutamenti del virus.

Come ricordiamo tutti, fu addirittura ipotizzato che il virus avrebbe perso virulenza, in ragione di un'ipotesi - da molti ritenuta *pseudo*-scientifica - di "adattamento": affermando insomma che, se vuole sopravvivere, il virus non può continuare ad uccidere il corpo che lo ospita.

Al di là queste fantasiose teorie e portando il discorso su un piano epistemologicamente più solido, che sembra essere quello c.d. neo-darwiniano, resta un dato.

Che i virus mutino è scontato. Che anche questo coronavirus mutasse era dunque ampiamente prevedibile (e previsto). Ciò che non era e che non è possibile prevedere è *come*.

L'impossibilità deriva dal fatto che il comportamento di questo virus (al pari del comportamento di qualunque altro organismo vivente) risponde a due condizioni: l'evoluzione ispirata alla logica (non dell'adattamento bensì) del successo riproduttivo (e non a livello di singolo, bensì a livello di

più ampia ricostruzione si rinvia.

[27] A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 358.

popolazione) e... il caso, questo ovviamente per definizione imponderabile[28].

Di conseguenza, formulare previsioni su quello che sarebbe potuto essere l'andamento di una pandemia era - ai tempi delle omissioni lamentate - scientificamente impossibile già in linea di principio (qualche previsione può farsi ora, a campagna vaccinale iniziata… forse).

Alludendo ad altra celebre vicenda giudiziaria, conclusasi con l'assoluzione in appello e in Cassazione, verrebbe da chiosare che *questa* pandemia era imprevedibile così come - *mutatis mutandis* - lo sono i terremoti[29].

Per di più, anche qui, andrebbe valutato se *questa* pandemia sarebbe stata evitabile, e in quale misura.

Davvero una diversa e più razionale ripartizione delle risorse economiche a livello di Regione o di singola struttura sanitaria ecc. avrebbero potuto evitare tutte le perdite che si sono *in concreto* verificate?

L'adozione di un efficace piano pandemico, immaginiamo pure ispirato a massima precauzione, avrebbe senz'altro ridotto il danno. Se il sistema fosse stato implementato, se i reparti di terapia intensiva fossero stati potenziati, se i dispositivi fossero stati acquistati in maggiori dosi, se le strutture Covid fossero state da subito compartimentate in modo razionale, moltissime morti o lesioni sarebbero state evitate. Non certo però tutte e nemmeno la gran parte.

Nemmeno sappiamo poi *quali*.

Anche immaginando uno scenario alternativo in cui i vertici politici ed amministrativi avessero agito in modo responsabile, il dubbio è che l'entità e la forza dell'evento naturale concretamente inveratosi avrebbero comunque superato ogni previsione, anche molto pessimistica, legata al *risk assessment* di un astratto piano pandemico.

In conclusione, a fronte di un'ampia quota di eventi negativi comunque non evitabile, resterebbe la difficoltà, per il giudice, di stabilire *quanti* omicidi e *quante* lesioni fossero prevedibili ed evitabili e poi di individuare *quali*: a dimostrazione del fatto che il problema della fisionomia dell'evento (singolo) nell'omicidio e nelle lesioni personali non è facilmente eludibile attraverso una sua (ri-)descrizione astratta.

[28] G. Corbellini, *La pandemia è neo-darwiniana e i virus mancano di buon senso*, in <*www.scienzainrete.it*>, 10 giugno 2020.

[29] Alludiamo ovviamente alla vicenda del terremoto dell'Aquila, decisa in via definitiva da Cass., 20 novembre 2015 e attingibile tra l'altro da <*www.dirittopenalecontemporaneo.it*>, 18 aprile 2016.

13. *Scelte tragiche nei reparti di rianimazione*

Infine, un cenno, che vuole essere piuttosto una provocazione, ad una tematica soltanto affine a quella del contagio, ma tristemente rilevante nella pratica medica[30].

Quid iuris ove il giudice si trovi a decidere della scelta tragica operata da un anestesista il quale, avendo molti pazienti in ipossiemia severa e pochi ventilatori meccanici, sia stato costretto a sacrificare la vita di alcuni a beneficio della sopravvivenza di altri?

Questo medico rianimatore incarna il "cugino sfortunato" (in carne e ossa) del "chirurgo pazzo" (scolastico) che circola da tempo nei testi di diritto penale, tra i paragrafi sul "soccorso di necessità", nonché in molte trattazioni di filosofia morale volte ad illustrare la contrapposizione tra due etiche: quella consequenzialista-utilitarista e quella kantiana del divieto di usare l'uomo solo come mezzo.

Tali due diverse visioni si sono probabilmente confrontate anche nella mente del medico rianimatore chiamato a decidere a chi destinare il ventilatore meccanico.

Verso la prima etica sembra volesse orientarlo la Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) quando, il 6 marzo del 2020, licenziò le "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"[31].

[30] Il profilo è tratteggiato in Caletti, *Emergenza pandemica* cit., pp. 7 ss. e in Risicato, *La metamorfosi* cit., pp. 6 ss.

[31] Al momento in cui si scrive circola una bozza di documento redatta da un gruppo di lavoro misto, al cui interno compare anche il Presidente SIAARTI, dal titolo "*Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia da Covid-19*", dal contenuto decisamente peggiorativo. Forse a causa del vespaio di critiche sollevato dalle Raccomandazioni indicate nel testo, il richiamo all'età risulta "travisato" all'interno di altri criteri (sulla comorbilità) e passa ora addirittura per l'indicazione di precise "fasce di età" numeriche (nel documento si afferma peraltro contraddittoriamente che l'età rileva nella «valutazione globale della persona del malato»). Cosa ancor più grave, sembra attribuirsi rilievo a Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT) vuoi anche espresse in relazione a patologie diverse ed irreversibili (laddove sappiamo che l'ipossiemia severa Covid-19 è potenzialmente reversibile). Infine, è proposto il fac-simile di una scheda da riempire a cura del sanitario il cui eccesso di formalizzazione (prevede il conteggio numerico di punti) contrasta con il carattere sincretico della valutazione clinica e che, per il caso non venga compilata o venga compilata in modo erroneo, darebbe con ogni probabilità adito a procedimenti penali, promuovendo un atteggiamento difensivistico ("rianimazione difensiva"?) anche in questo delicato ambito.

Seppur allo scopo di evitare che il criterio di accesso alle cure intensive divenisse il "*first come, first served*", il documento suggeriva infatti agli anestesisti di privilegiare la "maggior speranza di vita" del paziente basando la scelta su una valutazione quanto più possibile attenta dell'età come espressione della riserva funzionale che il paziente è in grado di mettere in gioco per affrontare non solo la sfida della malattia, ma anche l'impatto delle cure intensive (età anagrafica in assenza di comorbilità, età biologica in caso di soggetto sano)[32].

Il documento ha suscitato lo sgomento di tutti (ci ha messo brutalmente di fronte a quello che accade nel chiuso dei reparti delle terapie intensive e a cui non ci piace pensare) e la reazione di alcuni.

A stretto giro, l'8 aprile 2020, il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) ha licenziato un documento dal titolo *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*, in apparenza di tenore più kantiano. Ha infatti obiettato che la scelta della classe medica nel *triage* in emergenza pandemica, in una situazione di risorse limitate, può ispirarsi soltanto a due parametri: l'appropriatezza clinica e l'attualità, negando così la possibilità di strumentalizzare qualunque vita umana.

Difficile per il giurista non condividere di primo acchito la posizione del CNB e naturale biasimare il medico che abbia destinato il ventilatore a una persona perché giovane, condannando a morte l'anziano.

Purtroppo però le aspirazioni umanistiche e kantiane non sono sempre facili da realizzare.

Dando l'attualità per presupposto implicito e scontato in questo genere di valutazione, da una lettura anche superficiale del documento del CNB emerge che il criterio dell'appropriatezza clinica è meno equidistante di quanto appaia a prima vista. Per esplicito riconoscimento dello stesso CNB, infatti, la valutazione della situazione clinica del paziente implica un'inevitabile contestualizzazione e chiama quindi in gioco fattori quali le condizioni di salute generale e l'età dello stesso: elementi che insomma, cacciati dalla porta, rientrano nella valutazione attraverso una comoda finestra[33].

[32] Le raccomandazioni in oggetto evitavano peraltro di esplicitare una soglia numerica, così da attribuire rilievo sia alla considerazione della variabilità sia biologica individuale sia del c.d. *setting* di cura.

[33] Riportiamo il passaggio per esteso. «Ogni paziente va visto nella globalità della sua situazione clinica, tenendo in considerazione tutti i necessari fattori di valutazione. Ferma restando la priorità del trattamento secondo il grado di urgenza, altri fattori sono ordinariamente oggetto di valutazione: gravità del quadro clinico in atto, comorbilità, quadro di terminalità a breve, ecc. *L'età, a sua volta, è un parametro che viene preso in*

Avvertivamo che questa sarebbe stata soltanto una provocazione. Tenevamo infatti ad evidenziare lo scollamento tra il piano dei principi, anche costituzionali (il richiamo è ovviamente all'art. 32 Cost.), auspicabilmente declinabili secondo una solidarietà senza confini, e le difficoltà di darvi in concreto attuazione.

Resta però il fatto che del carattere tragico della scelta e della complessità morale delle situazioni che i medici si sono trovati a fronteggiare, oltretutto in tempi spesso concitati, va ovviamente tenuto conto negli eventuali giudizi penali (questi più comodamente svolti, dal punto di vista cronologico), a carico dei sanitari. E ciò, quale che sia il luogo teorico che l'interprete preferisca eleggere all'uopo: lo stato di necessità (sia nell'accezione scriminante sia in quella scusante), la colpa (in virtù della inevitabilità di una scelta che comunque avrebbe sacrificato alcune vite a beneficio di altre) oppure, infine, una generica colpevolezza normativa, *sub specie* di non rimproverabilità di chi abbia violato cautele doverose in una situazione di (comprovata) inesigibilità della condotta conforme al diritto.

14. *Conclusioni*

Nel momento in cui si scrive, pende un gran numero di procedimenti penali (tra l'altro) per lesioni ed omicidi.

Eppure, abbiamo verificato che la struttura di tali fattispecie, incentrata su singoli eventi, nella massima parte dei casi osterà all'affermazione di responsabilità penali, conducendo, presto o tardi, ad esiti assolutori. Con i noti effetti negativi, in termini di inutile afflizione degli indagati/imputati, sperpero di mezzi e risorse dell'impresa giudiziaria, frustrazione delle aspettative di coloro che in questa emergenza hanno subito direttamente o indirettamente danni e gravi lutti, e che comprensibilmente cercheranno nel processo una compensazione psicologica che potrebbe non arrivare.

In questo quadro disastrato, una volta esclusa l'opportunità di modifiche di sistema (destinate a rivelarsi problematiche come tutte le riforme ispirate dall'emergenza; vd. *retro*, § 11), ci chiediamo se non diventi auspicabile

considerazione in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica ma non è l'unico e nemmeno quello principale. La priorità andrebbe stabilita valutando, sulla base degli indicatori menzionati, i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza. Non si deve cioè adottare un criterio, in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente» (il corsivo è nostro).

ciò che mai sarebbe considerato tale in condizioni normali. Un molto coraggioso – invero politicamente improbabile – intervento legislativo di amnistia spazzerebbe via un presente giudiziario problematico ed incerto, per gran parte fatto di ipotesi di responsabilità fantasiose o quantomeno stiracchiate, e segnerebbe un "km 0" a partire dal quale, in una situazione in cui sembrano finalmente stabilizzarsi alcune (relative) certezze, diventi possibile ergere su basi meno farraginose le costruzioni accusatorie. Certo, una soluzione di questo tipo travolgerebbe, tra gli altri, procedimenti per responsabilità anche gravi, ma si tratta probabilmente di un costo necessario a salvaguardare la fisionomia di categorie penalistiche che l'accentuazione, in questo triste momento storico, della connaturata tendenza giudiziaria alla ricerca di capri espiatori potrebbe condannare ad ulteriore, forse irreversibile, torsione.

Stefano Fiore*

Tracce di distopia legislativa nella 'spazzacorrotti'. Funzioni simboliche e deterrenza 'latente' nell'uso della non punibilità

Sommario: 1. La non punibilità tra premialità e *law enforcement* – 2. L'art. 323 *ter* c.p. Pentimento, abiura e (forse) premio – 2.1. L'emersione della deterrenza 'latente'. Una prima ma evidente conferma – 3. Collaborazione *in vinculis* e premialità esecutiva – 4. La vuota suggestione degli agenti infiltrati – 5. Un'amara notazione finale.

1. *La non punibilità tra premialità e* law enforcement

Nel panorama, certamente non esaltante, della recente legislazione penale non è inusuale che i commenti critici sulla produzione normativa prevalgano nettamente su quelli favorevoli, o almeno possibilisti; eppure, nonostante ogni disincanto, colpisce e sconforta scorrere la rassegna delle opinioni che ha preceduto e seguito l'approvazione della famigerata legge c.d. 'spazzacorrotti'[1].

Colpisce la omogenea durezza delle critiche rivolte alle scelte operate; sconforta il rilievo della totale e ostentata sordità del legislatore.

Il coro di critiche rivolto alla legge che può vantare il poco invidiabile

[1] V. Mongillo, *La legge 'spazzacorrotti': ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in «DPC», 5, 2019, pp. 231 ss.; T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni ed illusioni della riforma*, in «AP», 3, 2018; D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in «DPC», 3, 2019, pp. 235 ss.; G. Flora, *La nuova riforma dei delitti di corruzione: verso la corruzione del sistema penale?*, in *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. spazzacorrotti)*, a cura di G. Flora e A. Marandola, Pacini giuridica, Firenze 2019, pp. 3 ss.; nonché gli altri contributi raccolti nel volume; N. Pisani, *Il disegno di legge spazzacorrotti: solo ombre*, in «CP», 11, p. 3589; M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova 'legge spazzacorrotti': il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in «*CP*», 1, 2019, pp. 44 ss.

primato della denominazione più becera nella storia della comunicazione istituzionale, non ha infatti prodotto, *in itinere*, alcuna ripensamento, né, applicative, si è inevitabilmente avviato il tristemente consueto – e in questo caso largamente prevedibile – percorso di revisione costituzionale da parte della Consulta, volto ad eliminare almeno alcune delle più intollerabili storture della legge 3/2019.

* Ordinario di diritto penale, Università degli Studi del Molise.

Insieme alla conoscenza dei contenuti di quel provvedimento, sembra però essersi sedimentato anche lo sdegno che ha accompagnato la comparsa e gli esordi applicativi della riforma.

La sola cosa a non essere già 'passato' sono invece gli effetti di una 'cattiva novella', che, purtroppo, è ancora tra di noi. C'è dunque da domandarsi se ancora valga (o addirittura se mai sia valsa) la pena occuparsene scientificamente, presentandosi quel provvedimento (non meno di altri a dire il vero) come il frutto di un programmatico e protervo rifiuto della razionalità.

La complessità dell'intervento, una vera e propria miniriforma, sconsiglia di coltivare pretese ricognitive, ma per fortuna l'abbondanza dei commenti esistenti – certamente il risultato più significativo prodotto dalla l. 3/2019 – mette comunque a disposizione un vastissimo materiale dal quale attingere anche il più minuzioso dettaglio per la conoscenza e la decodificazione di questo provvedimento normativo e dei suoi effetti sul sistema.

Per la meticolosa analisi e la spietata critica di questa legge sono state utilizzate anche chiavi di lettura meno consuete di quelle che, nelle fasi iniziali, hanno indotto a concentrare l'attenzione e poi la discussione su alcuni aspetti inevitabilmente dotati di maggiore evidenza. Tra le letture di 'secondo livello' – se ci è consentita questa espressione – vi è stata anche quella che ha utilizzato come specifico punto di osservazione della 'spazzacorrotti' la categoria della non punibilità. Come vedremo, anche le scelte operate dal legislatore in questo ambito rivelano e confermano la tetragona coerenza repressiva che ispira in maniera peraltro chiarissima l'intervento, evidenziandone però, allo stesso tempo, anche i difetti progettuali che inficiano la sua tenuta strutturale[2].

La legge 3/2019 è d'altra parte frutto di quel letale *mix* legislativo di insipienza, approssimazione, populismo e demagogia, che nella genesi della recente legislazione penale svolge un ruolo certamente superiore a quello

[2] Per questa specifica chiave di lettura cfr. in particolare, Pulitanò, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis*, in «DPP», 5, 2019, pp. 600 ss.; M. N. Masullo, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in «RIDP», 3, 2019, pp. 1257 ss.

che invece dovrebbero avere gli essenziali supporti empirici di ogni buona (perché razionale e tecnicamente appropriata) legislazione – come l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), premessa per la necessaria verifica di impatto della regolamentazione (VIR) – spesso ridotti, quando utilizzati, a meri adempimenti formali.

L'uso della non punibilità potrebbe apparire una scelta, se non eccentrica, quanto meno disallineata rispetto alle direttrici lungo le quali si muove un intervento normativo che si autodefinisce e intende accreditarsi sul piano politico criminale attraverso l'affermazione del valore della punibilità; anzi, ancor di più, per la ricerca della punizione come unico e auspicato esito applicativo.

In realtà, sappiamo bene che non c'è nulla di incongruo – e d'altra parte nulla di nuovo – nell'utilizzo integrato di strumenti di tipo premiale o che fanno comunque ricorso a tecniche che utilizzano in negativo la punibilità per il perseguimento degli stessi obiettivi che vengono perseguiti, in via primaria, mediante la minaccia della pena. L'uso della leva punitiva, tuttavia, qualsiasi sia la modalità tecnica adottata, compresa dunque la rinuncia al suo utilizzo o la sua modulazione per ragioni strumentali ad obiettivi di politica criminale, richiede sempre la necessaria verifica della sua conformità ai principi, sovraordinati e cogenti, che, delimitandone la legittimità, contribuiscono a definire ambiti e modi del loro possibile utilizzo.

Nel caso della 'spazzacorrotti', il contrasto con quei principi, oltre che con la razionalità normativa e le regole (anche elementari) della buona legislazione, è tuttavia un dato strutturale e come si vedrà – ma è d'altra parte facile immaginare – anche l'uso che della non punibilità viene fatto nella l. 3/2019 non sfugge a questo stigma.

L'inefficacia delle misure adottate non appare, allora, il difetto peggiore di una riforma che coltiva pervicacemente la rozza visione repressiva che la anima, distribuendo l'ardore punitivo del legislatore populista su tutto l'arco che dalla minaccia della punizione arriva fino alla esecuzione della pena. Questa logica, che nella 'spazzacorrotti' cannibalizza ogni altra prospettiva teleologica, finisce per piegare ai suoi scopi anche la non punibilità.

Adottare questo specifico punto di vista, dunque, può aiutare nella lettura critica di una normativa che, nonostante la spudorata chiarezza sugli scopi perseguiti, osservata attraverso la sola lente della punibilità forse non restituisce una immagine completa.

Maneggiare la punibilità è certamente pericoloso, ma il suo significato è univoco: immettere punibilità o maggiore punibilità nel sistema, non ne aumenta il tasso di efficacia – anzi, sappiamo che certamente non è così e solo il nostro legislatore mostra una diabolica perseveranza nel coltivare la

convinzione contraria – ma senza dubbio accentua la connotazione repressiva del sistema stesso, anche quando questo non accresce effettivamente il grado della repressione attuata.

D'altra parte, la 'spazzacorrotti' è innanzitutto il veicolo di un messaggio simbolico di *overdeterrence* comunicato nel modo più chiaro, esplicito e comprensibile a tutti: lo scopo dichiarato della legge è quello di mettere e poi tenere in carcere più condannati per i reati contro la pubblica amministrazione, di farlo per più tempo e in peggiori condizioni rispetto al passato, amplificando inoltre la portata e la durata degli effetti accessori della condanna.

Non è invece detto che la non punibilità, qui o altrove, sia usata o comunque serva per attenuare il grado di severità o comunque ridurre il tasso (anche percepito) di repressione del sistema; o, almeno, non si può semplificare la questione in termini così netti. Se cioè è sempre vero che l'uso espansivo della punibilità (nuove incriminazioni, incrementi punitivi, riduzione delle alternative alla punizione, etc.), soprattutto quando opera al di fuori di una logica sussidiaria, designa sempre una scelta in senso repressivo, meno automatica è la lettura del significato che assumono le scelte basate su meccanismi di esenzione o attenuazione della punibilità. In ogni caso, un effetto di attenuazione del carattere repressivo del sistema si produce solo se le norme che consentono di non punire, punire meno o meno severamente si applicano in una misura minimamente apprezzabile.

A differenza della punibilità, la non punibilità è infatti un universo assai complesso. Gli istituti riconducibili sotto la generica qualificazione che descrive esteriormente l'effetto della loro applicazione, lascia invero impregiudicata la definizione della loro natura e della funzione che sono chiamati a svolgere. Per utilizzare la non punibilità ci vuole dunque altrettanta, se non maggiore, perizia, attenzione e consapevolezza di quanta ne richiede l'uso della punibilità ed è inutile dire che il legislatore usa invece con imperdonabile leggerezza entrambe[3].

La cosa è ulteriormente complicata dal fatto che i meccanismi della non punibilità sono non di rado condizionati dalla presenza condizionante di elementi 'valutativi', a volte di tipo discrezionale; la loro attivazione, inoltre, dipende spesso da una scelta del soggetto che è destinato a beneficiarne, variamente collocata nel tempo rispetto alla commissione del reato e al suo

[3] Per chi volesse avventurarsi nelle «lande poco esplorate […] che segnano il "*Grenzengebiet zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit*", la terra di confine tra punibilità e impunità», il percorso può proficuamente iniziare da A. Di Martino, *La sequenza infranta. Profili di dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano 1998 (dalla cui 'Premessa' è tratto il passo citato che riprende una felice espressione di Nauke).

accertamento, proprio in ragione della diversa funzione ad essi assegnata.

Lasciando da parte l'ormai consistente presenza, anche nella parte generale del codice, di istituti basati sulla non punibilità con finalità tendenzialmente deflative (si pensi in particolare all'art. 131 *bis* c.p.), ci sono settori come ad esempio il diritto penale delle attività economiche (inteso in senso ampio, comprensivo cioè diritto penale dell'impresa, del diritto penale societario, di quello del lavoro, del diritto penale tributario e così via) dove la non punibilità, declinata in forme diverse e chiamata a svolgere funzioni differenziate, riveste un ruolo non marginale nel definire la struttura e il 'carattere' dell'intervento regolativo.

Orbene, l'uso che nella 'spazzacorrotti' viene fatto della non punibilità, pur non potendosi certo dire 'connotativo' della disciplina nel suo complesso, certamente partecipa in maniera coerente alla costruzione del modello proposto dalla l. 3/2019. Come, infatti, si proverà a mostrare, gli istituiti che si fondano su meccanismi di esenzione dalle o attenuazione delle conseguenze punitive, lungi dal rappresentare un fattore di bilanciamento della inusitata severità delle scelte punitive, si rivelano in realtà strumentali al progetto di intransigente deterrenza e rigore vendicativo perseguito dal legislatore.

2. *L'art. 323* ter *c.p. Pentimento, abiura e (forse) premio*

Nel quadro delle misure di contrasto ai fenomeni corruttivi o para corruttivi, la non punibilità viene declinata dalla l. 3/2019 lungo tre direttrici: la principale è, ovviamente, quella dell'art. 323 *ter* c.p., che introduce una causa di non punibilità sopravvenuta a base collaborativa; vi è, poi, la direttrice della premialità da 'spendere' in sede esecutiva, collegata agli irrigidimenti introdotti anche su questo piano e volta a stimolare la collaborazione *post* condanna; su di un piano parzialmente diverso, ma, come vedremo collegato, troviamo infine, la figura, di non facile collocazione, dell'agente infiltrato, che utilizza la non punibilità in maniera direttamente funzionale allo svolgimento delle indagini.

Le tre direttrici convergono in direzione del comune obiettivo di favorire l'emersione e facilitare l'accertamento dei reati di tipo corruttivo, contribuendo in questo modo anche alla loro prevenzione. Tuttavia, va detto subito, secondo l'unanime giudizio dei commentatori nessuno degli strumenti predisposti dal legislatore appare in grado di fornire alle agenzie di

law enforcement un contributo realmente apprezzabile su nessuno dei piani interessati; d'altra parte, anche le opinioni favorevoli, o almeno possibiliste, provenienti prevalentemente dalla magistratura, sono state espresse più che altro in termini di auspicio. La prassi, certo ad oggi ancora casisticamente limitata, non sembra smentire la prognosi negativa.

I contenuti normativi che si muovono lungo queste tre direttrici sono stati, come accennato e d'altronde noto, oggetto di attenta e approfondita disamina in molti eccellenti contribuiti dedicati sia ai singoli aspetti che al disegno generale[4]. La disponibilità di una piattaforma esegetica molto solida e affidabile consente dunque, in questa sede, di puntare in maniera più diretta alla verifica che ci siamo proposti di condurre.

La verifica prende ovviamente le mosse dall'art. 323 *ter* c.p., vale a dire la norma che, nell'ambito di un intervento di riforma caratterizzato della ricerca esasperata (a volte solo declamativa, altre volte drammaticamente effettiva) della punizione, ancor più che della punibilità, promette invece impunità[5]. La causa di non punibilità introdotta nel sottosistema dei reati a schema corruttivo richiede, come noto, sostanzialmente un'autodenuncia (ma trattandosi di reati a struttura bilaterale questo implica comunque sempre anche una delazione), accompagnata da comportamenti di tipo collaborativo sul piano processuale e condotte reintegratorie.

La causa di non punibilità è applicabile a chi ha commesso non solo una qualsiasi ipotesi di corruzione, inclusi i fatti di rilievo internazionale (art. 322 *bis* c.p.), ma anche reati corrispondenti a fattispecie para-corruttive, come l'induzione indebita a dare o promettere utilità, nonché delitti lesivi della libera concorrenza nelle procedure contrattuali pubbliche (artt. 353, 353 *bis* e 354 c.p.), mentre un po' incomprensibilmente è escluso il traffico di influenze illecite (anch'esso fattispecie a struttura bilaterale e certamente ascrivibile alla costellazione correttiva sia pure in una accezione ampia). L'autore potrà avvalersi del beneficio «se prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per

[4] Si rinvia, anche per gli ulteriori riferimenti, ai contributi citati *supra* nota 2.

[5] Sul tema, oltre alle osservazioni, sempre molto puntuali, contenute nei contributi sulla 'spazzacorrotti' a più ampio spettro di analisi già citati (*supra* note 2 e 3) cfr. L. Sturzo, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: La nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A*, in «AP», 2, 2019; A. Alberico, *Non punibilità per collaborazione processuale nei delitti di corruzione*, in «AP», 1, 2020; R. Cantone, A. Milone, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p.*, in «DPC», 6, 2019, pp. 5 ss.

individuare gli altri responsabili»; per potersi giovare della causa di non punibilità, il soggetto deve inoltre mettere a disposizione l'utilità percepita o, nel caso di impossibilità, una somma di denaro di valore equivalente, ovvero indicare entro il medesimo termine elementi utili e concreti per individuare il beneficiario effettivo.

In un contributo che ha fornito alla presente riflessione utilissimi spunti, Domenico Pulitanò[6] ha scritto, forse provocatoriamente ma senza mezzi termini, che non vale la pena analizzare la norma perché, prevedibilmente, essa non troverà applicazione. Si tratterebbe dunque di un esercizio interpretativo inutile, tanto più che rimarrebbe privo di riscontri nella realtà[7].

Pur condividendo la disincantata e realistica previsione di una sostanziale irrilevanza applicativa, non si può tuttavia negare che la norma presenti comunque un certo interesse, sia per ragioni storiche e sistematiche (invero da molti ricordate e valorizzate), sia perché attraverso alcune, forse non superflue, puntualizzazioni sull'uso che il legislatore ha fatto della non punibilità, è possibile illuminare meglio aspetti meno visibili della riforma.

L'utilizzo della leva premiale nel contrasto alla corruzione è, infatti, una vecchia idea, che – come assai noto e variamente ricordato in occasione dell'introduzione dell'art. 323 *ter* c.p. – fu promossa all'epoca di Tangentopoli da un gruppo di noti magistrati e autorevoli docenti universitari[8].

La proposta aveva invero all'epoca un significato ulteriore, perché mirava anche alla 'chiusura' di una stagione (che evidentemente non si è mai chiusa), ma nonostante la contingenza favorevole e il notevole credito di cui in quel momento godevano i suoi proponenti, le forti e diffuse perplessità circa la sua opportunità e la sua efficacia prevalsero sulle opinioni favorevoli e anche il suo periodico riemergere negli anni anche in sede legislativa è rimasto a lungo privo di sbocchi concreti[9].

[6] Si tratta del già citato (*supra* nota 2), *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4* bis.

[7] Testualmente: «Su eventuali problemi d'interpretazione di una norma prevedibilmente destinata a restare sulla carta, non c'è un grande interesse a soffermarsi. Sarebbero problemi di un improbabile pentito, o di un consulente interpellato da chi abbia dubbi sulla convenienza di pentirsi», op. ult. cit., p. 602.

[8] Il riferimento è ovviamente alla c.d. Proposta della Statale o Progetto di Cernobbio, elaborato dai magistrati di punta dell'allora *pool* 'Manipulite' della Procura di Milano e da illustri docenti della Università Statale di Milano (*Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento dei partiti*), pubblicata in «RTDPE», 1994, pp. 911 ss.

[9] C.F. Grosso, *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione fra utopia punitiva e suggestione penale*, in «CP», 1994, pp. 2347 ss.; V. Zagrebelsky, *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Non tutto ciò che è lecito è anche opportuno*, in

La cosa potrebbe apparire per certi versi singolare se si considera che negli ultimi decenni, a partire dalla legislazione antiterrorismo e successivamente in quella in materia di criminalità organizzata, lo strumento della premialità collegato a scelte di collaborazione processuale, variamente modulato e a volte condizionato dalla richiesta di condotte di tipo reintegratorio, è stato utilizzato – in maniera crescente e con diseguale efficacia – negli ambiti più diversi del nostro sistema penale.

Si può ovviamente concordare in linea di principio con l'idea che, essendo i delitti appartenenti alla galassia corruttiva reati 'a base razionale', per così dire, il loro controllo si presta ad essere gestito anche mediante strumenti di incentivo/disincentivo, che ridefiniscono il rapporto tra vantaggi e rischi della decisione. È chiaro tuttavia che, se da un lato, non si può fare affidamento su meccaniche di contrappeso troppo elementari, dall'altro, proprio nella logica del contrappeso, il rapporto tra vantaggi (ipotetici) e rischi (concreti o prevedibili) di scelte di questo tipo è notoriamente molto variabile e gli equilibri (anche sul piano dei principi) molto delicati. Se, dunque, può apparire in astratto ragionevole proporre interventi che mirano a sollecitare una ponderata considerazione della 'convenienza' dei comportamenti osservanti, allo stesso tempo non devono essere sottovalutati i rischi derivanti da un disinvolto utilizzo 'mercantile' della punibilità e quelli connessi alla eventuale dis-misura degli interventi, alla loro scarsa appropriatezza tecnica e alla loro tendenziale eccentricità rispetto ai principi.

La proposta di introdurre una simile previsione anche nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione ha comunque incontrato a lungo una forte resistenza. Si è in effetti guardato sempre con molta prudenza e altrettanta diffidenza alla possibilità di adottare questa strategia nel quadro di interventi anticorruzione, per una serie di fondate ragioni espresse già all'epoca della prima proposta, e che in verità appaiono tutt'oggi in massima parte condivisibili e certamente riferibili anche alla norma in vigore, che d'altra parte ricalca in misura significativa la struttura e i contenuti della proposta originaria[10].

«CP», 1994, p. 2337 ss.; F. Sgubbi, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in «RTDPE», 1994, pp. 941 ss.; G.M. Flick, *Come uscire da tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, in «RTDPE», 1994, pp. 945 ss.; S. Moccia, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in «RIDPP», 1996, pp. 465 ss.; G. Marra, *Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in «RTDPE», 1998, pp. 1016 ss.

[10] Ammonisce opportunamente contro le «Le insidie di una politica criminale che ripropone soluzioni ciclicamente scartate in passato», A. Alberico, *Non punibilità per collaborazione*

A distanza di quasi venti anni da quella proposta e dopo molte incertezze, solo nel 2015 si era più cautamente ripiegato sulla introduzione di una circostanza attenuante, quella dell'art. 323 *bis* comma secondo c.p.[11], le cui tracce applicative sono peraltro pressoché inesistenti e che proprio la l. 3/2019, come vedremo (*infra* § 3), ha cercato in qualche modo di rianimare.

Le premesse sulle quali si fondavano allora le proposte di introduzione e oggi si fonda la vigenza della norma che offre il premio più alto, vale a dire l'impunibilità, a chi rompe il patto corruttivo, sono assai note e in realtà anche molto semplici. La premessa fondamentale, quella più 'reclamizzata' ed enfatizzata, in sé riflette una considerazione in astratto non errata: le corruzioni sono difficili da far emergere perché i protagonisti della vicenda hanno tutto l'interesse a coprirsi reciprocamente. In mancanza di interferenze dovute a occasionali fattori esterni, la corruzione si esaurisce fenomenicamente in un contesto chiuso, che si rende o cerca di rendersi inaccessibile dall'esterno, tanto è vero che una forma di accertamento ricorrente è quella che vede gli organi investigativi intervenire mentre l'atto corruttivo materialmente si compie con il passaggio del denaro; superato quel momento, lo spiraglio accertativo in molti casi si richiude e tutto diventa più difficile in proiezione probatoria.

L'idea è che sia quindi necessario che qualcuno apra dall'interno, per così dire, consentendo l'accesso cognitivo al fatto. L'art. 323 *ter* c.p., come la proposta originaria alla quale esso chiaramente si ispira, si fonda dunque sull'idea – che in realtà è solo una «una speranza, perseguita sul piano della politica criminale»[12] – che il vincolo di omertà che lega i protagonisti di ogni vicenda corruttiva, rinsaldato dall'interesse alla reciproca copertura, possa essere spezzato grazie alla prospettazione di una contropartita realmente allettante, che renda davvero conveniente la scelta antagonista rispetto all'accordo.

Appare invero pericoloso sostituire le evidenze criminologiche con le speranze, soprattutto se, a fronte di esiti incerti, appare invece certa, anche perché sperimentata, l'attitudine di questi strumenti a mettere a rischio e non di rado a compromettere il difficile equilibrio tra ricerca dell'efficacia e tenuta di principi in materia penale[13].

processuale nei delitti di corruzione, cit., pp. 12 ss., che sottolinea comunque la maggiore organicità della proposta di allora rispetto alle approssimazioni della norma vigente.

[11] Cfr. C. Benussi, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 bis c.p.*, in [http://www.penalecontemporaneo.it], 6 giugno 2015.

[12] S. Seminara, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in «DPP», 10, 2012, pp. 1235 ss.

[13] I costi certi sono efficacemente riassunti in un passo successivo del contributo di Seminara

In ogni caso, l'art. 323 *ter* c.p. si preoccupa di trasformare la speranza in una illusione, pari peraltro a quella che la legge coltiva, come più avanti vedremo, riguardo la possibile efficacia di agenti infiltrati per il contrasto al malaffare nella pubblica amministrazione.

Chi si è preoccupato di fare l'analisi delle singole condizioni poste dall'art. 323 *ter* c.p. e della loro 'somma', per così dire, ha potuto dimostrare facilmente che – al di fuori dei casi, ragionevolmente molto limitati se non quasi inesistenti, riconducibili a un repentino pentimento in senso stretto – una volta applicati tutti i filtri che condizionano il riconoscimento della causa di non punibilità, di quella speranza resta realisticamente ben poco, anzi probabilmente nulla.

Intendiamoci, le condizioni poste dal legislatore hanno un riconoscibile senso cautelativo ed è abbastanza intuitiva la loro funzione correttiva di possibili distorsioni applicative, e tuttavia la loro presenza non solo condiziona, ma, ove avviato, rende anche incerto il raggiungimento del 'premio' seguendo il percorso a ostacoli disegnato dal 323 *ter* c.p.

L'incertezza relativa al riconoscimento nel caso concreto della sussistenza di tutti i requisiti previsti per poter beneficiare della causa di non punibilità non dipende solo dalla loro numerosità, ma anche dalla loro natura. Alcuni di essi, infatti, non possono invero dirsi obiettivi o almeno non del tutto, richiedendo invece una valutazione giudiziale che ne verifichi la ricorrenza: si pensi alla natura 'utile e concreta' delle indicazioni fornite e persino al calcolo del tempo trascorso dalla commissione del fatto, che notoriamente, proprio per la corruzione, può presentare in concreto aspetti controversi. Il soggetto potrebbe cioè autodenunciarsi, confessare, persino restituire il maltolto e vedersi tuttavia negata l'applicazione della causa di non punibilità, per la ritenuta insussistenza, da lui non preventivabile, per così dire, di qualcuna delle molteplici condizioni, potendo al massimo sperare nell'applicazione della circostanza attenuante prevista dall'art 323 *bis* c.p.

L'art. 323 *ter* c.p. non si iscrive però solo in un orizzonte di tipo accertativo. Questa causa di non punibilità, cioè, non vuole o almeno non vorrebbe essere solo la chiave che, nella speranza del legislatore (altra cosa è la realtà), consente di aprire una finestra dalla quale gettare uno sguardo sull'abisso della corruzione.

citato alla norma precedente e sono distribuiti «sul piano dell'accertamento processuale, fondandosi la prova sulle dichiarazioni del 'reo confesso'; sul piano della fenomenologia corruttiva, che verrebbe alimentata da una spirale di pressioni e ricatti; sul piano del sistema penale, a causa del contrasto tra una siffatta soluzione e l'approccio retributivo caratterizzante la generalità delle incriminazioni; sul piano culturale, in conseguenza della promessa di impunità fondata sulla mera delazione rispetto a un fatto già consumato».

L'ambizione politico criminale dell'istituto premiale è in realtà più ampia e più alta, se così si può dire, e si colloca sul piano general preventivo. Questa ambizione, tuttavia, non fa che aumentare la distanza tra la norma e i suoi obiettivi, divaricando la forbice tra efficacia attesa e risultati concretamente conseguibili.

La promessa della impunità per chi collabora, dovrebbe infatti svolgere anche una funzione preventiva, istillando nei potenziali autori il dubbio che l'altro attore della vicenda possa decidere di rompere il patto corruttivo e, con esso, anche quello della reciproca omertà. Questo dovrebbe creare una remora originaria all'intrapresa di un progetto di corruzione, grazie all'inserimento di un elemento di insicurezza nell'altrimenti rassicurante quadro di solidarietà criminale.

In linea astratta, l'utilizzo della non punibilità in chiave generalpreventiva corrisponde ad una progettualità corretta dal punto di vista delle finalità della pena. Si tratta di una verifica fondamentale, perché, come accennato e d'altra parte ovvio, qualsiasi uso della punibilità, dunque anche la scelta di introdurre istituiti fondati sulla 'rinuncia' ad essa, deve essere iscritto in una coerente cornice finalistica che assume come obiettivo la tutela (eventualmente anche tardiva ma comunque utile) dei beni giuridici; ma soprattutto – e in ogni caso – deve essere assicurata la necessaria coerenza con le finalità preventive legittimamente perseguibili dal sistema penale nel suo complesso e, anzi, le scelte di non punibilità devono partecipare al loro perseguimento[14].

Assumendo questa prospettiva valutativa, peraltro obbligata, e provando a schematizzare con riferimento all'art. 323 *ter* c.p., si può sostenere che ci troviamo di fronte ad una causa di non punibilità che:

– presenta una vocazione dissuasiva, facendo leva sul dubbio che il patto possa essere rotto per ottenere l'impunità;

– contempla un comportamento antagonista, leggibile come forma di osservanza tardiva ma spontanea del precetto;

e che pretende inoltre dal beneficiario:

[14] In argomento resta esemplare, Padovani, *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in «RIDPP», 1986, pp. 398 ss., dove si chiarisce che la premialità collegata ad una condotta di tipo antagonistico rispetto al reato, se effettivamente utile a reintegrare l'interesse offeso assume il valore di una «osservanza, sia pure tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato» e ciò rende la scelta premiale idonea a salvaguardare le esigenze di prevenzione generale. Sul tema è tornato più di recente G.A. De Francesco, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo*, in [http://www.lalegislazionepenale.eu], 2 settembre 2019, dove tra l'altro si sottolinea come «le condotte c.d. "riparatorie" – concepite in senso lato […] – realizzano in forma paradigmatica il modello speculare dei comportamenti cui la minaccia di pena si rivolge».

– la rinuncia al vantaggio mediante condotte restitutorie e un contributo concretamente utile all'accertamento processuale.

Questi caratteri sembrano indirizzare correttamente la norma verso obiettivi di prevenzione generale positiva (per il significato di rafforzamento del valore delle regole) e connotare effettivamente l'istituto anche in senso specialpreventivo.

Tenendo conto di ciò, si potrebbe quindi anche dire che la norma è difendibile sul piano della legittimità, ma è il massimo della concessione (astratta) che le si può fare e oltre la quale non è possibile andare. Non è possibile perché anche a volere, molto ottimisticamente, ritenere gestibile sul piano interpretativo la serie, invero numerosa, di approssimazioni descrittive e difetti tecnici (un vero *must* della nostra legislazione penale), che minano la tenuta della disposizione, è difficile non concordare con la impietosa definitività del giudizio espresso da Tullio Padovani, secondo il quale «la soluzione adottata dal legislatore è incongrua e vaniloquente»[15].

La ragione fondamentale (anche se non l'unica) – lo abbiamo accennato ed è stato sottolineato da tutti i commentatori – sta nel fatto che il legislatore ha circondato l'applicazione di questa causa di non punibilità con una tale serie di condizioni, così numerose, concatenate, gravose e peraltro incerte, da rendere obiettivamene molto improbabile (a voler essere generosi) che ci possa essere un apprezzabile numero di adesioni a questa offerta di impunità.

Va ribadito che le condizioni previste sono state inserite essenzialmente per cautelarsi rispetto alla possibilità, costantemente paventata dai commenti critici che negli anni avevano accompagnato le precedenti proposte, di usi strumentali o comunque distorti dell'istituto, ma esse, di fatto neutralizzano le *chances* applicative della norma. Un esito del genere è doppiamente negativo, perché proprio la diffusa consapevolezza che si tratta di una strada che molto difficilmente sarà percorsa da qualcuno, elimina anche la capacità della norma di creare le remore alle quali era affidata la sua pretesa capacità dissuasiva: la presenza della norma dovrebbe instillare il dubbio, frenando le tentazioni, mentre invece il suo velleitarismo conferma la certezza che i rischi non aumenteranno in maniera sensibile.

Se, come c'è da credere, questa previsione difficilmente sarà smentita dalla prassi, nella quale non sembrano in effetti manifestarsi segni contrari, per provare a intercettare e dunque recuperare il senso (un qualsiasi senso) pratico della norma, si può provare ad abbassare la pretesa ricostruttiva e adottare una logica di tipo più rudimentale.

Orbene, anche a voler fare questo tentativo utilizzando come criterio

[15] Padovani, *La spazzacorrotti*, cit., p. 8.

guida l'abusatissima metafora che sintetizza lo *stick and carrot approach*, il risultato non cambia. Ogni meccanismo premiale che usi come 'moneta' la (non) punibilità si fonda sulla rappresentazione, contrapposta e bilanciata, delle conseguenze punitive e della possibilità di evitarle, in tutto o in parte, grazie a comportamenti virtuosi assunti sulla base di una scelta che, però, dovrebbe essere favorita, non invece resa difficile e incerta come avviene in questo caso.

Ma pur a volere accettare la semplificazione estrema che questo rudimentale modello reca implicita, nel sottosistema allestito dalla 'spazzacorrotti', mentre il 'bastone' – ma forse in questo caso bisognerebbe dire la 'ramazza' (pene draconiane ed esecuzione inflessibile) – viene decisamente mostrato/a in funzione dissuasiva e poi anche utilizzato/a in funzione punitiva, la 'carota' (l'art. 323 *ter* c.p.) in realtà non è l'incentivo alternativo all'osservanza della pretesa (già disattesa), ma una contropartita, peraltro molto ipotetica, per la reintegrazione *ex post* dell'interesse violato e la neutralizzazione dei suoi effetti, fortemente sbilanciata sul piano dell'accertamento giudiziario.

L'assenza di reali *chances* applicative della norma diventa ulteriormente evidente se guardiamo alla dimensione empirica della costellazione corruttiva e la mettiamo in rapporto con il complesso, oneroso e insicuro meccanismo di esenzione dalla punibilità allestito all'art. 323 *ter* c.p.

La fenomenologia reale (e in massima parte 'oscura') è infatti costituita in maniera largamente prevalente da fenomeni di microcorruzione sistemica di tipo pulviscolare. Orbene, mentre le scelte normative – in parte obbligate – rendono la prospettiva premiale largamente virtuale, nel descritto contesto il mantenimento di un saldo patto illecito è operazione facile e conveniente[16] e la dimensione minimale – per quanto eventualmente diffusa – degli episodi favorisce la loro 'sommersione'. Tutto ciò rende molto probabile e senza costi l'impunità, molto più di quanto, soprattutto in questi casi, non sia grado di fare il 323 *ter* c.p., che al contrario ha costi elevati e promette benefici assai incerti.

Quando, invece, ad essere in gioco sono interessi economicamente molto rilevanti, è proprio la dimensione dell'affare illecito a rendere assai poco plausibile che quegli interessi vengano messi a rischio da una delle

[16] A tale proposito è stato anzi espresso il timore che la previsione della causa di non punibilità potrebbe avere effetti criminogeni, perché potrebbe favorire il consolidante di reti corruttive sistemiche o addirittura essere usata da una delle parti per rafforzare il legame prospettando strategicamente la possibilità di una sua rottura per ragioni di convenienza. Cfr. Mongillo, *La legge 'spazzacorrotti': ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 268.

parti, tanto più che il valore delle utilità da restituire accentua in questi casi lo sbilanciamento tra i costi, certi e magari non sostenibili, e i benefici, incerti e faticosi da ottenere.

Il carattere illusorio (ancor più che velleitario) delle possibili virtù del 323 *ter* c.p. sul piano del *law enforcement*, mentre certamente fa scemare l'interesse a 'vivisezionare' (utilizzo volutamente una espressione autoptica, trattandosi di norma nata già morta) interpretativamente la norma, non riduce e anzi in un certo senso aumenta l'interesse per l'uso che della non punibilità è stato fatto in questo provvedimento. Dall'analisi di quel che è avvenuto con la 'spazzacorrotti', si possono infatti ricavare, in una più ampia prospettiva, utili indicazioni per una più esatta ricostruzione del ruolo assegnato agli istituti basati, appunto, sulla rinuncia o sulla limitazione della punibilità.

Le perplessità che in passato avevano accompagnato la proposta di introdurre una causa di non punibilità a base collaborativa come strumento di contrasto della corruzione, si presentano oggi invariate dopo la sua effettiva introduzione. Esse fondamentalmente rimandano alla ritenuta impossibilità di trovare un reale equilibrio tra le cautele necessarie a scongiurare usi distorti o comunque esiti teleologicamente disallineati rispetto ai principii, da un lato, e, dall'altro, la conservazione di spazi applicativi per le norme che prevedono queste misure, tali, comunque, da poter riconoscere ad esse un ruolo effettivo nel quadro del contrasto alla corruzione.

D'altra parte, gli istituti premiali a base collaborativa[17], ma non solo quelli, non sempre riescono a compensare con l'evidenza dei risultati, i dubbi di opportunità che spesso ne accompagnano l'introduzione e l'uso. E anche quando i risultati ci sono, i dubbi non svaniscono.

La verità è che l'uso 'efficiente' di questi strumenti richiede una certa spregiudicatezza legislativa e anche applicativa; si può anzi concordare con l'affermazione che scelte del genere, per funzionare davvero, richiedono del 'cinismo'. Le strategie basate su meccanismi di tipo negoziale mal sopportano un eccesso di condizioni. Solo liberandosi dal reticolo di vincoli che avviluppa il 323 *ter* c.p. si potrebbe dare sfogo allo schietto perseguimento – certo non auspicabile – di ottiche funzionalistiche modellate sui fini e quindi libere di scegliere i mezzi. Nel nostro caso ciò significherebbe poter concordare liberamente, o comunque con blandi vincoli, le condizioni dello scambio tra esiti giudiziari e punibilità, come avviene in ordinamenti diversi dal nostro.

[17] Per tutti, anche per gli utilissimi riferimenti comparativi, C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione*, Giuffrè, Milano 2002.

L'obiettivo di predisporre attraverso il 323 *ter* c.p. un efficiente e incentivante piattaforma negoziale, finalizzata al raggiungimento degli obiettivi di *law enforcement* che sono stati sopra riassunti sembra comunque chiaramente fallito. Si potrebbe dire che la cosa per certi versi sorprende, se si considera che la disposizione appartiene ad un contesto normativo che non si propone come modello di equilibrio e ragionevolezza e il legislatore che l'ha prodotta non sembra certo preoccupato di operare forzature ai principi; né, tantomeno, si mostra indisponibile al cinismo.

2.1. *L'emersione della deterrenza 'latente'. Una prima ma evidente conferma*

Se le cose stanno come le abbiamo descritte, allora bisogna cambiare punto di vista sulla reale funzione e, ancor prima, sul 'senso' di questa nuova causa di non punibilità. L'art. 323 *ter* c.p. – sin dall'inizio e già in astratto – appare inadatto a perseguire gli scopi che legittimamente è possibile assegnare ad una previsione del genere e la cui adeguatezza rispetto allo scopo si misura innanzitutto in relazione alle effettive *chances* applicative, che sono, in questo caso, pressoché nulle. La norma, proprio perché prevedibilmente ineffettiva, sembra invero destinata a confermare l'inevitabilità delle conseguenze punitive che derivano dalla violazione e non invece a offrire un ponte per il ritorno alla legalità.

La presenza della causa di non punibilità nel sottosistema rideterminato dalla riforma del 2019 finisce cioè per enfatizzare la gravità delle conseguenze minacciate dalle norme incriminatrici ed evitabili solo nella improbabile ipotesi che il 323 *ter* c.p. trovi applicazione, senza tuttavia costruire un reale spazio normativo dove la non punibilità partecipa alla dimensione positiva delle funzioni preventive.

In altri termini, sembra quasi che la presenza dell'art. 323 *ter* c.p., attraverso l'immagine rovesciata ma solo virtuale che offre dell'atteggiamento legislativo, intenda rafforzare il messaggio minaccioso affidato in prima battuta alle norme incriminatrici e alla disciplina relativa alla esecuzione penale.

Facendo mostra di una coerenza certamente degna di miglior fine, la 'spazzacorrotti' riesce quindi a piegare, quanto meno in termini simbolici, persino un istituto premiale verso improprie finalità di rafforzamento del messaggio deterrente. Per quanto possa apparire paradossale, seguendo la parabola verso il nulla dell'art. 323 *ter* c.p. assistiamo, di fatto, al singolare utilizzo di una causa di non punibilità sopravvenuta per scopi (indiretti) di prevenzione generale negativa.

L'ipotesi che l'uso della non punibilità nella 'spazzacorrotti' sia venato da una latente funzione deterrente, trova invero conferma nell'analisi delle altre disposizioni presenti nella stessa legge, che si fondano su meccanismi premiali o comunque di esenzione dalla punibilità. Accomunate all'art. 323 *ter* c.p. dalla previsione di una sostanziale ineffettività, le disposizioni di seguito esaminate sembrano infatti condividere con esso anche l'appartenenza ad una dimensione simbolica che, coerentemente con l'intonazione complessiva della legge, le colloca in un'area funzionale alla prevenzione generale negativa. Questo connotato simbolico caratterizza invero tutti gli istituti che incontriamo lungo le tre direttrici descritte, ben più di quanto non facciano le (diverse) finalità che invece dovrebbero rappresentare il profilo funzionale proprio, in particolare, della premialità.

Un primo chiarissimo riscontro è infatti possibile rinvenirlo attraverso l'analisi della disciplina premiale che ha accompagnato le modifiche in materia di esecuzione penale.

3. *Collaborazione* in vinculis *e premialità esecutiva*

La leva premiale viene azionata, o meglio resa disponibile, anche nel settore nel quale la 'spazzacorrotti' ha forse raggiunto il vertice della irragionevolezza e della severità fine a sé stessa, vale a dire quello della esecuzione della pena.

Come assai noto, infatti, tra le novità introdotte con la l. 3/2019 vi è stato anche l'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione tra quelli ostativi, *ex* art. 4 *bis* ord. penit., alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative; ostacolo rimovibile solo per i detenuti che abbiano intrapreso una collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit., ovvero, proprio in relazione all'ingresso dei reati contro la pubblica amministrazione tra quelli ostativi, ai sensi dell'art. 323 *bis* c.p. Le sole eccezioni, secondo quanto previsto dal comma 1 *bis* dello stesso articolo, riguardano il caso in cui la collaborazione sia impossibile o irrilevante.

Questa modifica dell'art. 4 *bis* ord. penit. è stata unanimemente stigmatizzata, anzitutto per la intrinseca irragionevolezza della previsione che accomuna reati di natura e di gravità molto eterogenee, omologando in maniera incongrua le relative presunzioni di pericolosità qualificata, con l'effetto di innescare, a partire da questo vizio di origine, una inevitabile catena di ulteriori irragionevolezze.

La novella integrativa dell'art. 4 *bis* ord. penit. è stata quella che ha prodotto gli effetti concreti più visibili, cambiando, addirittura *in itinere*, il corso delle vicende esecutive per molti condannati.

In ossequio alla regola del *tempus regit actum*, invocata in ragione della ritenuta natura processuale della norma interessata dalla modifica, una parte della giurisprudenza, contestata e contrastata, oltre che dalla dottrina unanime[18], anche da altra parte della magistratura, ha infatti dato applicazione retroattiva alla novella estensiva, negando la concessione dei benefici a condannati per delitti contro la pubblica amministrazione commessi prima dell'entrata in vigore della legge 3/2019.

Le nette prese di posizione contrarie all'approccio formalistico, e culturalmente di retroguardia, che sfociava nell'applicazione retroattiva di un trattamento punitivo deteriore, hanno per fortuna trovato riconoscimento al più alto livello. La Corte Costituzionale (sent. 12 febbraio 2020, n. 32), immediatamente sollecitata a pronunciarsi sulla questione della retroattività di questa modifica peggiorativa, con sentenza interpretativa di accoglimento ha sanato il grave *vulnus* che la riferita interpretazione aveva inferto alla legalità penale.

Secondo la Consulta, infatti, «l'applicazione retroattiva di una disciplina che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale, rispetto a quella prevista al momento del reato, è incompatibile con il principio di legalità delle pene, sancito dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione»[19].

L'avvenuta rimozione di questa pesante e intollerabile ipoteca consente di esaminare 'in purezza', se così si può dire, la dinamica che anche in fase

[18] V. Manes, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in «DPC», 2, 2019, pp. 105 ss.; L. Masera, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, in [http://www.penalecontemporaneo.it], 14 marzo 2019; L. Baron, *'Spazzacorrotti', art. 4 bis e regime intertemporale. Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme*, in «DPC», 5, 2019, pp. 153 ss.; G. Gatta, *Estensione del regime ex art. 4 bis o.p. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questione di legittimità costituzionale*, [http://www.penalecontemporaneo.it], 8 aprile 2019; V. Alberta, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, o.p.: questioni di diritto intertemporale*, in «Giurisprudenza penale web», 2, 2019; P. Felicioni, *Reati* contro la P. A. e accesso ai benefici penitenziari: i fermenti 'riformatori' della giurisprudenza, in «DPP», 7, p. 2019, pp. 910 ss.; S. Fiore, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitori e le «cose che accadono al di sopra delle parole»*, in [http://www.archiviopenale.it], 3, 2019.

[19] Per un commento alla sentenza, Manes-F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in «SP», 23 marzo 2020.

esecutiva il legislatore ha inteso attivare tra inasprimenti della disciplina e misure di tipo premiale. La premialità riferita alla fase esecutiva consiste, come accennato, nella rimozione dell'ostacolo alla concessione dei benefici penitenziari e mira a stimolare la collaborazione *post* condanna, ma ancora una volta appare talmente mal congegnata da essere anch'essa destinata a non sortire alcun effetto diverso dall'incremento del grado di irragionevolezza complessiva della disciplina.

A differenza di quel che si è detto a proposito del 323 *ter* c.p., lo schema 'bastone/carota', in questo caso, risulta descrittivamente più congruo. La minaccia e l'incentivo premiale si svolgono infatti sul medesimo piano temporale e si presentano come realmente alternativi. Identica invece la prognosi di ineffettività, per la strutturale inadeguatezza della disciplina normativa a supportare il perseguimento degli obiettivi che la strategia premiale prefigura.

In primo luogo, la tecnica normativa adottata lascia, ancora una volta, molto a desiderare.

Mentre infatti per i reati di criminalità organizzata – o comunque per quelli che si muovono su di uno sfondo più ampio di quello che definisce i termini del reato commesso dal condannato – il rinvio alle condotte considerate dall'art. 58 *ter* (essersi adoperati per «evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori» ovvero avere aiutato «concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati») consente di svolgere il discorso su di un piano almeno in linea astratta congruo rispetto alla condizione di condannato e alla fase esecutiva, non altrettanto si può dire per il rinvio all'art. 323 *bis* comma secondo c.p.

L'attenuante del 323 *bis* c.p., al cui contenuto[20] rimanda l'art. 4 *bis* ord. penit., è norma tipicamente destinata ad operare in sede cognitiva e, come giustamente è stato rilevato, molti dei comportamenti collaborativi da esso evocati sono difficilmente attuabili (ed esigibili) in capo al condannato in stato di detenzione (così, ad esempio, la richiesta di «adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori»). Più in generale, le condotte alle quali si fa riferimento appaiono persino difficili da concepire – sul piano logico prima che cronologico – al di fuori del processo di

[20] Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 e 322 *bis*, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi.

cognizione e della fase del giudizio.

Inoltre, le condotte collaborative prese in considerazione dall'art. 323 *bis* c.p. presuppongono non esaurita la carica offensiva del reato, oppure richiedono l'esistenza di margini di accertamento non ancora emersi o non percorribili altrimenti. Il tipo di contributo richiesto risulta dunque poco o per niente compatibile con reati a struttura monosoggettiva come il peculato (salvo i casi di concorso di persone), ma anche, ad esempio, con la concussione, dove l'altro soggetto 'necessario' è la vittima.

Con giusta dose di realismo si è rilevato che, «in linea astratta, una disciplina che, ai fini dell'accesso a benefici e misure alternative, differenzia fra collaboranti e non collaboranti, comunque la si valuti nel merito, può avere senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata, perché si può supporre che gli stessi abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali siano sotto processo o già condannati[21]».

Ma tutto ciò non sembra avere invece molto senso – salvo casi particolari riconducibili a modalità operative proprie della criminalità organizzata – per gli autori dei reati contro la pubblica amministrazione. Ancor prima di considerazioni sulla conformità costituzionale della norma, bisogna domandarsi se ha senso per il condannato per corruzione o concussione o peculato condizionare la concessione misure alternative e benefici penitenziari alla collaborazione *post* condanna[22]. Che cosa ci si può ragionevolmente attendere da lui, in termini di collaborazione?

Non si comprende, cioè, cosa dovrebbe (e soprattutto cosa potrebbe) fare il condannato: confessare altri reati da lui commessi e non noti? La sola condotta forse concepibile potrebbe essere quella di adoperarsi per il sequestro delle somme, se ciò non fosse avvenuto prima, ma anche questo sarebbe singolare. Se l'imputato, poi condannato, aveva intenzioni collaborative, anche solo come strategia di contenimento dei danni, avrebbe ragionevolmente attuato tale strategia già nel processo, in vista dell'ottenimento delle attenuanti; magari optando, ove possibile, per un rito alternativo, al fine di evitare o ridurre il rischio della detenzione. Ciò a maggior ragione nei casi di corruzione (o genericamente malaffare politico-ammnistrativo) di dimensione medio piccola, quelli cioè più diffusi, per i quali, in particolare, la restituzione risulta non troppo impegnativa e la pena è tendenzialmente contenibile, proprio grazie alle attenuanti, entro una misura compatibile innanzitutto con la sospensione condizionale.

[21] Pulitanò, *Le cause di non punibilità*, cit., p. 604.

[22] Assai perspicui e in qualche misura 'definitivi' i rilievi svolti sul punto, già nell'immediatezza, da Manes, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 102.

Diversamente, per trovare spazi applicativi, si dovrebbe ipotizzare (superando le improprietà tecniche del legislatore e forse anche la sua volontà) che l'innesto diretto della norma (art. 323 *bis* c.p.) che prevedere l'attenuante nel corpo delle regole sulla esecuzione penale consenta di concedere il 'premio' (anche) a coloro ai quali l'attenuante è già stata riconosciuta nel processo all'esito del quale sono stati condannati. Per quanto una interpretazione del genere consentirebbe di aprire spazi applicativi (peraltro *in favor*) ad una norma altrimenti 'sterile', si tratterebbe probabilmente di una forzatura; ma il punto è che se l'attenuate in parola fosse già stata applicata, come accennato, proprio in virtù del suo riconoscimento, molto probabilmente il condannato non si troverebbe in stato di esecuzione detentiva.

Dall'insieme delle considerazioni sinteticamente richiamate risulta in ogni caso chiaro che la sollecitazione collaborativa rivolta al condannato per i delitti contro la pubblica amministrazione è destinata anch'essa a cadere nel vuoto, perché la collaborazione, in questi casi, è spesso sin dall'origine impossibile o irrilevante, cosa che consentirebbe invero di accedere comunque, essendocene i presupposti, ai benefici ai sensi del citato comma 1 *bis* dell'art. 58 *ter* ord. penit. Non si può ignorare, tuttavia, che la impossibilità o la irrilevanza della collaborazione – pur essendo in molti casi in *re ipsa* – dovranno comunque essere valutate dal magistrato di sorveglianza; e mentre ciò avviene, il condannato non può sottrarsi alla esecuzione detentiva in ragione della prevista deroga alla regola della sospensione dell'ordine di esecuzione, che ora riguarda anche questi reati. È ragionevole tutto ciò? Lo è talmente poco che non è difficile, anche in questo caso, pronosticare effetti nulli rispetto agli obiettivi dichiarati (ma, credo, non anche 'attesi').

Così come già rilevato per l'art. 323 *ter* c.p., la prognosi negativa circa le *chances* applicative condiziona ogni possibile discorso relativo ai profili di tipo funzionale: una norma che, sin dall'inizio e già in astratto, non appare in grado di svolgere le funzioni che il sistema le assegna nel quadro delle finalità legittimamente perseguibili, non è semplicemente e soltanto ineffettiva. Appare invero consolatorio rifugiarsi nell'idea che, non essendo in grado di incidere sul piano giudiziario, la sua presenza nel sistema non cambia nulla.

Innanzitutto, bisogna ricordare che il premio per la collaborazione sollecitata al condannato serve a rimuovere un ostacolo alla fruizione di benefici e misure finalizzati non solo ad attenuare il rigore esecutivo, ma anche, in prospettiva, funzionali a istanze di tipo specialpreventivo, che in

questo modo vengono negate o comunque rese sacrificabili. Quanto più è difficile rimuovere l'ostacolo per l'accesso ai benefici penitenziari, tanto più si rafforza, insieme alla idea della sua normale inevitabilità, il profilo afflittivo/deterrente del regime esecutivo rigido.

Una premialità esecutiva irragionevole nei presupposti e ineffettiva nella dimensione pratica, risulta oggettivamente servente rispetto alla costruzione di un modello punitivo dove la 'certezza' si identifica con la inevitabilità e, soprattutto, la inflessibilità della esecuzione detentiva. Anche sul piano comunicativo, enfatizzare il valore dell'ostacolo rispetto alla possibilità del suo superamento è un modo per amplificare la percezione della ineluttabile durezza delle conseguenze, in funzione deterrente.

La partecipazione delle misure premiali a questo disegno non è però semplicemente connotativa – cosa comunque non irrilevante – ma molto concreta. Il restringimento delle corsie premiali – ora percorribili da pochi, lentamente e con difficoltà – che accompagna gli irrigidimenti esecutivi per determinate categorie di condannati produce un mutamento dei contenuti punitivi.

La conformazione dei meccanismi, anche di tipo premiale, che consentono o meno l'accesso alla flessibilità esecutiva e alla riduzione del danno da detenzione è, infatti, parte integrante del modello punitivo. Le scelte operate anche su questo piano da legislatore della 'spazzacorrotti' sono dunque non solo il riflesso inequivocabile, ma anche l'attuazione di un modello ispirato a obiettivi di massima afflizione, che viene rappresentata e praticata in funzione deterrente.

4. *La vuota suggestione degli agenti infiltrati*

I risultati finora emersi dall'analisi sull'uso che è stato fatto della premialità nella l. 3/2019 trovano conferma, sia pure in una ottica leggermente diversa, se applichiamo la medesima chiave di lettura sin qui utilizzata anche all'altro istituto presente nella l. 3/2019, che si fonda sulla non punibilità, questa volta, però, come esito dell'applicazione di una causa di giustificazione. Il riferimento è, ovviamente, all'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione tra quelli per i quali è consentito, ai sensi dell'art. dell'art. 9, c. 1 lett. a, della legge 16 marzo 2006, n. 146, come appunto oggi modificato, l'utilizzo di agenti sotto copertura per lo svolgimento delle indagini.

Si è ampiamente discusso, e certo si continuerà a farlo, sulle ragioni di opportunità, sui rischi, sulla natura giuridica, sulle implicazioni processuali delle operazioni sotto copertura; e ciò sia in generale[23], che con riguardo alla specifica declinazione dello strumento nel settore della prevenzione e repressione dei reati contro la pubblica amministrazione[24], ma – come dovrebbe essere chiaro a questo punto – ad interessare in questa sede non è tanto la disciplina, quanto il suo 'sottotesto'.

Le operazioni sotto copertura sono una tecnica di indagine e dunque la impunità assicurata all'agente che opera *under cover* per i fatti posti in essere nei limiti e alle condizioni previste dalla normativa vigente è direttamente strumentale a finalità di tipo investigativo, volte all'acquisizione di elementi di prova.

Si è tuttavia già chiarito – essendo peraltro ovvio – che in una logica di sistema occorre sempre procedere anche ad una verifica di coerenza, o almeno di compatibilità, delle scelte in materia punitiva non solo con i principi ordinamentali che inducono a delimitare rigorosamente l'uso di questo strumento, ma anche con il sottosistema di riferimento e le sue finalità specifiche.

D'altra parte, anche in questo caso la prospettiva funzionale è duplice: il ricorso agli agenti sotto copertura è innanzitutto e prevalentemente una tecnica di indagine, ma la possibilità del ricorso ad essa dovrebbe svolgere anche una funzione secondaria di prevenzione/dissuasione basata sull'aumento del rischio – se così si può dire – circa l'affidabilità dell'interlocutore. In questo senso, la novità legislativa si colloca nella medesima linea di intervento che ha ispirato la introduzione di una disciplina dedicata al c.d. *whistleblowing*, ma non va trascurato il rischio che, come effetto collaterale, si possa produrre un aumento delle precauzioni adottate da parte di corrotti e corruttori, e dunque una maggiore impenetrabilità dei circuiti corruttivi, che, lungi dall'essere disincentivati, diverrebbero solo ancor meno facili da smascherare.

[23] Utili riferimenti per la ricostruzione dei termini e della evoluzione di una discussione che la novità legislativa ha riacceso, li offre G. Amarelli, *Le operazioni sotto copertura*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, cura di V. Maiello, Giappichelli, Torino 2015, pp. 180 ss.

[24] Mongillo, *La legge 'spazzacorrotti': ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., pp. 252 ss.; P. Ielo, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in [http://www.penalecontemporaneo.it], 5 marzo 2019; B. Fragasso, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte Edu, e dalle Corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in [http://www.penalecontemporaneo.it], 5 marzo 2019.

Al pari di quel che si è detto a proposito degli altri istituti qui esaminati, anche per le operazioni sotto copertura ogni considerazione, pur opportuna, riguardo alla tenuta sistematica della introdotta novità, così come all'appropriatezza della formulazione legislativa (caratterizzata invero da alcune vaghezze), risulta superata dalla condivisa previsione della loro impraticabilità.

Se doverosamente contenuta nella cornice disegnata dal legislatore per evitare lo scivolamento verso la ben più problematica figura dell'agente provocatore, l'attività sotto copertura in questo settore, al netto della sua capacità suggestiva, non appare infatti destinata a svolgere alcuna utile funzione.

Le ragioni della scarsa praticabilità di questo strumento nell'ambito delle indagini relative all'accertamento dei reati contro la pubblica amministrazione sono state sin da subito individuate e mirabilmente compendiate in un'analisi tanto acuta quanto consapevole delle dinamiche reali che caratterizzano la commissione dei reati che appartengono alla costellazione corruttiva o paracorruttiva[25]. La piena condivisione di quell'analisi, non a caso adesivamente richiamata pressoché da tutti i successivi commenti in materia, insieme all'autorevolezza della sua fonte, consentono in questa sede di assumerla come premessa delle brevi osservazioni conclusive che intendiamo svolgere, affidandoci ad una sintesi certamente peggiorativa dell'impeccabile originale.

Se, invero, si prova a inserire la figura dell'agente sotto copertura nelle più ricorrenti dinamiche corruttive, essa «si rivela, o inconsistente, o periclitante»[26], a seconda di quale sia la tipologia alla quale il fenomeno corruttivo considerato appartiene.

L'utilizzo di un agente *under cover* risulterebbe invero privo di possibile funzione pratica («inconsistente») se il suo compito fosse quello di provare ad inserirsi nel contesto 'chiuso' che definisce l'ambito (una gara d'appalto, una pubblica fornitura, un concorso, etc.) entro il quale si svolge e al cui interno si genera la corruzione. Penetrare questi contesti richiede, infatti, il superamento di filtri selettivi di affidabilità, fondati all'origine, innanzitutto, sulla reciproca conoscenza (diretta o mediata), e dunque sull'appartenenza a determinate cerchie, quando non ad un vero proprio 'sistema'. La prospettiva non appare invero essere molto praticabile, sempre che si voglia restare entro i limiti che impediscono di sconfinare nel territorio della 'provocazione'.

Ed è proprio questo secondo rischio che, invece, si presenta molto

[25] Padovani, *La spazzacorrotti*, cit., p. 5.
[26] *Ibid.*

concreto in relazione alle ipotesi corruttive meno strutturate, di tipo occasionale, in genere di modeste dimensioni, per quanto diffuse (la definizione di una pratica, la rimozione di un ostacolo burocratico, il piccolo favoritismo, etc.). La tendenziale assenza in questi casi di 'filtri di accesso' e, anzi, la necessità funzionale di essere 'aperti', per far giungere come per ricevere sollecitazioni, renderebbe dunque più facilmente praticabile l'utilizzo dell'agente sotto copertura come strumento utile a far emergere le pratiche corruttive. Tuttavia, nel descritto contesto, reso magari più diffidente dalla possibilità d'incappare in una 'trappola', il soggetto infiltrato si troverebbe in una condizione che rende le sue iniziative costantemente esposte al rischio («periclitante») di tramutarsi in una 'istigazione' a commettere il reato, là dove, invece, l'accordo illecito che lui è chiamato a smascherare deve essere, secondo quanto richiede la legge, «già concluso da altri».

Difficile negare la fondatezza empirica di questi rilievi, ai quali peraltro si aggiungono, come accennato, dubbi altrettanto consistenti e puntualmente messi in luce sull'appropriatezza della disciplina[27], che rendono ulteriormente incerto, in questa specifica declinazione, lo statuto applicativo di una figura già per sé problematica. Resta da chiedersi, ancora una volta, se dietro e nonostante la evidente inconcludenza di questo ulteriore strumento aggiunto al variegato arsenale disponibile per il contrasto alla corruzione, non sia possibile leggere in filigrana altri significati che, con paradosso solo apparente, prescindono dalla sua efficacia, ed anzi, in un certo senso, la presuppongono.

Le operazioni sotto copertura, nonostante la loro chiara incongruità se riferite all'accertamento del malaffare politico-amministrativo, sono in realtà in grado di esercitare una forte suggestione. Esse, soprattutto, suggeriscono, come già la riforma dell'art. 4 *bis* ord. penit., che la corruzione può essere collocata sullo stesso piano dei fenomeni criminali più allarmanti e pericolosi (mafia, terrorismo, pedopornografia, etc.). Il ritorno simbolico atteso è molto superiore alla spendibilità pratica dello strumento e ancora una volta questo sembra essere il primo e vero obiettivo realmente perseguito da un legislatore, che usa la punibilità con la stessa disinvoltura con la quale diffonde e promuove un *hashtag* sui *social*[28].

[27] Cfr. in particolare l'attenta analisi di Mongillo, *La legge 'spazzacorrotti': ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., pp. 252 ss., ricca anche di utilissimi riferimenti alla giurisprudenza sovranazionale sul delicato problema della fondamentale distinzione tra agente infiltrato e agente provocatore.

[28] Nello sguardo d'insieme dedicato agli istituti della 'spazzacorrotti' basati sulla non punibilità, Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., p. 606, sottolinea innanzitutto come essi siano «carichi di significati simbolici» (riprendendo una espressione

Come si è cercato di dimostrare, tuttavia, una lettura in chiave puramente 'negativa', che si limitasse cioè a evidenziare le ragioni della pronosticata ineffettività di certe misure, sarebbe quanto meno parziale. Non vanno invece sottovalutati i potenziali effetti che certe misure, anche se destinate a non essere applicate, sono in grado di produrre sul sistema o almeno sul sotto-sistema al quale appartengono.

In questo caso lo scopo finale sembra essere quello di allestire una sorta di meccanismo di autolegittimazione, per offrire una ulteriore 'copertura' alle scelte complessivamente operate nella 'spazzacorrotti'.

La introdotta possibilità per le agenzie di *law enforcement* di avvalersi di questa particolare modalità di indagine, che si colloca per molti versi al limite del sistema, consente infatti di avvalorare l'idea che per un efficace contrasto alla corruzione sia necessario il ricorso a misure non ordinarie, come appunto le operazioni *under cover*. Non ha evidentemente alcuna importanza se tali misure resteranno inattive, perché l'obiettivo è quello di rafforzare la giustificazione di fondo che regge le scelte draconiane, anch'esse per molti versi *extra ordinem*, operate sul fronte punitivo e che sono il solo effetto concreto della riforma.

5. *Un'amara notazione finale*

L'analisi dei tratti essenziali e dei presupposti applicativi degli istituti esaminati conduce a un'ultima e conclusiva notazione, coerente con la torsione deformante alla quale la categoria della non punibilità è stata sottoposta nella l. 3/2019.

Gli strumenti ai quali ci siamo qui riferiti possono essere 'pensati' e soprattutto possono operare solo con riferimento alla corruzione come fenomeno concretamente in atto. Un potenziale ambito di applicazione per gli istituti esaminati, per quanto abbastanza 'immaginario', presuppone comunque che – a seconda dei casi – l'episodio corruttivo si sia già verificato, oppure sia in fase di svolgimento o, addirittura, sia stato giudizialmente già accertato.

La prospettiva preventiva, pur astrattamente compresa tra gli scopi della legge 3/2019, al di là della sua plausibilità, resta sullo sfondo, mentre riprende decisamente vigore quella repressiva. Dopo anni in cui si è insistito, con risultati invero tutti da verificare, sulla necessità di puntare su strategie

utilizzata da Manes).

extra penali per il contrasto alla corruzione, la 'spazzacorrotti', che pure contiene misure non penali per la prevenzione e il contrasto al malaffare politico-amministrativo[29], segna, anche culturalmente, una inversione di marcia, resa esplicita e riconoscibile già sul piano semantico.

A questa opera di riorientamento, come si è cercato di dimostrare, partecipano in misura non marginale anche le tre novità legislative qui oggetto di interesse, che si iscrivono, con assoluta coerenza, all'interno del circuito repressivo allestito dalla 'spazzacorrotti' e che peraltro presuppongono già attivo.

Sebbene si tratti di istituiti incentrati sulla non punibilità e nonostante la presenza di una residuale vocazione preventiva – confinata però nel campo della mera speranza – in realtà ci troviamo di fronte ad attori co-protagonisti nella messa in scena necessaria ad attuare questo mutamento di prospettiva.

Attraverso la lente della 'spazzacorrotti' il legislatore osserva dunque il fenomeno corruttivo mentre è in atto oppure lo esplora retrospettivamente, ma lo fa con occhi resi feroci dalla rassegnazione. Accantonate perciò le velleità preventive, le norme penali anticorruzione si dedicano alla vendetta satisfattoria sui 'corrotti', il cui contraltare simbolico è rappresentato dall'esercizio di una molto ipotetica indulgenza per chi si pente e collabora.

Persino nella promessa della non punibilità, ascoltando bene, risuona, latente ma distinguibile, il minaccioso assunto repressivo di partenza: «non lasceremo scampo a chi intraprende la strada della corruzione»[30].

[29] Per un efficace quadro riassuntivo, M.C. Ubiali, *Le disposizioni extra-penali della legge c.d. Spazza-corrotti: trasparenza e finanziamento dei partiti politici e norme sulla regolamentazione delle fondazioni*, in [http://www.penalecontemporaneo.it], 21 gennaio 2019.

[30] Questo lo *slogan*, trasudante retorica populista, che compariva in una delle *slides* di presentazione della legge 3/2019.

Gabriele Fornasari*

Ancora un passo verso l'affermazione dell'autodeterminazione alla morte: la corte costituzionale austriaca dichiara illegittima la disposizione in tema di aiuto al suicidio. Un primo commento a caldo.

Sommario: 1. Una questione, tre Corti costituzionali – 2. I connotati essenziali della pronuncia del *Verfassungsgerichtshof* austriaco del dicembre 2020 – 3. Il principio di autodeterminazione come cardine costituzionale dell'argomentazione e gli effetti della decisione – 4. Il rinvio dell'entrata in vigore dell'efficacia abrogativa e il diritto intertemporale – 5. Cenni sulle basi costituzionali del percorso argomentativo – 6. Qualche breve riflessione conclusiva.

1. *Una questione, tre Corti costituzionali*

Le fattispecie criminose di aiuto al suicidio presenti nei codici penali europei conoscono negli ultimi anni una notevole attenzione da parte dei Tribunali costituzionali, ai quali viene chiesto di saggiarne la compatibilità con i fondamenti costituzionali riconducibili in ultima analisi al principio di autodeterminazione.

Così, dopo le recenti ben note pronunce della Corte costituzionale italiana, occasionata dal «caso Cappato», e del *Bundesverfassungsgericht* della Repubblica Federale Tedesca, è stata la volta, da ultimo, del *Verfassungsgerichtshof* austriaco, che si è espresso l'11 dicembre 2020 sulla legittimità del § 78 del codice penale[1].

In tutti tre i casi, le norme esaminate, i cui contenuti si sostanziavano in un divieto pressoché incondizionato, non sono uscite indenni, anche se in realtà il loro destino, scendendo nei dettagli, non è stato il medesimo.

Sappiamo già, grazie all'ampia diffusione della notizia presso la stampa e all'accurata disamina che ne ha fatto la dottrina, che in Italia

* Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Trento.

[1] La sentenza è reperibile sul sito della Corte costituzionale, all'indirizzo https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_G_139_2019_vom_11.12.2020.pdf

l'art. 580 c.p., dopo che il legislatore era rimasto inerte davanti all'invito della Corte costituzionale ad adeguarne il testo ai principi enunciati con l'ordinanza n. 207/2018 entro una data espressamente stabilita, è stato di fatto rimodellato per diretto intervento della Corte stessa, la quale, tramite la sentenza n. 242/2019, ha dettato un'interpretazione volta a restringere il campo del divieto, indicando alcuni presupposti in presenza dei quali la punizione dell'aiuto al suicidio non può essere considerata costituzionalmente legittima[2].

Sappiamo anche che il *Bundesverfassungsgericht* tedesco ha manifestato un atteggiamento ben più radicale, prendendo di petto la questione e dichiarando *tout court* illegittimo il § 217 *StGB*[3].

Il contenuto di questa disposizione incriminatrice non era, per vero, corrispondente a quello del nostro art. 580 (questo il testo: «Chiunque,

[2] Si è scelta, come ribadito da più Autori, la strada della «giustificazione procedimentale», (così M. Donini, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte Costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, Esi, Napoli, 2019, 128 e A. Sessa, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.): un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*,*Ivi*, 352), fissando un quadruplice ordine di criteri, in base al quale l'aiuto può essere ammesso se si facilita la morte di una persona affetta da una patologia irreversibile, fonte di una sofferenza fisica o psicologica insopportabile, mantenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, ma pienamente capace di scegliere in modo libero e cosciente. Per una riflessione critica al riguardo, rinvio a G. Fornasari, *La ponderación entre tutela de la vida y tutela de la autodeterminación del individuo y su reflejo en la disciplina penal del auxilio al suicidio*, in *Delito, naturaleza y libertad. Temas y problemas de Filosofía del Derecho y Filosofía jurídico-penal*, a cura di J.L. Guzmán Dalbora, A. Zúñiga Fajuri, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 155 ss.

[3] Per i richiami essenziali, riguardo alla pronuncia BVerfGE 26.2.2020, disponibile all'indirizzo sr20200226_2bvr234715.pdf, si possono vedere, nella dottrina italiana, B. Magro, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale Costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in «DIRITTO PENALE XXI SECOLO», 2020, a.19, n.1, p. 5 ss., N. Recchia, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht*, in «DPC–RT», 2020, n. 2, p. 65 ss., A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del* Bundesverfassungsgericht, in «LP», 2020, p. 17 ss., nonché, volendo, G. Fornasari, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e* Bundesverfassungsgericht *a confronto*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, a cura di V. Plantamura, G. Salcuni, Pisa University Press, Pisa, 2020, pp. 315 ss. Nella dottrina tedesca, si possono vedere i primi commenti di J.F. Lindner, *Sterbehilfe in Deutschland – Mögliche Regelungsoptionen*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, C.H. Beck, Wiesbaden, 2020, p. 66 ss. e M. Schlund, *Straflosigkeit der geschäftsmäßigen Förderung einer Selbsttötung*, in *Neue Juristische Wochenschrift* -Spezial, C.H. Beck, Wiesbaden, 2020, pp. 184 ss.

con l'intenzione di favorire il suicidio di un altro, commercialmente gliene concede o procura l'opportunità o svolge attività d'intermediazione, è punito con la pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria.

Non è punibile come partecipe, chiunque non agisca commercialmente e sia parente del soggetto menzionato nel comma uno o ad esso vicino».)[4], ma quel che conta, ai nostri fini, è che la Corte, con la sua decisione di annullamento, ha voluto sottolineare, per di più con una motivazione molto netta ed articolata, l'assoluta prevalenza del principio di autodeterminazione dell'individuo su qualunque astratta esigenza di tutela della vita, ponendo come unica condizione l'accertamento che la volontà di chi intende suicidarsi sia del tutto libera.

Si può dunque affermare che al fondo della scelta del Tribunale tedesco vi sia un atteggiamento decisamente antipaternalistico, mentre al fondo della scelta della nostra Corte costituzionale sta un'idea di paternalismo *soft*.

2. *I connotati essenziali della pronuncia del* Verfassungsgerichtshof *austriaco del dicembre 2020*

La recente decisione del *Verfassungsgerichtshof* austriaco non segue del tutto né l'una né l'altra via.

Esso innanzi tutto tiene distinte le tre ipotesi in cui il codice penale austriaco articola i divieti che hanno a che fare con la determinazione di un soggetto a morire, ovvero l'omicidio del consenziente (§ 77 *StGB*), l'istigazione al suicidio (§ 78 primo inciso *StGB*) e l'aiuto al suicidio vero e proprio (§ 78 secondo inciso *StGB*), essendo stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di tutte queste condotte.

La motivazione è netta nel respingere la richiesta relativamente ai primi due reati, accogliendo un'accezione di autodeterminazione idonea a porsi in contrasto soltanto con la sanzionabilità dell'aiuto al suicidio.

Insomma, volendo proporre un paragone rispetto alle sentenze delle altre due Corti costituzionali che ho menzionato, si può affermare in prima approssimazione che la Corte austriaca con la sua pronuncia si colloca in una sorta di posizione intermedia, poiché da un lato non segue la sua omologa tedesca nell'assolutizzare il principio di autodeterminazione fino

[4] Per una esauriente disamina, in lingua italiana, degli aspetti problematici di questa fattispecie, si può vedere il saggio di K. Jarvers, *La fattispecie tedesca di favoreggiamento del suicidio*, in *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra, Padova University Press, 2019, pp. 53 ss.

al punto di escludere l'intervento penale, in quanto lesivo della dignità della persona, se solo la scelta del soggetto non appare condizionata da costrizione o approfittamento di un suo stato di debolezza, ma dall'altro lato non restringe nemmeno le condizioni che rendono non punibile l'aiuto al suicidio come ha fatto la nostra Corte.

Un aspetto per noi molto interessante sta nel fatto che, come la Corte italiana, anche quella austriaca si è valsa di un meccanismo, peraltro espressamente previsto in Costituzione, che assegna un tempo al legislatore per intervenire sulla norma oggetto di giudizio, pur se le due situazioni non sono identiche, in quanto in Austria la Corte può stabilire in sentenza, come ha fatto in questo caso, una data entro la quale il legislatore può intervenire per modificare la norma adeguandola ai principi in essa individuati, mentre una volta scaduto quel termine la disposizione si deve ritenere abrogata.

Scendiamo ora nel dettaglio degli aspetti salienti della pronuncia in esame.

La norma oggetto di contestazione presenta il seguente contenuto: «*Wer einen anderen dazu verleitet, sich selbst zu töten, oder ihm dazu Hilfe leistet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen*», ovvero «Chiunque induce un'altra persona a suicidarsi, o le presta aiuto a tal fine, deve essere punito con la pena detentiva da sei mesi a cinque anni».

Una corretta accezione del principio di autodeterminazione, secondo la Corte, non si frappone alla legittimità della punizione della prima condotta; né questa è attaccabile, come chiesto dai ricorrenti, sul versante del principio di determinatezza per la scarsa chiarezza di contenuto di quel verbo «indurre» («*verleiten*») che regge la fattispecie: si ritiene infatti che la giurisprudenza consolidata del Tribunale Supremo non lasci residui dubbi sul fatto che si tratti di una normale condotta di istigazione («*Anstiftung*»), non più problematica, sul piano dell'interpretazione, di qualunque altra fattispecie istigatoria.

3. *Il principio di autodeterminazione come cardine costituzionale dell'argomentazione e gli effetti della decisione*

Dunque, è sulla sola condotta di aiuto al suicidio, oggetto di una incriminazione incondizionata, che si appuntano i rilievi del *Verfassungsgerichtshof*.

Il punto di partenza è il diritto dei singoli alla libera autodeterminazione,

sicuramente garantito a livello costituzionale.

Tale diritto include il diritto ad organizzare la propria vita e dunque anche a darsi una morte dignitosa, che a sua volta comprende anche il diritto di chi intende suicidarsi a far ricorso a terze persone che siano disponibili ad aiutarlo.

Su quest'ultimo diritto può incidere in modo sensibile un divieto assoluto ed incondizionato, come quello previsto dal secondo inciso del § 78 *StGB*, di suicidarsi con la collaborazione di altri.

Sicché, in virtù del principio di autodeterminazione, a condizione che la scelta di suicidarsi sia libera e autonoma, essa non può non essere rispettata dal legislatore.

Né si deve obiettare, afferma la Corte[5], che il diritto all'autodeterminazione, così concepito, si contrapporrebbe al diritto alla tutela della vita come affermato tra l'altro nell'art. 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: infatti, è sbagliato in radice dedurre da questo diritto un dovere di vivere, facendo del titolare del *Grundrecht* alla vita un soggetto normativamente tenuto alla sua conservazione a qualunque costo, giustificandosi così la sanzione penale dell'aiuto al suicidio.

In sostanza, la scelta di ricorrere ad altri per far terminare la propria vita può essere posta sullo stesso piano della decisione di non avviare o di interrompere cure mediche salvavita[6], riguardo alla quale vi è consenso nell'affermare che non dà luogo ad alcuna responsabilità penale, nemmeno nel caso in cui si decida per cure palliative che leniscono le sofferenze, ma possono avere l'effetto collaterale di accelerare la fine della vita[7].

[5] *Verfassungsgerichtshof,* G 139/2019-71, 11. Dezember 2020, 82, n. marg. 84.

[6] A tale riguardo il *Verfassungsgerichtshof* richiama le disposizioni dei §§ 252 e seguenti del codice civile (ABGB, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), così come il disposto del § 110 del codice penale (*Eigenmächtige Heilbehandlung*), norma che sanziona con una pur modesta pena detentiva (fino a sei mesi) o in alternativa con la pena pecuniaria, la condotta di chi sottopone a cure mediche un soggetto non consenziente, anche qualora tali cure siano prestate nel pieno rispetto delle regole della scienza medica. Si ricorda inoltre (83, n. marg. 91) che la volontà che il paziente affida ad un suo atto di disposizione (nel senso, naturalmente, di essere lasciato morire) deve essere ritenuta vincolante per il medico curante anche quando il paziente stesso non è più in grado di esprimerla in via autonoma.

[7] Questo è l'effetto di una norma di recente introduzione nel diritto austriaco, ovvero il § 49a, comma secondo, inserito nel 2019 nella legge sulle professioni sanitarie, che liceizza una forma di eutanasia attiva indiretta nel momento in cui ritiene ammissibile, «nel caso di soggetti vicini alla morte, prendere, nel quadro delle indicazioni della medicina palliativa, misure la cui utilità al fine di lenire gravissimi dolori e sofferenze prevale nel bilanciamento con il rischio di un'accelerazione della perdita delle funzioni vitali».Il *Verfassungsgerichtshof* ricorda, al riguardo, che la dottrina austriaca ritiene compattamente che una tale condotta di eutanasia attiva indiretta non integri la fattispecie oggettiva del delitto di omicidio,

A questo riguardo il passaggio chiave della sentenza non potrebbe essere più chiaro:

«Se da un lato il paziente (attraverso il rifiuto o la revoca del consenso) può decidere se la propria vita possa o meno essere salvata o prolungata per il tramite di un trattamento medico, e d'altro lato, in virtù del § 49a/2 della legge sulle professioni mediche, può essere presa in considerazione, in base ai presupposti che sono ivi fissati, perfino la morte anticipata del paziente nell'ambito di un trattamento medico, non è giustificato vietare a chi intende suicidarsi l'aiuto proveniente da un terzo, in una qualunque forma collegato al suicidio, negandogli in tal modo senza alcuna eccezione il diritto all'autodeterminazione».[8]

Pertanto, secondo l'avviso della Corte costituzionale austriaca, la disposizione in esame, nel punto in cui tratta dell'aiuto al suicidio, non è compatibile con un diritto fondamentale dell'individuo.

Non si può negare, peraltro, così prosegue l'argomentazione della Corte, che la libertà della scelta suicidaria possa essere influenzata da fattori sociali ed economici indubbiamente rilevanti, dunque è compito del legislatore adottare adeguate misure per far sì che non si verifichino abusi riguardo a tali condizionamenti; d'altro canto, affermano i giudici costituzionali, anche se l'accertamento della effettiva libertà di scelta può non essere facile in talune circostanze, questo non giustifica comunque un divieto che non prevede eccezioni[9].

In base a queste stesse premesse, la Corte rigetta invece l'istanza di incostituzionalità dell'altra condotta disciplinata dal § 78 *StGB*, quella di induzione al suicidio, proprio perché qui invece la decisione di porre fine alla vita è il frutto di un'attività volta a condizionarne la libertà e l'autonomia, non integrandosi pertanto il presupposto essenziale che rende ingiustificata la punizione senza eccezioni dell'aiuto al suicidio.

poiché, stante la *ratio* di questo delitto, essa può essere qualificata come comportamento socialmente adeguato, anche in ragione del fatto che in questo caso l'interesse dichiarato o presumibile del paziente alla diminuzione delle sue sofferenze non può non prevalere chiaramente nei confronti di un interesse alla conservazione della vita «a qualunque costo».

[8] «*Wenn einerseits der Patient (durch Nichteinwilligung oder Widerruf der Einwilligung) darüber entscheiden kann, ob sein Leben durch eine medizinische Behandlung gerettet oder verlängert wird, und andererseits durch § 49a Abs.2 ÄrzteG 1998 unter den dort festgelegten Voraussetzungen sogar das vorzeitige Ableben eines Patienten im Rahmen einer medizinischen Behandlung in Kauf genommen wird, ist es nicht gerechtfertigt, dem Sterbewilligende Hilfe durch einen Dritten in welcher Art und Form auch immer im Zusammenhang mit der Selbsttötung zu verbieten und derart das Recht auf Selbst-bestimmung ausnahmslos zu verneinen*»: 85, n. marg. 98.

[9] *Verfassungsgerichtshof*, G 139/2019-71, 11. Dezember 2020, 86, n. marg. 103.

Dunque, data la diversità dei presupposti, cade anche il rilievo dei ricorrenti circa la violazione del principio di uguaglianza, determinata dal trattare in modo differente le due situazioni, mantenendo la punibilità dell'istigazione e abrogando quella dell'aiuto.

La conclusione è che la frase «*oder ihm dazu Hilfe leistet*» («o gli presta aiuto a tal fine») del § 78 *StGB* è oggetto di abrogazione a far data dal 31 dicembre 2021 a causa del fatto che vieta sotto minaccia di pena, senza fare alcuna distinzione, qualsiasi forma di aiuto richiesto da soggetti intenzionati a porre fine alla propria vita.

A margine di questo dispositivo, il *Verfassungsgerichtshof* prende in esame anche la possibilità di evitare una dichiarazione di incostituzionalità, facendo leva sulla possibilità per il giudice, prevista dal § 41 del codice penale, di utilizzare uno strumento straordinario di commisurazione della pena riservato ai casi in cui le circostanze attenuanti di un fatto prevalgono in modo rilevante sulle aggravanti e sussistono fondati motivi per ritenere che l'autore non commetterà altri reati anche se la pena inflittagli sarà inferiore al limite edittale previsto dalla legge: nel caso del § 78, in cui la pena minima risponde ai criteri di cui al primo comma, n. 5 del § 41 (cioè è inferiore ad un anno, essendo fissata in sei mesi), si potrebbe irrogare una pena minima pressoché simbolica di un solo giorno.

La Corte però ritiene preferibile non seguire questa strada, dato che la commisurazione della pena nel caso singolo, anche laddove conduca all'inflizione di una sanzione molto ridotta, non è comunque in grado di far venir meno l'oggettivo rimprovero per l'illiceità del fatto che il § 78 secondo inciso trasmette riguardo indifferentemente a qualunque tipo di aiuto al suicidio.

4. *Il rinvio dell'entrata in vigore dell'efficacia abrogativa e il diritto intertemporale*

La decisione di rinviare gli effetti abroganti della sentenza ad una data futura distante circa un anno da essa può apparire singolare ai nostri occhi, ma questa opzione, mentre da noi ha rappresentato una trovata tutto sommato estemporanea e innovativa proprio nella vicenda originata dal «caso Cappato», nel diritto austriaco è espressamente prevista nell'art. 140 della Costituzione[10], e in fondo la logica non è tanto diversa da

[10] Questa disposizione contiene, al quinto comma, un inciso finale in base al quale,

quella che ha indotto la nostra stessa Corte costituzionale a «mettere in mora» il legislatore con l'ordinanza n. 207/2018 nell'ambito del giudizio riguardante l'art. 580 c.p.

Certo, le situazioni non sono identiche, ma le differenze in fondo sembrano più formali che sostanziali: la Corte italiana, mediante ordinanza, si è riservata di intervenire in un momento successivo dando tempo al legislatore per adeguare la norma a rilievi di incostituzionalità già evidenziati, e poi puntualmente ripresi nella sentenza all'atto di dichiarare illegittima la disposizione se non limitata a livello interpretativo secondo le proprie direttive; dal canto suo, la Corte austriaca mette a disposizione del legislatore un anno di tempo, si direbbe, affinché questi intervenga per eliminare l'assolutezza del divieto, sempre restando nell'alveo del rispetto del principio di autodeterminazione (con l'unica generica indicazione di tenere conto della necessità di stabilire l'effettiva libertà e autonomia della scelta e della consapevolezza che di ciò abbia anche il soggetto che presta l'aiuto), onde evitare quella totale abrogazione che renderebbe in ogni caso lecita la collaborazione di un terzo alla condotta suicidaria (ma che sarebbe peraltro conseguenza inevitabile dell'inerzia del Parlamento).

D'altro canto, la Corte italiana indicava già al legislatore i termini dell'intervento, mentre quella austriaca lascia al suo apprezzamento i contenuti di un eventuale riforma, fermo restando che viene fatta espressa raccomandazione di garantire comunque, ed in modo reale e non astratto, a qualunque soggetto che intenda porre fine alla propria vita, tutte le alternative possibili che la medicina offre per un accompagnamento dignitoso alla morte.

Si potrebbe in entrambi i casi porre la questione del diritto intertemporale, pur se nel caso austriaco pare che il problema non sia di difficile risoluzione, dal momento che, anche se formalmente la disposizione resta in vigore fino alla data stabilita, è certo che allora decadrà, e con essa il divieto che contiene, con l'inevitabile conseguenza di un effetto retroattivo che riguarderà tutte le condotte tenute fino a quel momento; è vero peraltro che, se il legislatore dovesse intervenire rendendo meno assoluto il divieto ma mantenendolo in vita in determinati casi (cioè quanto di fatto ha imposto la Corte italiana con la sua pronuncia), le cose un po' si complicherebbero, perché l'effetto retroattivo favorevole della riforma si esplicherebbe soltanto con riferimento

dopo che è stato stabilito che il giorno in cui si ha l'abrogazione della norma dichiarata incostituzionale è quello della pubblicazione che deve essere fatta senza ritardo a cura del Cancelliere federale, si fa eccezione per il caso in cui sia la stessa Corte costituzionale a fissare un termine in cui essa non sarà più in vigore, che tuttavia non può comunque superare i diciotto mesi dal momento della pronuncia.

alle condotte di aiuto al suicidio che verrebbero depenalizzate e non a tutte quelle che potrebbero avere luogo, ciò che sarebbe fonte di qualche incertezza, anche perché come detto il *Verfassungsgerichtshof* si è astenuto dall'esplicitare una possibile casistica di situazioni nelle quali il divieto potrebbe legittimamente conservare la propria vigenza.

5. *Cenni sulle basi costituzionali del percorso argomentativo*

Appare evidente che la pronuncia della Corte costituzionale austriaca di cui ho descritto sopra i passaggi nodali si inserisce in un *trend*, che trova riconoscimento in modo chiaro nelle recenti sentenze delle omologhe Corti italiana e tedesca, ma anche in un diffuso atteggiamento normativo, dottrinale e giurisprudenziale che si esprime a livello internazionale, volto ad attribuire un ruolo sempre più rilevante all'autonomia e all'autodeterminazione dell'individuo al momento di effettuare le sue scelte in ordine al tema del fine vita.

Il livello di libertà concesso è variabile, per esempio molto ampio in Germania, dove il *Bundesgerichtshof* impone al legislatore di rinunciare a un sindacato circa i motivi che inducono il soggetto alla determinazione suicida (purché sia effettivamente libera), più limitato in Italia, dove la Corte costituzionale ha preferito condizionare la legittimità dell'aiuto al suicidio alla sussistenza di una griglia di presupposti specificamente indicati.

Forse ciò dipende in qualche modo da quali sono e come vengono interpretati i fondamenti costituzionali che incidono sulla illegittimità dei casi (tutti o alcuni, secondo i punti di vista) di aiuto al suicidio.

A tale riguardo, è di un certo interesse vedere come il *Verfassungsgerichtshof* austriaco ha svolto il suo percorso argomentativo, assunto che nella Costituzione di quel Paese non è direttamente reperibile una disposizione che affermi il principio di autodeterminazione.

A livello di diritto interno, il punto di partenza è stato individuato nel principio di uguaglianza, previsto in modo espresso dall'art. 7 della Costituzione (*B-VG*) e dall'art. 2 della Legge fondamentale dello Stato sui diritti generali dei cittadini (*StGG*).

Da esso deriva il diritto dell'individuo alla libera autodeterminazione riguardo all'organizzazione della sua vita e in particolare alla decisione circa i modi e i tempi di una morte dignitosa: infatti, con l'elementare previsione che tutti gli uomini e le donne sono uguali davanti alla legge, il principio

di uguaglianza presuppone che ogni soggetto come essenza individuale sia diverso dagli altri, potendo dispiegare in modo responsabile la sua personalità e la sua individualità.

Alla libera autodeterminazione dell'individuo, prosegue l'argomentazione della Corte, appartiene innanzi tutto la decisione su come organizzare la propria vita, ma anche, come diretta conseguenza, la decisione su come essa debba terminare in modo dignitoso, in linea con le proprie convinzioni e rappresentazioni, in piena autonomia.

Ma il diritto, deducibile dalla Costituzione, alla libera autodeterminazione non abbraccia soltanto la decisione di suicidarsi e la relativa condotta di attuazione, bensì anche il diritto del soggetto intenzionato a suicidarsi a procurarsi l'aiuto di un terzo disponibile.

Chi è intenzionato a suicidarsi deve cioè potere far ricorso al contributo di un'altra persona se lo richiedono l'esecuzione del suo intento o le particolari modalità scelte per attuarlo, poiché solo in tal modo si può concretizzare il suo diritto a darsi la morte in modo dignitoso.

A fianco di queste considerazioni dedotte dal diritto positivo interno, la Corte trae rilevanti argomenti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla giurisprudenza formatasi su di essa nell'ambito dell'attività della Corte di Strasburgo.

Vengono menzionati innanzi tutto gli art. 2 e 8 della CEDU.

Quest'ultimo viene chiamato in causa nel punto in cui stabilisce che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata (comma 1) e di conseguenza che non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui (comma 2).

Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, richiamata dal *Verfassungsgerichtshof*, il rifiuto opposto al desiderio di una persona, la cui vita ai suoi occhi era diventata faticosa e non più dignitosa, di suicidarsi con l'aiuto di un terzo, costituisce appunto un attacco al diritto al rispetto della vita privata, e alla luce di ciò essa ha ritenuto che il diritto di una persona di decidere quando mettere fine alla propria vita presuppone che essa sia davvero in grado di farlo e pertanto deve essere garantito effettivamente e non illusoriamente, intendendo con ciò che esso include il diritto, se

necessario, a farsi aiutare[11].

Il richiamo all'art. 2 della CEDU, che proclama il diritto alla vita, potrebbe dare luogo ad una limitazione del diritto al suicidio, ma il *Verfassungsgerichtshof* segnala che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo fa sì obbligo alle autorità statali di proteggere le persone vulnerabili da comportamenti che ne potrebbero porre in pericolo la vita e di ostacolare condotte suicide fondate su decisioni non libere né consapevoli e quindi di emanare norme che facciano sì che venga accertata adeguatamente la libertà di scelta in tale contesto, tuttavia tutto ciò non implica, anzi esclude, che sia compito dello Stato approntare una tutela della vita qualora il desiderio suicidario sia libero e consapevole[12].

In questo caso, si sottintende, il valore dell'autodeterminazione è da considerare prevalente.

I rilievi comparatistici più immediati rispetto alle sentenze delle altre due Corti costituzionali riguardano, mi pare, due aspetti.

Da un lato, il *Verfassungsgerichtshof* non fa leva, come la Corte tedesca, sul riferimento generico alla tutela della dignità umana[13], ma preferisce sottolineare con forza il principio di autodeterminazione, deducendolo da un diritto alla vita correttamente inteso, non molto diversamente, nella sostanza, da quanto ha fatto la Corte italiana.

Dall'altro, esso, contrariamente alla Corte tedesca e almeno in parte in linea con quella italiana, non si limita ad un giudizio di illegittimità *tout court*, ma incoraggia il legislatore a porre quei paletti idonei a garantire il massimo livello di certezza possibile riguardo alla libertà della scelta suicida di chi chiede aiuto per realizzarla[14], senza peraltro giungere al punto di individuare criteri limitativi riguardo alla situazione oggettiva legittimante (e tuttavia mettendo in chiaro che il risultato di un mancato intervento sarà l'abrogazione della disposizione).

[11] A sostegno vengono citati i casi *Pretty* (*Pretty v. United Kingdom*, *Appl. No. 2346/02*, 29/04/2002), *Haas* (*Haas v. Switzerland*, *Appl. No. 31322/07*, 20/01/2011) e *Artico* (*Artico v. Italy*, *Appl. No. 6694/74*, 13/10/1980).

[12] In tal senso, nella dottrina austriaca, W. Berka, Ch. Binder, B. Kneihs, *Grundrechte. Grund-und Menschenrechte in Österreich*, 2^ Aufl., Verlag Österreich, Wien, 2019, p. 286.

[13] La relazione con la dignità viene infatti menzionata solo, in modo esplicito, per aggettivare la vita e la morte del soggetto, assicurandogli il diritto a che esse siano dignitose secondo il suo apprezzamento, con la conseguenza di poter legittimamente decidere per il suicidio in caso contrario.

[14] Anche il *Bundesverfasssungsgericht* tedesco si era posto la questione, ma senza ritenere di dover coinvolgere il legislatore, puntando quindi sul fatto che funzionino strumenti di controllo pre-normativi; più a fondo, su questo punto, A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita?,* cit., p. 24.

6. *Qualche breve considerazione conclusiva*

La sentenza che ha dato origine a queste brevi note merita a mio avviso apprezzamento per avere fissato un principio che iscrive l'ordinamento austriaco in un movimento in grande evoluzione a livello europeo, volto a riconoscere ai consociati non solo il diritto a decidere liberamente circa il momento in cui porre termine ad una vita non più considerata dignitosa, ma anche la possibilità di esercitare effettivamente questo diritto, ricorrendo in caso di difficoltà di procedere da sé all'atto suicidario all'aiuto di una terza persona che si renda disponibile[15].

Mi sembra apprezzabile anche il fatto di chiamare in causa il legislatore, per una eventuale regolamentazione più dettagliata (sfuggendo alla tentazione di una sentenza manipolativa), ma senza dargli indicazioni eccessivamente rigide e restrittive, che potrebbero non essere pienamente coerenti con l'affermazione solenne del principio di autodeterminazione[16], preoccupandosi invece in primo luogo – giustamente – di garantire la libertà della scelta da condizionamenti esterni che potrebbero configurare abusi della vulnerabilità delle persone.

La materia è indubbiamente molto delicata, dato che incrocia sensibilità etiche che possono legittimamente essere differenti, ma credo che la tendenza in atto, volta a rafforzare la tutela effettiva dell'autodeterminazione dell'individuo in una fase così cruciale della sua esperienza esistenziale, confermata dalla sentenza da cui ho preso spunto, debba essere approvata ed incoraggiata nell'orizzonte di un diritto penale laico e pluralista.

[15] Il frequente riferimento, nella sentenza, al fatto che la terza persona che coopera all'attuazione del suicidio debba essere una persona «disponibile» (*dazubereit*) pare attestare che non è ammessa la configurazione di un obbligo (in capo, per esempio, a chi opera in strutture sanitarie) di prestare aiuto a chi lo richieda, obbligo che del resto non trova riscontro neppure nella giurisprudenza più favorevole della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo.

[16] Sviluppo questo pensiero, comune peraltro a diversi altri commentatori, in Fornasari, *La ponderación entre tutela de la vida y tutela de la autodeterminación del individuo y su reflejo en la disciplina penal del auxilio al suicidio*, cit., pp.157 ss. Per approfondimenti posso rinviare a F. Lazzeri, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato". La tutela del malato irreversibile e sofferente nell'ord. 207/2018 e le ragioni per un'ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)*, in *Il caso Cappato*, cit., pp.196 ss. e C. Casonato, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018: luci e ombre*, in *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit., p. 101, con l'evidenziazione di alcuni inaccettabili paradossi a cui la soluzione condurrebbe.

Dario Franzin*

"L'ombra del sospetto" e la "banalita' della vita quotidiana": nuove forme di terrorismo e responsabilità penale

Sommario: 1. Premessa – 2. "*L'ombra del sospetto*" e "*la banalità della vita quotidiana*" – 3. Contrasto al terrorismo e "diritto penale al limite" – 4. La risposta dell'ordinamento italiano alle nuove forme di terrorismo – 5. (*Segue*) Il delitto di organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo *ex* art. 270-*quater* 1 – 6. Sistema delle misure di prevenzione: il *foreign fighter* come 'vagabondo del terrore'? – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Non è usuale cominciare uno scritto scientifico con una premessa di contesto, tuttavia, taluni passaggi di questo lavoro sono stati scritti nel corso del periodo di *lockdown* imposto a seguito della pandemia scatenata dal virus Sars-CoV-2. La circostanza potrebbe non essere neutra perché in questo momento di costrizione delle libertà individuali per cogenti e superiori ragioni sanitarie lo studioso della materia penale non può che interrogarsi sulle scelte di politica criminale che fanno (o possono fare) da coté sanzionatorio a queste scelte emergenziali drastiche. Se, sul fronte dell'emergenza sanitaria, si è "navigato a vista" in tema di scelte penalistiche (si è oscillato, invero, tra l' "eterno ritorno" dell'art. 650 c.p. (poi abbandonato in favore della sanzione amministrativa) e strategie di contrasto più severe attraverso costruzioni colpose o di pericolo[1], un settore emergenziale dove invece nel corso dell'ultimo ventennio lo scenario legislativo ed il relativo sfondo criminologico si è fortemente aggiornato è quello del terrorismo

* Ricercatore di Diritto penale, Università degli Studi di Roma Tre.

[1] Per i primi commenti "a caldo" v. G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare,* in <*www.sistemapenale.it*>; Id., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in <*www.sistemapenale.it*>; v. anche S. Moccia, *Riflessioni di un penalista al tempo del Coronavirus,* in <*www.penaledp.it*>; D. Piva, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in <*www.archiviopenale.it*>.

internazionale di matrice islamica, per il cui contrasto la legislazione penale ha dovuto, negli anni, adattarsi a fenomeni via via diversi e più sfuggenti: dall'atomismo acefalo e pulviscolare di *Al – quaeda* con la sua rete di monadi del terrore, fino alle ultime manifestazione "autoctone" di soggetti devianti che, in un sorta di delirio di rivolta contro la società che li ha cresciuti, abbracciano i messaggi distorsivi del fondamentalismo per compiere isolati atti di violenza nel nome di un nichilismo che sembra fare del terrorismo una mera, superficiale, "veste criminale" per dare sfogo a forme di disagio non sempre identificabili, ma forse rintracciabili nelle pieghe dello sradicamento post moderno connaturato a certi segmenti marginali delle società più avanzate[2].

L'analogia tra fenomeno virale e terrorismo è stata più volte sollevata dalla letteratura extrapenalistica, proprio al fine di enuclearne la natura quasi fantomatica, di chi vive nella 'quarta dimensione' e da cui è molto più difficile difendersi. Cosi come la violenza virale deriva da singoli agenti patogeni che si introducono nel sistema, cosi le più recenti forme di terrorismo si ineriscono nella società come cellule dormienti cercando di minarle dall'interno[3].

Non è forse un caso che la prima legge dell'Italia unitaria volta a reprimere fenomeni criminali di natura organizzata ed eversiva come il brigantaggio, la celeberrima legge Pica del 15 agosto 1863 fu chiamata, appunto, '*Procedura per la repressione del brigantaggio e dei camorristi nelle Provincie infette*', dove in quell'aggettivo 'infette' sembra proprio originarsi un legame mai del tutto sopito.

L'analogia appare, dunque, assolutamente calzante e non può che ritenersi quanto mai attuale, e riattualizzato, il discorso sul contrasto penale delle nuove forme di terrorismo "virale" è, dunque, si tratta dunque di, una tematica che consente di aprire ulteriori riflessioni sulla direzione che sta prendendo il diritto penale come dispositivo di allocazione della responsabilità da reato, anche nel solco metodologico tracciato dal Prof. Antonio Fiorella, da sempre rivolto a valorizzare lo spirito liberale e garantista del diritto penale[4].

[2] R. Aitala, *L'apocalisse in periferia?*, in «Rivista italiana di geopolitica», 2016, 4, pp. 61-70.

[3] Per analoghe considerazioni v. B. Han, *La Società della stanchezza*, Nottetempo, Milano, 2012, pp. 18 ss.; Letteralmente *è a questo punto che è comparso un nemico fantomatico, in quale invade per perfusione tutto il pianeta, filtra dappertutto come un virus, uscendo da tutti gli interstizi di potenza"* J. Baudrillard, *Lo spirito del terrorismo,* Raffaello Cortina, Milano, 2002; G. de Vergottini, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo,* in «RP», 2004, pp. 454 ss.; Cfr. anche sul tema G. Agamben, *Stato di eccezione,* Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

[4] A. Fiorella, *Reato in generale*, in «ED», XXVIII, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 793 ss.;

2. "L'ombra del sospetto" *e* "la banalità della vita quotidiana"

In uno scritto profondo e sentito, uscito all'indomani dell'11 settembre 2001 (quindi subito dopo quello che può essere considerato il "*Big Bang*" del nuovo terrorismo internazionale di matrice islamista), il filosofo francese Jean Baudrillard notava come i terroristi avessero "*addirittura utilizzato la banalità della vita quotidiana come maschera e doppio inganno. Hanno dormito in casette di periferia, letto e studiato in famiglia, per svegliarsi da un giorno all'altro come bombe a scoppio ritardato. Il controllo perfetto di questa clandestinità è quasi altrettanto terroristico dell'atto spettacolare dell'11 settembre. Perché fa cadere l'ombra del sospetto su qualsiasi individuo: qualsiasi essere inoffensivo non sarà un terrorista in potenza? Se quelli hanno potuto passare inosservati, allora ciascuno di noi* è *un criminale in incognito (ogni aereo diviene anch'esso sospetto), e in fondo è un po' vero. Ciò corrisponde forse bene a una forma inconscia di criminalità potenziale, mascherata, e scrupolosamente rimossa, ma sempre suscettibile, se non di risorgere, almeno di vibrare segretamente davanti allo spettacolo del Male*".

Già in queste riflessioni 'a caldo' e all'alba di una nuova insanguinata stagione terroristica, veniva dunque messo in luce una caratteristica particolarmente allarmante di questa nuova incarnazione del terrorismo: la capacità mimetica di vivere, adattarsi, sfruttare le pieghe e le sfaccettature della società pluralista occidentale. Se questo valeva nel 2001, con riferimento alle insignificanti biografie dei componenti delle cellule di *al Qaeda* che avevano realizzato l'attentato al *World Trade Center*, esse valgono ancora di più rispetto alle nuove forme di terrorismo che stanno emergendo negli ultimi anni, quelle c.d. autoctone, realizzate cioè da soggetti non solamente accolti dalla società occidentale, ma da essa cresciuti, allevati, formati, e cionondimeno votatisi alla causa jihadista ed alla distruzione del modello culturale e sociale che hanno vissuto fin dalla più tenera età (il riferimento va ovviamente ai c.d. "lupi solitari" ed ai *foreign fighter e returnee*, ossia coloro i quali fanno rientro in Europa dopo un periodo sui teatri bellici del medio oriente)[5].

Dal punto di vista del diritto penale il ragionamento di Baudrillard, conduce a porsi un interrogativo di fondo, ossia come neutralizzare un pericolo cosi latente e sfuggente, coevo, se si vuole, all'emergere del terrorismo come metodo 'post-moderno' di conflitto politico-ideologico

Fiorella, *Il reato come fatto, offensivo, dominabile e riprovevole. Le strutture del diritto penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2017

[5] R. Guolo, *L'ultima utopia. Gli jihadisti europei*, Guerini e Associati, Milano, 2015, *passim.*

(e dunque già presente nelle riflessioni sul terrorismo degli anni 70)[6], ma ora proprio alla luce delle caratteristiche del terrorismo globale e pervasivo descritto da Baudrillard, ancor più penetrante ed aggressivo, senza in qualche modo mettere in discussione, se non addirittura tradire, i principi fondamentali del diritto penale ed i diritti umani stessi[7].

Sempre più, infatti, l'evoluzione del terrorismo di matrice islamista in Europa si è mossa in questa zona grigia tra 'fuoco amico' e 'sedizione socio-culturale' che viene detta radicalizzazione di soggetti che abbracciano lo *Jihad* in Europa e lo perseguono attraverso condotte terroristiche in loco, oppure mediante la partenza e lo schieramento al fronte a sostegno di milizie islamiste operative in Medioriente. È proprio il concetto di 'radicalizzazione' a rendere particolarmente sfuggente il terrorismo contemporaneo. La scelta terroristica, secondo recenti sviluppi delle scienze sociali, verrebbe, pertanto, a configurarsi come un processo. Dato che ogni percorso è diverso e influenzato da molteplici fattori, la radicalizzazione non deve essere considerata come il risultato finale di un 'processo dialettico' di natura criminale[8].

Dal punto di vista che qui interessa appaiono subito evidenti le difficoltà dell'ordinamento penale a confrontarsi con una simile realtà. Come noto, infatti, queste categorie "fluide", caratterizzate da una sorta di *divenire* criminale che per buona parte rimane circoscritto nel foro interno dell'agente, creano una evidente frizione con i principi di determinatezza e soprattutto di offensività finendo col traslare il fuoco della politica criminale dalla tradizionale incriminazione dell'associazione con finalità di terrorismo

[6] Cfr. in generale per un inquadramento A. Gioia, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in «RIDI», 2004, p. 58. L'A. sottolinea come l'espressione venga normalmente utilizzata in due significati differenti creando non poca confusione. Da un lato lo si utilizza per definire l'impiego sistematico della violenza da parte dello stato come metodo di governo, dall'altro si suole designare come "terrorismo di stato" l'appoggio che alcuni stati forniscono ad organizzazioni terroristiche che hanno come la totalità dei loro obiettivi situati all'estero.

[7] Cfr. l'oramai 'classico' F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in «RIDPP», 2006, pp. 648 ss. e per riflessioni che escono dal perimetro esclusivamente penalistico; A. Garapon, *È possibile una lotta democratica contro* il *terrorismo?,* in «CDD», 2003, pp. 360 ss.; G. Insolera, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in «DPP», 2004, pp. 1325 ss.; Cfr. sul tema AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, Cedam, Padova, 2005. E per una ricognizione delle principali questioni dommatiche cfr. C.F. Grosso, *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale,* in «RIDPP», 1996, pp. 412 ss.

[8] P. Laurano, G. Anzera, *L'analisi sociologica del nuovo terrorismo tra dinamiche di radicalizzazione e programmi di de-radicalizzazione*, in «Quaderni di Sociologia», 2017, pp. 99 ss.

alla repressione di una pura e semplice "idea" o "ideologia"[9].

3. *Contrasto al terrorismo e "diritto penale al limite"*

Non vi è dubbio, quindi, che il diritto penale rappresenta un'ottica necessaria, un filtro indispensabile per analizzare il fenomeno e, al tempo stesso, un'emergenza terroristica cosi duratura e mutevole nelle forme e negli interpreti fornisce, uno strumento profondamente significativo ai fini di compiere una valutazione della tenuta del sistema penale di fronte a minacce di tale magnitudo.

La condizione del diritto penale di fronte a simili situazioni, nonché la conseguente risposta ordinamentale, è stata descritta, da parte di autorevole dottrina, infatti, come una condizione "al limite", poiché "*si muove in un'area dove è sempre alto il rischio che la ragionevolezza delle scelte di incriminazione, delle strategie processuali e delle misure preventive si traduca in forme illegittime di violazione di diritti e libertà fondamentali, perché in tal caso lo Stato di diritto negherebbe se stesso*"[10]. Il tema è, dunque, quanto mai centrale e fecondo e, ancora una volta, la materia assurge a cartina di tornasole per verificare la tipologia di Stato nella quale ci troviamo a vivere, se cioè, al pocanzi richiamato Stato di diritto non sia succeduto un vero e proprio "Stato di sicurezza".

Qual è, pertanto, l'area entro cui saggiare la tenuta del sistema? Senza dubbio essa si snoda - è sarà su questo duplice crinale che condurremo la nostra analisi –tra misure codicistiche via via introdotte per la repressione dei fenomeni terroristici e le misure di prevenzione che formano l'arsenale di strumenti necessario per intervenire nei confronti di condotte *ante* e *post delictum*.

Ciò che noteremo, tuttavia, è che questo duplice piano d'intervento finisce per essere un *Grenzgebiet* molto più confuso, un confine molto più conteso di quello che dovrebbe essere secondo la fisiologia del sistema.

[9] Il principio di offensività assume una centralità assiologica fondamentale nella ricostruzione del diritto penale operata dal Prof. Fiorella in tutta la sua opera, per una ricostruzione v. *Le strutture del diritto penale,* cit.., pp. 205 e ss.; Id., *Reato*, cit., pp. 793-794; Id., *Responsabilità penale,* in «ED», XXXIX, Milano, 1988, pp. 1290 ss.

[10] M. Pelissero, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite,* in «QG», 2016, pp. 99 ss.

4. *La risposta dell'ordinamento italiano alle nuove forme di terrorismo*

Con la legge 17 aprile 2015 n. 43, il Parlamento ha convertito in legge, con modifiche, il d.l. 18 febbraio 2015 n. 7., adottato subito dopo l'attacco alla redazione del giornale satirico *Charlie Hebdo*[11] ed in attuazione, secondo quanto affermato dal legislatore, di un obbligo di incriminazione contenuto nella Risoluzione n. 2178 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite[12]. Tale Risoluzione si appella al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite e, su tali basi, stabilisce che tutti gli stati debbano "tipizzare quali delitti gravi" una serie di condotte lontanamente prodromiche rispetto alla commissione dei fatti di terrorismo[13].

L'intervento normativo è finalizzato proprio al contrasto proprio delle forme più emergenti di terrorismo islamico: da un lato i *foreign fighters*[14], e dall'altro i cd. "lupi solitari", ossia coloro che sono disposti a compiere azioni terroristiche pianificate individualmente, avvalendosi spesso delle nozioni reperite sul *web* per la realizzazione di ordigni, o mettendo in opera gli insegnamenti ricevuti in precedenti conflitti a cui hanno partecipato[15].

I punti chiave di tale decreto emergono fin dalla prima lettura, dal momento che le tre condotte principalmente colpite sono:

a) quella della persona arruolata o comunque di colui che si dedica ad un addestramento autonomo allo scopo di porre in essere comportamenti univocamente diretti al compimento di atti terroristici (ai sensi dell'art. 1,

[11] Si imporrebbe qui una critica ampiamente mossa dalla dottrina sulla prassi di legiferare in materia penale attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza. Ma qui il provvedimento si trova in una palese situazione di assenza di urgenza, dal momento che esso attua degli obblighi internazionali precedenti di almeno sette mesi alla sua emanazione e reagisce ad un fatto di terrorismo di 4 mesi prima.

[12] Per un approfondimento sulle critiche a tale obbligo si veda Fasani., *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., pp. 340-341

[13] Per un inquadramento generale della legislazione italiana precedente a questa riforma cfr. V. Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, *passim,* in part. pp. 281 ss.

[14] Per una completa disamina del fenomeno, a partire dalle prime decisioni giurisprudenziali sul punto v. J.A. Vervaele, *Foreign (terrorist) fighters: combattenti, terroristi o soli nemici?,* in «RIDPP», 2018, pp. 1875 ss.

[15] Cfr. D. Padrone, *La repressione penale d'urgenza del terrorismo internazionale*, in «CP», 11/2016, p. 4079; F. Viganò, *Minacce dei lupi solitari e risposte dell'ordinamento: alla ricerca di un delicato equilibrio tra diritto penale, misure di prevenzione e diritti fondamentali*, in *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo* a cura di R. Kostoris, F. Viganò, Giappichelli, Torino, 2015, p. 12.

commi 1 e 3);

b) quella di chi organizza, finanzia e propaganda viaggi in territorio estero per il compimento di condotte con finalità di terrorismo (ai sensi dell'art. 1, comma 2);

c) quella di chi, operante in gruppo o isolatamente, ponga in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di una organizzazione che persegue finalità terroristiche di cui all'art. 270-sexies c.p. (ai sensi dell'art. 4, comma 1).

La riforma incide, dunque, in modo significativo sulle norme in materia di terrorismo mediante un generale processo anticipazione della soglia di intervento penale, intervenendo appunto sulla rilevanza degli atti[16].

Nello specifico, l'ipotesi *sub a* di cui all'art 270-*quater* c.p ha il palese scopo di sanare un'asimmetria normativa, risalente alla riforma del 2005, con riferimento a rilievo penale della posizione persona arruolata. L'irrazionalità di tale scelta a suo tempo operata, era supportata da due ordini di riflessioni:

- in primo luogo, l'incriminazione del soggetto addestrato era stata oggetto di critica in quanto ritenuta una palese forma di 'ritorno' diritto penale d'autore. La critica prendeva spunto dal dato che, detta fattispecie, fingendo di concentrarsi sull'attività di addestramento, in realtà reprimeva la condizione personale di 'potenziale terrorista', allontanandosi dal diritto penale del fatto e preoccupandosi della pericolosità di chi porta dentro di sé determinate nozioni.[17] Tale ipotizzata violazione dei principi fondamentali del diritto penale non sembrerebbe sussistere nella nuova incriminazione del soggetto arruolato, dal momento che tale condizione soggettiva corrisponderebbe ad una condotta materialmente apprezzabile sotto il profilo della offensività e non solamente costruita su parametri soggettivi, talmente sfumati da essere riconducibili all'incriminazione di una mera condizione interiore, o posizione strettamente ideologica e non fattuale.

- In secondo luogo, non si può fare a meno di rilevare il maggior disvalore penalistico insito nella circostanza che taluno sia 'arruolato', anziché semplicemente addestrato. Tale maggior disvalore si rileva a causa del fatto che la condizione di arruolato postula la necessità che esista un corpo armato nelle cui file il terrorista venga schierato, un maggior grado di inquadramento e organizzazione della cellula.

Tali rilievi sembrerebbero confermare la ragionevolezza dell'inserimento

[16] L. Marino, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in «RIDPP», 2016, fasc.3, p. 1388.

[17] In questo senso M. Donini, *Il terrorista straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta,* in «QF», 2009, pp. 1711 s.

del citato secondo comma dell'art 270-*quater* c.p.[18]. È però da sottolineare che, nonostante il nuovo delitto rispetti astrattamente i principi di politica criminale reprimendo la condotta del soggetto arruolato, manifesta una serie di critiche a livello interpretativo e sistematico.

Prendendo le mosse dalla condotta, l'individuazione della persona arruolata passa attraverso la previa definizione della condotta attiva di arruolamento. Tale passaggio già pone una serie di questioni ermeneutiche che sviluppano teorie tra loro contrapposte.

La dottrina maggioritaria ritiene, infatti, che il concetto di arruolamento debba essere inteso in senso restrittivo e caratterizzato da un altro grado di offensività. Tale lettura del concetto di arruolamento significa, nell'ambito dell'art. 270-*quater*, ingaggio di armati e inserimento di un soggetto all'interno di una struttura militare, regolare o irregolare, o altrimenti detto «*ingaggio di soggetti terzi, da inserire all'interno di una struttura organizzata di tipo militare, caratterizzata da rapporti di servizio o di subordinazione gerarchica, previo perfezionamento di un accordo di contenuto negoziale*»[19].

Sul punto anche la giurisprudenza di legittimità, sebbene con riferimento all'art. 244 c.p., ha distinto in modo netto la condotta di arruolamento da quella di reclutamento (ex art.4 l.210/1995), ritenendo quest'ultima ben più ampia: il reclutamento includerebbe infatti ogni attività di ricerca e contatto di soggetti destinati ad un determinato lavoro o incarico, mentre il concetto di arruolamento sarebbe da limitare al vero e proprio inserimento organico di un soggetto all'interno di una struttura organizzata paramilitare[20]. In questo senso quindi, la persona arruolata si identificherebbe con quel soggetto che viene organicamente introdotto all'interno di una struttura con le caratteristiche sopramenzionate.

Diversamente si debbono altresì segnalare posizioni più rigoristiche che guardano all'incontro di volontà tra arruolato ed arruolante come momento consumativo dell'illecito, si tratta di ricostruzioni tese a valorizzare «*l'accordo di volontà tra "arruolatore" e "arruolato" prima, per così dire, della "presa di*

[18] Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale,* cit., p.344.

[19] C. Pavarini, *sub art. 270 quater,* in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol. I. I delitti contro la personalità dello Stato* a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, cit., p. 400. La tesi dell'inserimento organico in una struttura militare organizzata è condivisa anche da E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro i beni pubblici. Stato, amministrazione pubblica e della giustizia, ordine pubblico*, Cedam, Padova, 2013, p.46; da G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale,* cit., pp.49 s.; da Palombarini., *sub art.270 quater c.p.,* in *Commentario* a cura di Crespi, Forti, Zuccalà cit., p. 704.

[20] Si veda sul punto Cass. Sez. VI, 1° luglio 2003, n. 36776, rv. 226050; Cass. Sez. I, 5 marzo 2009, n. 13597, rv. 243149.

servizio" di quest'ultimo all'interno della struttura militare»[21], anticipando la soglia di punibilità al mero accordo criminoso[22]. Ancora più distanti dal profilo materiale della condotta sono, altresì, da segnalare altre posizioni[23] dove la condotta di arruolamento sarebbe integrata perfino da quella azioni unilaterali dirette alla sollecitazione dell'ingaggio di futuri potenziali terroristi; ad esempio, le condotte degli *imam* all'interno delle moschee volte all'esaltazione del fanatismo religioso ed all'avvio della *Jihad*[24].

Tuttavia a questa presa di posizione gli stessi relatori fanno seguire uno sviluppo di motivazioni contraddittorio, poiché riconoscono che sarebbe arruolato il soggetto che «*si mette seriamente e concretamente a disposizione come milite* […] *pur al di fuori e a prescindere dalla messa a disposizione con assunzione di un ruolo funzionale all'interno di una compagine associativa*». Non si comprende cosa cambi rispetto al mero accordo se ad essere puniti, a detta dei relatori, dovrebbero essere anche i soggetti che si apprestano a mettersi in viaggio «*per raggiungere i luoghi ove si consumano azioni terroristiche*»[25].

Riguardo al concetto di istigazione, invece, parte della dottrina ha sostenuto che la condotta di arruolamento così intesa invaderebbe il campo di altre fattispecie: del delitto di istigazione aggravata ex art 414 c.p. se commessa pubblicamente, e del delitto di cui all'art. 301 c.p. se commessa privatamente.[26] In riferimento alle condotte di accordo, ad essere invasa sarebbe, al contrario, l'area della cospirazione politica mediante accordo, che va a coprire i casi di accordo finalizzati alla commissione di reati terroristici. Il problema che permane in ogni caso è che nemmeno la più coerente interpretazione fornita da dottrina e giurisprudenza rimane immune da critiche nel sistema dei reati di terrorismo.

Il riassunto del quadro normativo che si profila può essere così delineato:

[21] A. Valsecchi, *sub art. 270 quater*, in *Codice penale commentato* a cura di Dolcini, Gatta, Milano, 2015, cit., p. 3015.

[22] Con riferimento alla punibilità del semplice accordo, la relazione preliminare precisa che la condotta dell'arruolato non si possa esaurire «*nella prestazione del mero assenso al compimento di reati con finalità terrorista*», interpretazione che potrebbe far affermare la non punibilità del semplice accordo.

[23] Così L. Pistorelli, *Punito anche il solo arruolamento,* in «GD», 2005, n. 33, p. 55.

[24] Questa posizione, certamente rigoristica, è stata fatta propria anche da uno dei primi commentatori del d.l. 7/2015, il quale ritiene che alla luce della decisione-quadro 2008/919/GAI, il concetto di arruolamento si riferisca ad «*ogni attività di induzione e reclutamento a fini terroristici*» v. C. Colaiocco, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto legge 7 del 2015*, in «AP», 1/2015.

[25] Atti Camera, n. C2893, Relazione, p. 6.

[26] Cfr. ancora Pavarini, *sub art. 270 quater,* cit.; Valsecchi, *Brevi osservazioni,* cit., p. 1228.

se la struttura ove è introdotto l'arruolato non possiede finalità terroristiche ma solo militari e opera in un contesto bellico non diretto verso civili, la condotta non potrebbe essere ricondotta all'art. 270-*quater* c.p. dal momento che tali situazioni sono estranee alla nozione di terrorismo. Se invece la medesima struttura possiede finalità di terrorismo dal punto di vista tecnico giuridiche[27], allora non si capisce come essa non possa non essere una associazione terroristica e come di conseguenza l'arruolato potrebbe non esserne considerato partecipe integrando l'art. 270-*bis*, che si ricorda, enuncia che «*Chiunque promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni che si propongono il compito di atti di violenza con fini di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da quattro a otto anni*». In questo ultimo caso, la clausola di sussidiarietà prevista dal nuovo art. 270-*quater* diverrebbe onnivora, dal momento che non esisterebbe la possibilità di trovarsi all'infuori dei casi dell'art. 280-*bis*.

Alcuni interpreti hanno tentato di fare riferimento, per descrivere la limitatissima area di riferimento dell'art. 270-*quater* alle ipotesi di chi:

- abbia deciso di aderire alla causa terrorista, magari mettendosi in viaggio o accingendosi a farlo, oppure accettando di intraprendere un percorso di addestramenti
- abbia deciso di porsi agli ordini di una associazione terroristica
- non abbia però fornito ancora alcun contributo materiale o morale tale da essere letto come contributo casualmente rilevante rispetto all'operatività della associazione stessa[28].

Tale interpretazione, seppur apprezzabile, non riesce a distinguere la condotta punita con la nuova norma dal semplice accordo interpersonale, se non attraverso sfumature concettuali ben lontane dalle esigenze di chiarezza della norma penale e conseguente possibilità applicativa in sede giudiziaria.

Meritevole, altresì, di critica è il tentativo del legislatore di introdurre il concetto di "persona arruolata" per nascondere, con apparenti sembianze di una condotta materialmente ed offensivamente orientata, mere forme di accordo spingendo ad un livello di anticipazione della tutela che solleva ben poche problematiche.

Riguardo l'elemento soggettivo del reato, il raccordo dell'art. 270-*quater*

[27] Si veda G. Di Biase, *Luci ed ombre della riforma dei reati in materia di terrorismo*, in <*http://www.neldiritto.it*>.

[28] v. M. Caputo, *Tra viaggi e miraggi: l'impatto sul codice penale delle nuove fattispecie antiterrorismo,* in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. Baccari., K. La Regina, E.M. Mancuso (a cura di),Wolters Kluwer, Vicenza, 2015.

con l'art. 270-*sexies*[29] estende anche alla nuova norma introdotta nel 270-*quater* un "duplice dolo specifico", individuato da dottrina e giurisprudenza in riferimento alle condotte attive di arruolamento e addestramento: la finalità di compiere "atti di violenza ovvero di sabotaggio di sevizi pubblici essenziali" e la connessa "finalità di terrorismo"[30].

La nuova fattispecie, che punisce il soggetto arruolato, non può non essere intesa quale reato-accordo, che punisce il mero assenso al futuro svolgimento di attività di natura terroristica. Lo spazio di applicabilità della fattispecie, sicuramente marginale, si ridurrebbe quindi ad una applicabilità solo nei confronti di chi, senza aver superato il confine dell'effettivo coinvolgimento fattivo nell'associazione, si sia spinto oltre la generica adesione ideologica, ma senza essere stato ancora addestrato al compimento di atti di violenza[31]. È l'ipotesi di chi si sia posto a disposizione come soldato, mettendosi in viaggio o accingendosi a viaggiare all'estero per raggiungere l'associazione e i luoghi ove vengono consumate le azioni di terrorismo.

Si evidenzia quindi una impossibilità di ipotizzare interpretazioni conformi al principio di offensività, dal momento che la legittimità costituzionale è subordinata alla accettazione della tesi secondo cui tale principio non è costituzionalizzato e secondo cui esiste una piena discrezionalità del legislatore nel punire atti preparatori concretamente del tutto inoffensivi[32].

---

[29] Così ai sensi della disposizione: «*Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia*».

[30] V. S. Dambruoso, *I recenti provvedimenti antiterrorismo (d.l.18 febbraio 2015 n 7): considerazioni introduttive*, in *Trattato di Diritto Penale - Parte Generale e Speciale - Riforme 2008-2015*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 157 – 162.

[31] Cfr. G. Amato, *Puniti anche i soggetti per andare a combattere all'estero*, in «GD», 19/2015, pp. 81 ss.

[32] Anche negli atti preparatori al decreto legislativo era sorto tale problema, poi superato dall'osservazione secondo cui «*la Corte Costituzionale ha fin qui fondamentalmente riservato alla discrezionalità del legislatore il livello ed il modulo di anticipazione della tutela, rinunciando, in sostanza, a sindacare le stesse scelte tecniche di costrizione dell'illecito penale*", così all'interno di "*Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale*».

5. (Segue) *Il delitto di organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo ex art. 270-*quater.*1*

Il secondo comma dell'art. 1 del d.l. 7/2015 introduce, a sua volta, l'art. 270-*quater* 1, rubricato "Organizzazione di trasferimento con finalità di terrorismo. La norma incriminatrice punisce dunque la condotta di colui il quale organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati alla commissione di atti terroristici. La tecnica normativa utilizzata è la medesima della disposizione di cui all'art. 600-*quinquies* relativo "*Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile*". La similitudine tra le due tecniche di incriminazione è palese e induce non poche riflessioni. Innanzitutto, ciò che salta agli occhi è la ferma volontà di intercettare tutte le condotte prospicenti all'attività del combattente o del pedofilo ed evitare così che un movente economico (nel caso del pedofilo) o politico-economico nel caso del terrorista possa favorire il realizzarsi di condotte pericolose per il bene tutelato sia pure all'estero. Con riferimento la condotta punibile della organizzazione, invece, si riscontra anche dottrina cha ha cercato di renderla maggiormente determinata, attraverso la rielaborazione di tale nozione in chiave "*imprenditorialmente connotata*" con riferimento a criteri di lucro e continuità[33].

Altre posizioni, ancor più rigorose, individuavano i soggetti attivi del reato unicamente negli "operatori turistici" previsti dall'apposita normativa[34]. Tali interpretazioni seppur apprezzabili, non possono essere applicate alla sfera del terrorismo internazionale. In tale ambito infatti non si hanno soggetti che lucrano su di un crimine, bensì persone che forniscono assistenza logistica ai potenziali martiri, consentendo loro di raggiungere Paesi ove si pratica la guerra santa, senza pretendere soldi né "sfruttando" alcun fenomeno criminoso, ma anzi offrendosi gratuitamente per una comune finalità di matrice religiosa[35].

A tal proposito, pare più corretto, pertanto, descrivere tale condotta di "organizzazione" come un occasionale comportamento di un singolo soggetto, che fornisca un semplice aiuto estemporaneo a colui che viaggia, ad esempio attraverso informazioni sui luoghi di destinazione o procurandogli

[33] Si veda a tal proposito B. Romano, *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia,* Giuffrè, Milano, 2000, p. 170.

[34] P. Veneziani, *Commento all'art.600 quinquies c.p.,* in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia,* a cura di Cadoppi, Cedam, Padova, 2006, p. 320.

[35] Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale,* cit., p. 353.

mezzi di trasporto, supporto logistico etc.

Una interpretazione così ampia e poco determinata rischia che, a maggior ragione nell'era di internet, possa essere punito ai sensi dell'art. 270-*quater*.1 anche colui che si è semplicemente limitato ad acquistare sul web un biglietto aereo per la Siria per conto di un soggetto radicalizzato[36].è

È stato altresì sostenuto[37] che, il temine "organizzazione" possa essere interpretato nel senso di predisposizione di mezzi, anche da parte di un singolo soggetto, diretta a rendere possibile anche un solo viaggio con scopi di attività terroristiche.

Oltre a tale condotta, viene preso in esame anche il finanziamento, ossia la prestazione di risorse economiche necessarie per la realizzazione del viaggio, e la propaganda, ossia la condotta tesa ad «*influire o orientare verso la scelta di effettuare il viaggio per scopi sanzionati dalla norma*»[38].

Con la mera propaganda di viaggi tale fattispecie di pericolo, che colpisce già atti preparatori in un terreno decisamente anticipato rispetto alla possibile lesione dei beni giuridici di riferimento, si muove nell'ambito della mera istigazione a delinquere, dal momento che impedisce una modalità persuasiva ancora più mediata della consueta istigazione a delinquere che si concentra non sull'atto terroristico in sé ma sulla scelta di intraprendere un viaggio diretto alla eventuale realizzazione di tali condotte.

Sembrerebbe invece da escludersi, nonostante pareri contrari[39], la punibilità di chi organizzi un viaggio a vantaggio di sé stesso. Tale tesi, sostenuta dalla dottrina maggioritaria [40] e dalla giurisprudenza[41] in relazione all'art. 600-*quinquies* c.p., afferma che le tre condotte alternative della fattispecie devono necessariamente essere dirette a beneficio di un soggetto terzo. La clausola di sussidiarietà, a favore dell'arruolamento passivo che apre tale norma, rende l'organizzazione del viaggio in autonomia un *post-factum* non punibile ai sensi della condotta punita dall'art. 270-*quater* c.p.[42].

Un ultimo rilievo sull'elemento oggettivo della fattispecie riguarda il ruolo del *viaggio*: sul tema non sembrano esserci elementi testuali o sistematici che

[36] Cosi di M.L. Paesano, *Un primo pronunciamento in materia di viaggi organizzati finalizzati all'utilizzo di prostituzione minorile,* nota a Cass. Sez. III, 20 settembre 2011, n. 42053.

[37] *Dossier Centro Studi Senato,* A.S. n. 1854, p. 24.

[38] Colaiocco, *Prime osservazioni,* cit., p. 9.

[39] Colaiocco, *Prime osservazioni,* cit., p. 8.

[40] Si veda a tal proposito L. Monaco, *sub art.600 quinquies c.p,* in *Commentario,* a cura di Crespi, Forti, Zuccalà, cit.

[41] Cass. Sez. III, 20 settembre 2011, n. 42053.

[42] In tal senso M. Caputo, *Tra viaggi e miraggi,* cit., p. 88.

affermino la necessità di un viaggio concretamente effettuato, a seguito della attività svolta di organizzazione, finanziamento o propaganda[43].

Per quanto concerne la natura del reato, è da rilevare la posizione dottrinale che inserisce tale condotta tra i reati eventualmente abituali: nonostante nell'articolo il termine sia "viaggi" come sostantivo plurale, un singolo viaggio può ritenersi idoneo alla realizzazione della fattispecie analizzata, dal momento che condotte ulteriori sono irrilevanti rispetto al titolo del reato e possono essere utili per la valutazione della gravità concreta del fatto[44].

Riguardo l'elemento soggettivo del reato, il dibattito nato attorno a tale fattispecie, simile come già visto alla struttura dei reati in materia di pedofilia, si snoda attraverso due principali vie interpretative.

Una prima interpretazione sostiene la presenza di dolo generico, dal momento che la finalizzazione del viaggio alla realizzazione dell'attività terroristica in loco esprimerebbe solo una semplice caratteristica del viaggio stesso che deve essere conosciuta dal soggetto agente[45].

Un altro orientamento afferma, invece, che il dolo sarebbe specifico, dal momento che la fattispecie è caratterizzata dalla finalità soggettiva di condurre i partecipanti al viaggio alla realizzazione di condotte con finalità di terrorismo[46].

Si registra, da ultimo, una terza interpretazione che, considerando infelice la sovrapposizione casistica all'interno dell'articolo, differenzia l'elemento soggettivo all'interno delle condotte in esame.

Per la condotta principale di organizzazione, si preferisce la tesi del dolo specifico, poiché la finalizzazione del viaggio risiede nella volontà orientata degli organizzatori, poiché non esistono viaggi che per la loro natura ontologica sono orientata all'attività terroristica. È evidente che in tale condotta la finalità di terrorismo è uno scopo esterno, apprestato dal soggetto agente rispetto alla stretta tipicità dell'elemento oggettivo della condotta del viaggio.

Riguardo le restanti condotte di finanziamento e propaganda di tali

[43] Con riferimento alla necessità che il viaggio debba essere necessariamente effettuato, si veda A. Peccioli, *Punibilità di atti preparatori alla realizzazione di condotte terroristiche: commento alle disposizioni di diritto penale sostanziale del d.l. 18 febbraio 2015 n.7, conv. dalla l.17 aprile 2015 n. 43,* p. 774; Cavaliere, *Considerazioni,* cit., p. 8.

[44] Veneziani, *Commento all'art.600 quinquies c.p.,* cit., pp. 321 ss. Tale autore rileva come nel codice penale spesso si utilizzi il plurale, nonostante sia sufficiente la realizzazione di una singola condotta. Nello stesso senso peccioli, *Punibilità*, cit., pp. 774 ss.

[45] Veneziani, *Commento all'art.600 quinquies c.p.,* cit., p. 324.

[46] In tal senso S. Colaiocco, *Prime osservazioni,* pp. 9 ss.; Cavaliere, *Considerazioni critiche,* cit., p. 8; Peccioli, *Punibilità*, cit., p. 774.

viaggi, esse vengono definite "di secondo livello", poiché presuppongono l'organizzazione preventiva, seppur di massima, del viaggio, non essendo possibile rilevare un finanziamento o una propaganda di un viaggio inesistente, o neppure ipotizzato dagli organizzatori. Lungo questa via interpretativa, è possibile ravvisare un dolo generico, dal momento che è semplicemente richiesto che il soggetto agente conosca e condivida il fine del viaggio e lo scopo terroristico di esso [47].

L'oggetto del dolo specifico richiesto agli organizzatori è quello di permettere che i partecipanti del viaggio possano commettere condotte con finalità di terrorismo. In questo contesto si riapre l'annoso problema della idoneità della condotta sanzionata alla realizzazione degli scopi imposti dal legislatore. A differenza dell'arruolamento, qui l'interpretazione costituzionalmente orientata appare astrattamente perseguibile, dal momento che è possibile richiedere che il viaggio sia strutturalmente adeguato a mettere i partecipanti nella condizione di eseguire attività con finalità di terrorismo[48]. Alcuni elementi di verifica potrebbero essere ad esempio i luoghi di destinazione del viaggio, l'organizzazione in loco predisposta, i soggetti agganciati per il ricevimento a destinazione dei viaggiatori, così da stabilire se il viaggio possa concretamente considerarsi finalizzato alla realizzazione di atti terroristici.

Tale elementi portano ad esame concreto del fatto attraverso una improbabile *probatio diabolica*, al punto tale che ad avviso di un orientamento dottrinale[49], saranno in concreto praticabili solo due ipotesi: la prima è quella di una disapplicazione della norma e il suo relegamento a norma-simbolo di lotta al terrorismo; la seconda è quella della sua applicazione attraverso una sorta di scorciatoia probatoria, per mezzo della quale il giudice si limiterebbe a verificare i luoghi di destinazione del viaggio e le inclinazioni estremiste dei soggetti, per poter dedurre la finalità terroristica.

Ciò che emerge distintamente dalla lettura delle norme incriminatrici descritte è il tentativo del legislatore di punire tutte le condotte che possono agevolare, facilitare, consentire in determinate forme la "messa in opera" dell'attività di combattente – terrorista in zona di guerra.

Come appare tuttavia evidente, per ragioni schiettamente garantiste, a rimanere sullo sfondo della vicenda è proprio il *foreign fighter* stesso, il soggetto radicalizzatosi in occidente la cui descrizione penalistica appare quanto mai complessa per le ragioni esposte in apertura. Il piano politico

[47] Si veda Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale,* cit., p. 357.
[48] Cfr. Caputo, *Tra viaggi e miraggi,* cit., pp. 89 ss.
[49] Sul punto Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale,* cit., pp. 358 ss.

criminale di contenimento del fenomeno si sposta dunque necessariamente sul sistema della prevenzione *ante delictum* che, per sua natura, dovrebbe consentire un maggiore duttilità di intervento. Si noterà, tuttavia, come anche dal punto di vista della prevenzione la difficoltà di intervento in materia è tutt'altro che da sottovalutare[50].

6. *Sistema delle misure di prevenzione: il* foreign fighter *come 'vagabondo del terrore'?*

Nel tratteggiare l'arsenale punitivo con cui l'ordinamento italiano ha risposto alle più recenti forme di terrorismo abbiamo anticipato che un posto di particolare riguardo dovesse essere riservato alle misure di prevenzione. Il succitato decreto antiterrorismo del 2015 ha, in primo luogo, ampliato la fattispecie di cui all'art. 4, comma 1, lett. d) del Codice Antimafia (D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159) per coloro che pongano in essere atti preparatori obbiettivamente rilevanti diretti alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale, ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-*sexies* c.p. con tutte le conseguenze della modifica in termini di applicabilità di misure di prevenzione personali e patrimoniali (in ragione del collegamento attuato dall'art. 16 dello stesso Codice antimafia).

La casistica che si incontra con maggiore diffusione nella pratica riguarda proprio vicende di "radicalizzazione" di soggetti residenti in Italia e che manifestano forme di conversione o particolare fervore verso la religione islamica[51].

In fase di prima applicazione, attingendo alla prassi attraverso la lettura di alcuni decreti applicativi di misure di prevenzione personali emergeva uno scenario in cui il grado di approfondimento della vicenda si limitava al mero sospetto, talvolta alla pura e semplice valutazione "incrociata" della mera appartenenza del soggetto alla religione islamica, con la adesione

[50] Il tema del rapporto tra principi penalistici e misure di prevenzione è stato oggetto del V congresso dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale svoltosi a Milano il 18 e 19 novembre 2016 ed i relativi interventi pubblicati in «RIDPP», giugno 2017, fasc. 2.

[51] Ad es. T. Reggio Emilia, 23 febbraio 2016, decreto di applicazione della misura di prevenzione personale nei confronti di Luca Aleotti; T. Vicenza, 25 gennaio 16, decreto di applicazione della misura di prevenzione personale nei confronti di Luca Aleotti a carico di Suma Arben.

morale, spesso manifestata mezzo social network, alla causa islamista, sotto qualsiasi forma. Ciò che emergeva dunque era che la magistratura compiva una valutazione della pericolosità del reo talvolta su base etnico religiosa e di contesto socio-culturale. A delinearsi era dunque uno scenario alquanto significativo, che meritava di essere qui messo in evidenza in senso fortemente critico.

Il profilo interessante era quello dello slittamento del fuoco di attenzione della misura *ante delictum* verso l'autore, a scapito del fatto, anche solo realizzato in potenza, che rimaneva dunque poco più che una norma simbolo incastonata nel codice penale per mero adempimento di convenzioni internazionale.

Il modello richiamato, operativo nel diritto vivente, era, invece, quello della pericolosità generica, che rimandava al nucleo autentico e primigenio delle misure di prevenzione, quello volto a prevenire le minacce di categorie di soggetti marginali e potenzialmente pericolosi per la società. Il soggetto radicalizzato, potenziale *foreign fighter* o terrorista emergeva dunque come un nuovo tipo d'autore, che veniva attinto da misure di prevenzione senza guardare al reato, ma solo alla sua personalità ed alla sua collocazione all'interno del corpo sociale.

A porre un freno a questa tendenziale genericizzazione dell'applicazione delle misure personali è stata, come noto, è da tempo in atto un *trend* giurisprudenziale correttivo partito dalla sentenza della Corte Edu *De Tommaso* e approdato fino alla pronunzia della Corte cost. n. 25/2019 volto a puntellare il modello incentrato sulla pericolosità generica per le misure personali a parametri sempre più certi, tassativi e determinati al fine di elevare sempre di più lo standard delle garanzie individuali del soggetto.

Con questo recupero oggettivistico operato dalla Corte il sistema sembrerebbe essersi, pertanto, su un punto di equilibrio, tutto sommato, accettabile, che può considerarsi un punto di partenza per un futuro sviluppo fisiologico dei rapporti tra diritto penale e procedimento di prevenzione in materia antiterrorismo.

7. *Conclusioni*

Il tema del diritto penale "al limite", tornando alle considerazioni fatte all'inizio, si ripropone in questa materia con forza non indifferente. Qui infatti si intersecano profili criminologici tradizionali (l'autore solitario, marginale, che colpisce all'improvviso spuntando dalle pieghe della società

capitalista), con le caratteristiche proprie del postmoderno (sradicamento, società liquida, reperimento di informazioni e comunicazione attraverso piattaforme informatiche e *social media* etc.).

Ciò posto, non vi è dubbio, che esse emergono come forte strumento di controllo ed intervento le misure di prevenzione personali. Lungi dal voler mettere in discussione l'efficacia tout court di questi strumenti, occorre tuttavia distanziarsi da ogni tendenza di matrice giustizialista, ed alla *degenerazione* delle misure a forme di controllo sociale oltre modo disancorate dai principi liberali del diritto penale. Da questo puto di vista, il punto di equilibrio da trovare risiede nel ripudio della corsa a farne uno *strumento punitivo alternativo* al diritto penale, teso, più che al controllo preventivo di potenziali sacche di devianza criminale, alla pura e semplice repressione di reati non dimostrabili o non perseguibili, e dunque (come in modo eloquente sintetizzato dallo stesso titolo di questo convegno) semplicemente *sospetti*[52].

Non a caso, abbiamo osservato come vi sia stato un oscillare tra letture soggettivistiche ed oggettivistiche nel giudizio di pericolosità richiesto dal c.d. Codice antimafia, prediligendo talvolta "eterni ritorni" al vecchio modello della pericolosità generica, rispetto all'oggettivizzazione richiesta da dottrina prima e giurisprudenza sovranazionale e costituzionale, poi.

Per cercare di *prevenire* un soggetto a rischio radicalizzazione non si può certo guardare alla possibilità di commettere delitti, ma a indicazioni, sintomi, idonei a captare eventuali sintomi della personalità e del modo di vivere che possono indicare l'avvio di un percorso di radicalizzazione. Sulla base dei provvedimenti di applicazione delle misure di prevenzione per reati di terrorismo già richiamati[53] emerge nella motivazione la ricerca di elementi sintomatici di una virata verso posizioni accese e radicali, a volte anche rozze e becere, dell'Islam, partecipazioni a gruppi sui social network, espressione di apprezzamenti nei confronti di terroristi, e disprezzo verso diverse correnti della religione islamica oppure verso altre confessioni religiose. Si tratta, insomma, di un vaglio puramente rivolto alla personalità del reo, in maniera non dissimile da quanto avveniva per il modello originario, quasi archetipico, delle misure di prevenzione, ossia quello rivolto ai vagabondi ed agli oziosi.

Da queste brevi riflessioni emergono, dunque, alcuni spunti particolarmente significativi rispetto alla tipizzazione penalistica delle nuove

[52] Cfr. M. Catenacci, *Le misure personali di prevenzione fra 'criticità' e 'progetto': per un recupero dell'originaria finalità preventiva* in «RIDPP», 2017, p. 526.
[53] v. *supra* n. 50.

forme di terrorismo:

a) in primo luogo il diritto penale codicistico, di stampo tradizionale e garantistico, non può prendere in considerazioni elementi privi di una materialità tradizionale e, pertanto, si limita ad arrestarsi alla criminalizzazione di condotte prossime al terrorista, condotte di agevolazione, incoraggiamento, della condotta, ma non arriva, per evidenti limiti di stampo garantistico-costituzionale, ad aggredire il vero elemento di allarme sociale: il terrorista.

b) In secondo luogo, anche con riferimento all'arsenale delle misure di prevenzione, la figura del potenziale soggetto pericoloso, in quanto presuntivamente avviato ad un percorso di radicalizzazione che lo porterà ad abbracciare la causa del terrorismo internazionale, si manifesta nella prassi del 'diritto vivente', come un vero e proprio "tipo d'autore" deviante e, genericamente socialmente pericoloso, senza ovviamente riferimenti a reati specifici o alla possibilità che questi li possa commettere.

Come conciliare queste due istanze apparentemente distanti? Esiste uno spazio intermedio, una "camera di decompressione" dove la politica criminale può far dialogare questi settori della *matière pénale*?

Da questo punto di vista, non è proficuo nascondersi eccessivamente dietro la difesa dell'intoccabilità del Codice penale, poiché appare evidente come in questo settore il terreno della prevenzione appaia come quello forse più idoneo a contenere la minaccia connessa alle nuove forme di terrorismo, così strettamente connesse a forme di devianza ipersoggettiva e legata alla personalità dell'autore. In quest'ottica, forme di intervento come le misure di prevenzione rappresentano, non già un abbandono della criminalizzazione garantista, ma un suo spostamento su un piano più strettamente proprio delle misure *ante delictum*, dove, invece, il diritto penale, inteso come fattispecie incriminatrice, opera una funzione di indirizzo, di parametro, per definire la pericolosità di quelle condotte che, come detto, non può essere generica, ma deve necessariamente ancorarsi con forza ad una fattispecie tipica, definita ed offensiva, perlomeno nello stadio del pericolo.

In conclusione, se il diritto penale può apparire dunque in difficoltà di fronte al riemergere di queste figure criminali che spostano bruscamente le "lancette dell'orologio" della politica criminale al periodo del delinquente pericoloso e della società punitiva, non vi è dubbio che un ripensamento del suo ruolo, e del suo rapporto con le misure di prevenzione nell'ottica di un pieno e sentito allineamento in ossequio al principio di tassatività e nel rispetto alle istanze di garanzia del giusto processo, da declinare nei termini della personalizzazione e giurisdizionalizzazione delle misure personali.

Marco Gambardella*

Simul stabunt vel simul cadent.
Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso di ufficio.

Sommario: 1. La riformulazione del sintagma «in violazione di norme di legge». L'esclusione dall'area della tipicità delle «norme di regolamento» – 2. Sviamento di potere e abuso d'ufficio – 3. I rapporti con la seconda condotta tipica: la violazione dell'obbligo di astensione – 4. Le ripercussioni della riformulazione sui rapporti con l'omissione di atti d'ufficio e il peculato – 5. La spinosa questione della revoca delle sentenze di condanna *ex* art. 673 c.p.p. – 6. Lo stretto legame tra abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità amministrativa – 7. La legalità 'sostanziale' e il sindacato sull'uso del potere discrezionale – 8. Riflessioni finali: potrebbe non cambiare nulla?

1. *La riformulazione del sintagma «in violazione di norme di legge». L'esclusione dall'area della tipicità delle «norme di regolamento»*

Con il decreto semplificazioni si è riscritta una porzione del testo dell'art. 323 c.p.: la condotta di abuso non s'impernia più sulla violazione «di norme di legge o di regolamento», bensì sulla violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» (art. 23)[1]. In pratica si è inciso sul sintagma «in violazione di norme di legge o di regolamento», aspetto nevralgico della novella del 1997 (l. n. 234) rispetto al quale da subito si era incentrata l'attenzione degli interpreti e della giurisprudenza di legittimità[2].

* Professore associato di Diritto penale, Sapienza Università di Roma.

[1] Sullo specifico ma interconnesso tema dei reati aventi alla loro base un substrato di illiceità amministrativa, e sul problema relativo alla selezione del versante criminale del fatto, cfr. M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, in «AP», 2, 2020, pp. 1 ss.

[2] Cfr. Cass. Sez. II, 4 dicembre 1997, G. Tosches, in «CP», 1998, p. 2332, con nota di M. Gambardella, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di*

Nella riscrittura della porzione dell'enunciato occorre tenere distinte tre componenti:

(a) la maggior connotazione della previgente condotta di «violazione di norme di legge»;

(b) la soppressione del riferimento alle norme di fonte regolamentare;

(c) l'introduzione dell'inedito (rispetto alla previgente versione) concetto di «atti aventi forza

di legge».

(a) Quanto all'accennato primo dato, la tecnica normativa della rimodulazione del 2020 è dunque imperniata, sotto il profilo logico, nella maggior connotazione della condotta tipica della violazione di norme di legge. Si è così puntualizzato nell'enunciato legislativo che la condotta di abuso deve attenere:

(i) alla violazione di una specifica regola di condotta;

(ii) a regole di condotta espressamente previste dalla legge (o da atti aventi forza di legge);

(iii) a regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità[3].

La nuova descrizione del fatto tipico – tramite la maggior connotazione del sintagma «in violazione di norme di legge» – potrebbe determinare un restringimento dell'area di punibilità del delitto *de quo*, e dunque una parziale *abolitio criminis* (art. 2, co. 2, c.p.). E ciò soprattutto se il termine di relazione è fatto coincidere – come accade in particolar modo nel nostro caso – con il diritto vivente: dall'incriminazione quale fatta vivere dalla giurisprudenza

abuso d'ufficio (art. 323 c.p.). In dottrina, ampia è l'analisi di tale condotta di abuso: cfr. M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Commentario sistematico*, Giuffrè, Milano 2019, pp. 354 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale,* vol. I, Giuffrè, Milano 2008, pp. 281 ss.; A. Vallini, *L'abuso di ufficio,* in *Delitti contro la pubblica amministrazione,* a cura di F. Palazzo, ESI, Napoli 2011, pp. 291 ss.; Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 276 ss.; G. Ruggiero, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, Giuffrè, Milano 2015, pp. 357 ss.; C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano e A. Marandola, UTET, Torino 2020, pp. 278 ss.; A. Merlo, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 273 ss.; S. Massi, *Parametri formali e «violazione di legge» nell'abuso d'ufficio,* in «AP», 1, 2019; G. Di Vetta, *L'abuso d'ufficio: cronaca di un 'ritorno'*, in «Criminalia», 2016, pp. 399 ss. Per un quadro riassuntivo delle posizioni, Gambardella, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da G. Lattanzi, E. Lupo, vol. IV, Giuffrè, Milano 2015, pp. 598 ss.

[3] Cfr. G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo "salvo intese" (e la riserva di legge)*, in «SP», 17 luglio 2020, pp. 5 ss.

della Corte di Cassazione. E in tal senso si è orientata la prima giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442/2021).

La questione centrale della riscrittura della prima condotta tipica abusiva è sicuramente quella di verificare se vi è stata l'esclusione dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione dal campo applicativo della figura di reato. Con la conseguenza di ritenere che solo l'attività vincolata della pubblica amministrazione continui a rilevare nella fattispecie, mentre tutto il blocco dell'attività discrezionale sia stato espunto dalla nuova formulazione dell'incriminazione[4].

E se l'attività discrezionale non rilevasse più ai fini dell'integrazione dell'abuso d'ufficio, verrebbe escluso anche il sindacato del giudice penale sull'eccesso o sviamento di potere: in quanto – come è noto – soltanto se l'attività amministrativa è di natura discrezionale può ricorrere il vizio di eccesso di potere[5].

A tal fine, bisogna stabilire quale significato vada ascritto alla porzione finale del sintagma: specifiche regole di condotta legali e dalle quali «non residuino margini di discrezionalità».

La formula legislativa appare semanticamente ambigua, perché espressa in forma negativa.

Stando al possibile significato letterale (come insieme di segni linguistici), parrebbe trattarsi di una norma che attiene all'esercizio di una attività non discrezionale della pubblica amministrazione. Discrezionalità qui intesa nella relazione tra la l'attività pubblica e la legge: quest'ultima attribuisce al pubblico agente la facoltà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato.

Si è accennato però che il sintagma in esame è ambiguo sul piano semantico, perché formulato in negativo. Tale 'infelice' tecnica normativa potrebbe avere una spiegazione. Probabilmente l'enunciato rinviene la sua matrice, e la sua logica attinente alla 'separazione dei poteri', nell'art. 31, co. 3, cod. proc. amm. («azione avverso il silenzio»).

Tuttavia, se la formula normativa per un verso, appare ripresa

[4] Cfr. A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in «LP», 23 ottobre 2020, pp. 1 ss.; M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in «DPP», 10 agosto 2020, pp. 1 ss., secondo cui la ristrutturazione dell'art. 323 c.p. finisce per concentrarsi esclusivamente sul 'disvalore d'azione', trascurando il 'disvalore d'evento' (vantaggio o danno) che, legato al primo da 'causalità normativa', rende il *Tatbestand* descrittivo di un programma epistemologicamente verificabile.

[5] Cfr. V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 696 ss.

dall'art. 31, co. 3, cod. proc. amm. in tema di azione avverso il silenzio inadempimento della pubblica amministrazione; per altro verso, è mutuata dalla disposizione citata solo in modo parziale, generando un forte tasso di incertezza ermeneutica.

Invero, ai sensi del comma 3 dell'art. 31 cod. proc. amm., in relazione alla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, il giudice può pronunciarsi solo quando «si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità».

Qui il legislatore non solo le accosta, ma sembrerebbe inoltre distinguere tra attività vincolata e attività priva di margini di discrezionalità. Risultando così l'enunciato del codice del processo amministrativo, sul piano semantico, privo dell'ambiguità presente invece nel testo del nuovo abuso d'ufficio.

In definitiva, sembra proprio che il legislatore del 2020, per riformare l'abuso d'ufficio, abbia attinto alla elaborazione in materia di silenzio inadempimento e al suo collegamento con la teorica della separazione dei poteri. Infatti, in tale ambito, il giudice può tradizionalmente conoscere della fondatezza dell'istanza in tema di silenzio adempimento soltanto con riferimento agli atti vincolati e dovuti. Mentre, si esclude la possibilità per lo stesso di valutare la fondatezza dell'istanza in presenza di una attività discrezionale 'pura'. Altrimenti, il giudice si sostituirebbe all'attività riservata alla sfera della pubblica amministrazione.

La nuova formulazione sembrerebbe escludere dall'area del penalmente rilevante anche quella particolare forma di discrezionalità c.d. tecnica[6].

Nella discrezionalità tecnica si esaminano fatti o situazioni rilevanti per l'esercizio del potere pubblico (necessità del profilo del 'giudizio'), ma non vi è poi una scelta collegata a un bilanciamento di interessi (mancanza del profilo della 'scelta'). Anche con riferimento alla riforma dell'abuso d'ufficio, nonostante la peculiarità di tale modello di discrezionalità, occorre mettere in luce la netta linea di demarcazione tra discrezionalità e discrezionalità tecnica, da una parte, e vincolatività dell'attività amministrativa, dall'altra. Confine reso altresì palese dall'art. 21 *octies* cod. proc. amm., che dispone la non annullabilità del provvedimento avente natura vincolata.

In conclusione, il legislatore del 2020 letteralmente sembrerebbe voler dire che deve trattarsi di una regola 'legale', che attiene alla c.d. attività vincolata della P.A. Nell'esercizio del suo potere, all'agente pubblico non sarebbe perciò lasciato alcun margine di apprezzamento, predeterminando la regola, in tutti i suoi aspetti, le modalità di azione della pubblica

[6] Al riguardo, cfr. P. Virga, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, vol. II, Giuffrè, Milano 1987, pp. 6 ss.

amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico[7].

Se così fosse, sarebbero importanti gli esiti, dal punto di vista intertemporale, per le condotte escluse – a seguito del ritaglio del legislatore del 2020 – dall'area incriminatrice dell'abuso d'ufficio, e non rilevanti in base a qualche altra incriminazione ('omogenea strutturalmente') che potrebbe riespandere il suo ambito applicativo.

Per quanto concerne i profili processuali dell'*abolitio criminis*, in particolare, occorrerà distinguere tra due possibili momenti temporali di produzione del fenomeno abolitivo: nel corso di un procedimento penale, ovvero dopo la sua conclusione in presenza di una sentenza di condanna irrevocabile.

Nella prima ipotesi, i provvedimenti del giudice variano a seconda della fase processuale, pur essendo utilizzabile la medesima formula (ovverosia il fatto non è previsto dalla legge come reato): provvedimento di archiviazione *ex* art. 411 c.p.p. nelle indagini preliminari; sentenza di immediato proscioglimento di ufficio *ex* art. 129 c.p.p. in ogni stato e grado del processo; sentenza di annullamento senza rinvio con contestuale proscioglimento in Cassazione in virtù del combinato disposto degli artt. 129 e 620 lett. a) c.p.p.; infine sentenza di non luogo a procedere *ex* art. 425 c.p.p. o sentenza di assoluzione *ex* art. 530 c.p.p. qualora ci si avveda dell'avvenuta *abolitio criminis* durante la fase deliberativa dell'udienza preliminare o del giudizio di primo e secondo grado.

Nella seconda ipotesi, al cospetto di una condanna irrevocabile è invece necessaria la revoca della stessa da parte del giudice dell'esecuzione *ex* art. 673 c.p.p.

(b) Riguardo alla seconda componente della riscrittura, relativa all'amputazione nell'enunciato legislativo del riferimento alla violazione di norme di 'regolamento', essa sottrae all'area di tipicità una intera classe di fattispecie; e quindi in tale ambito sembrerebbe prodursi realmente un fenomeno di parziale abolizione dell'incriminazione (art. 2, co. 2, c.p.).

Ebbene, non v'è dubbio che la porzione normativa concernente la violazione di norme di regolamento, in quanto oggetto di una riperimetrazione dai confini abbastanza 'netti', risulta foriera di meno problemi – sul piano intertemporale – rispetto alla rimodulazione del sintagma «in violazione di norme di legge».

Certamente, si tratta di una tipologia di condotta che nel passato ha generato forti incertezze applicative. Invero, il concetto di 'regolamento' è di difficile definizione, poiché i vari tipi di regolamenti presentano un carattere

[7] Cfr. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 632 ss.; F. Caringella, *Compendio di diritto amministrativo*, Dike, Roma 2020, pp. 119 ss.

altamente eterogeneo. Oltretutto, un gran numero di provvedimenti che rivestono natura regolamentare propongono nomi diversi: ordinanze, decreti, bandi, istruzioni, ecc.[8]

Il termine 'regolamento' denotava – nella versione 1997 dell'art. 323 c.p. – senz'altro sia gli atti normativi generali e astratti emanati dal governo o da singoli ministri, ai sensi della l. 23 agosto 1988, n. 400, sia quelli adottati nell'esercizio della potestà regolamentare dalle province o comuni[9].

Nel primo commento alla modifica dell'abuso d'ufficio, si è prospettata la possibile irragionevolezza dell'esclusione delle norme di fonte regolamentare dall'area di tipicità dell'incriminazione[10].

Parrebbe nondimeno una scelta di politica criminale del legislatore non sindacabile dalla Corte costituzionale. Oltretutto è un ritaglio che ha effetti favorevoli (abolitivi), e soggiace quindi ai limiti imposti al controllo di costituzionalità delle c.d. norme penali di favore, trattandosi di pronunce del Giudice delle leggi da cui derivano effetti o modifiche sfavorevoli nel sistema penale.

(c) Una funzione del tutto opposta potrebbe avere invece l'aggiunta – nell'enunciato legislativo – del riferimento agli «atti aventi forza di legge».

Qui l'arricchimento del testo genera invece la questione di stabilire se vi è di conseguenza qualche nuova classe di fattispecie, e dunque se siamo difronte al concetto di 'nuova incriminazione' di cui all'art. 2, co. 1, c.p.

In realtà non vi è una porzione nuova di incriminazione: il riferimento agli atti era già ricompreso nell'ampio concetto di norma di legge di cui alla versione del 1997 dell'art. 323 c.p., e pertanto l'esplicitazione nel testo dell'abuso d'ufficio dell'elemento dell'atto avente forza di legge è senza conseguenza dal punto di vista intertemporale.

La 'forza di legge' indica le conseguenze: le più importanti sono il sindacato della Corte costituzionale (sugli atti aventi forza di legge) e la gerarchia (subordinate alle norme costituzionali e capacità di abrogare/modificare atti con forza di legge precedenti)[11].

[8] V. in tal senso Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 361; T. Padovani, *Commento alla modifica dell'art. 323 c.p.*, in «LP», 1997, pp. 744 ss.; C. Benussi, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Cedam, Padova 1998, pp. 76 ss.

[9] Cfr. Cass. Sez. VI, 24 aprile 2001, in «CP», 2002, p. 1009; Cass. Sez. VI, 16 ottobre 2012, n. 43476, in CED, n. 253793.

[10] Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., pp. 5 ss.

[11] Cfr. L. Paladin, *Diritto costituziona*le, Cedam, Padova 1998, pp. 137 ss.; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 106 ss.

2. *Sviamento di potere e abuso d'ufficio*

Occorre ora interrogarsi più a fondo su che cosa – a seguito della riscrittura del 2020 della porzione relativa alla violazione di norme di legge – resti escluso dall'area di applicazione della norma incriminatrice[12].

Quali classi di fattispecie, e di conseguenza quali vicende concrete, entrano nel campo della parziale *abolitio criminis* dell'abuso d'ufficio?

Una prima risposta relativa alla domanda se, dalla maggior connotazione della prima condotta tipica dell'art. 323 c.p., derivi una minor denotazione del campo applicativo dell'incriminazione, può essere fornita prendendo come riferimento le acquisizioni giurisprudenziali degli ultimi anni, con particolare riguardo alla rilevanza del vizio di 'sviamento di potere' nel fatto tipico dell'art. 323 c.p., nonché della violazione dell'art. 97 Cost.

E questo perché la rinnovata descrizione della prima condotta abusiva – come accennato – potrebbe escludere dal perimetro dell'incriminazione la violazione di norme concernenti l'attività discrezionale della P.A. e di norme che non si riferiscono ad un preciso comportamento dell'agente pubblico come le norme costituzionali di principio.

A tal fine, per una proficua lettura della giurisprudenza sull'abuso d'ufficio (versione 1997) in chiave intertemporale, va tenuto presente quanto segue:

(i) in primo luogo, che una regola di condotta priva di discrezionalità non può essere affetta da uno sviamento di potere, essendo quest'ultimo un vizio di legittimità collegato necessariamente all'esercizio di una attività discrezionale;

(ii) in secondo luogo, che l'art. 97 Cost., in quanto norma costituzionale, potrebbe – secondo un certo indirizzo – non essere riconducibile al concetto di legge (o a quello di atti aventi forza di legge);

(iii) infine, la presenza di un accesso dibattito (in dottrina e giurisprudenza) riguardo all'art. 97 Cost.: se esso costituisca una precisa regola di comportamento di immediata applicazione, ovvero una norma di principio che non abbia carattere precettivo ed abbia un valore meramente programmatico.

[12] Ad avviso di ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, in «il Penalista», 28 luglio 2020, pp. 5 ss., la nuova versione dell'abuso d'ufficio restringe notevolmente la sfera di intervento della legge penale sull'azione amministrativa. Invero, se l'agente pubblico esercita un potere discrezionale, non dovrebbe essere possibile farne derivare una responsabilità penale, almeno per il delitto di cui all'art. 323 c.p.

E veniamo adesso al banco di prova rappresentato dagli orientamenti giurisprudenziali concernenti l'abuso d'ufficio in tema di eccesso (sviamento) di potere e sull'art. 97 Cost.[13].

Un primo orientamento – formatosi all'indomani della riforma del 1997, sulla scorta del disegno legislativo – ha postulato il necessario collegamento tra la potestà giudiziaria di sindacato e l'individuazione di una violazione di legge quale vizio di legittimità amministrativa, con l'esclusione dunque dell'eccesso di potere (e dell'incompetenza). Si è affermato così che nell'attuale configurazione dell'abuso d'ufficio si continua ad assegnare rilevanza alla partizione dei tradizionali vizi dell'atto amministrativo, ma ai fini della condotta di abuso viene in considerazione soltanto il vizio di violazione di legge. E pertanto riguardo all'art. 323 c.p., nella formulazione introdotta nel 1997, va escluso che il reato possa realizzarsi con l'adozione di un provvedimento amministrativo affetto da vizi di legittimità diversi da quelli tassativamente indicati dalla norma, quale l'eccesso di potere[14]. Per tale orientamento deve ritenersi espunta dall'area della rilevanza penale ogni ipotesi di abuso di poteri o di funzioni non concretatesi nella formale violazione di norme legislative o regolamentari (o del dovere di astensione), negandosi così al giudice penale la possibilità di invadere l'ambito della discrezionalità amministrativa che il legislatore ha stimato, anche per esigenze di certezza del precetto penale, di sottrarre a tale sindacato[15].

Ad avviso poi di un ulteriore indirizzo giurisprudenziale, il requisito della violazione di norme di legge non può essere integrato dall'inosservanza delle norme di principio poste dall'art. 97 Cost[16].

[13] Di recente si è osservato come «l'art. 97 Cost. funzionava come una norma penale in bianco aggiunta all'art. 323 c.p.: chiunque vìola l'art. 97 Cost. per favorire ingiustamente sé o un terzo sul piano patrimoniale o per danneggiarlo, commette abuso d'ufficio. Il contenuto dell'art. 97 poteva così essere definito anche con norme di *soft law*. Si punivano atti immorali o dannosi, ma non era l'atto tipico (es. l'aver danneggiato o favorito un terzo in violazione di determinate regole) che rendeva conoscibile l'illecito penale: era la violazione di altre regole extrapenali note che potevano indiziare quella conoscenza» (Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., pp. 18 ss.).

[14] In questo senso M. Leoni, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Cedam, Padova 1998, pp. 35 ss.; G. Della Monica, *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere,* in *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa,* a cura di A.A. Dalia, M. Ferraioli, Giuffrè, Milano 1997, pp. 70 ss.; Benussi, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., pp. 90 ss.

[15] Cass. Sez. II, 29 aprile 2004, n. 37515, in CED n. 229715; e più di recente Cass. Sez. V, 13 novembre 2019, n. 49485, *ivi*, n. 278042-02.

[16] In dottrina v. sul punto A. Carmona, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale,* in «CP», 1998, p. 1843; A. Di Martino, *Abuso d'ufficio,* in *Reati contro la pubblica amministrazione,* a cura di A. Bondi, A. Di Martino, G. Fornasari, Giappichelli,

Tale disposizione, infatti, non ha carattere precettivo ed ha valore meramente programmatico, cosicché tali principi, per il carattere generale che li distingue, non sono idonei a costituire oggetto della violazione che può dar luogo alla integrazione del reato previsto dall'art. 323 c.p.

Quest'ultimo orientamento trova la sua origine nella già menzionata prima fondamentale decisione «Tosches» resa dalla Suprema Corte in tema di riformulazione dell'abuso d'ufficio *ex* l. n. 234/1997. Nella pronuncia si è osservato che la violazione di legge può integrare l'elemento richiesto dall'art. 323 c.p. soltanto se la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale dell'agente pubblico: risultano pertanto irrilevanti le violazioni di alcune norme a carattere meramente procedimentale ovvero le violazioni di norme di principio, come quella prevista dall'art. 97 Cost. sul buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, che peraltro appare di carattere organizzativo e non sembra prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti. Una diversa interpretazione della disposizione, per la Corte, finirebbe per esporla a dubbi di costituzionalità, per violazione dell'art. 25, co. 2, Cost., con riferimento alla indeterminatezza della fattispecie incriminatrice[17].

Un diverso indirizzo ha tentato invece di recuperare lo schema dell'eccesso di potere nella configurazione del delitto di abuso d'ufficio, facendo leva sull'uso dei principi costituzionali che governano l'azione della pubblica amministrazione e in particolare sull'art. 97, co. 2, Cost. Si è in tal senso asserito che, ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 323 c.p., può trovare applicazione anche l'art. 97 Cost., per il quale i pubblici uffici devono essere organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione[18]. L'imparzialità dell'azione amministrativa può

Torino 2008, pp. 255 ss. Ad avviso di quest'ultimo, l'art. 97 Cost. non è norma idonea ad integrare il precetto penale; diversamente risulterebbe violato il principio di tassatività a causa della genericità del parametro.

[17] Cfr. Cass. Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, *cit*. Nello stesso senso, Cass. Sez. VI, 11 ottobre 2005, n. 12769, in CED n. 233730.

[18] Nel senso di ritenere che tra le disposizioni da osservare ci sia certamente la Costituzione e, segnatamente, l'art. 97 Cost. v. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale,* vol. I*, cit.*, pp. 283 ss.; Id., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in «DPP», 1999, p. 108; P. Pittaro, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in *Le nuove leggi penali*, a cura di G.M. Baccari, S. Camaioni *et al.*, Cedam, Padova 1998, pp. 23 ss.; C.F. Grosso, *Condotte ed eventi del delitto di abuso d'ufficio*, in «FI», 1999, vol. V, c. 334; Gambardella, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.),* cit., p. 2341.

costituire allora parametro di riferimento per il reato di abuso d'ufficio[19]. Invero, l'imparzialità amministrativa, intesa come divieto di favoritismi e dunque obbligo di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura, ha i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone all'agente pubblico una vera e propria regola di comportamento di immediata applicazione[20].

Oggi sembra prevalere l'ulteriore orientamento che riconduce all'interno del requisito della violazione di legge il vizio del c.d. sviamento di potere, e dunque perpetua lo stretto legame fra abuso d'ufficio ed eccesso di potere, nel senso che resta attribuito al giudice penale, anche dopo la novella del 1997, il sindacato sulla discrezionalità amministrativa per mezzo dello strumento più penetrante a disposizione dell'autorità giudiziaria, costituito appunto dall'eccesso di potere[21].

È vero, tuttavia, che la giurisprudenza di legittimità quasi mai nomina questo vizio di legittimità, ma si riferisce alla nozione di sviamento di potere. Ma è pur vero che lo sviamento di potere è il nucleo fondamentale del vizio di eccesso di potere; sviamento di potere che rinviene la sua matrice francese nel *détournament de pouvoir* come vizio dell'atto amministrativo attraverso cui la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese cominciò, dopo la metà dell'Ottocento, ad ammettere un parziale controllo giudiziale dell'*acte discretionnaire*[22].

Secondo questo filone giurisprudenziale, si ha violazione di legge, rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., allorché l'atto dell'ufficio sia stato posto in essere per scopi esclusivamente personali, poiché in tale ipotesi sono violate le norme di legge che attribuiscono il relativo potere al pubblico agente. I poteri di quest'ultimo sono collegati a una funzione, e dunque sono esercitabili solo in vista del perseguimento di uno scopo pubblico, che del potere stesso costituisce la condizione intrinseca di legalità. È pertanto integrato l'elemento costitutivo della violazione di legge, non solo quando la

[19] Cfr. A. Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio,* Giappichelli, Torino 2002, pp. 5 ss., il quale ripercorre analiticamente i diversi orientamenti sul possibile impiego dell'art. 97 Cost. come parametro di valutazione della tipicità delle condotte abusive.

[20] Cass. Sez. VI, 26 giugno 2013, n. 34086, in CED n. 257036-01; Cass. Sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 12370, *ivi*, n. 256003-01; Cass. Sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, *ivi,* n. 263933-01; Cass. Sez. VI, 12 giugno 2018, n. 49549, *ivi*, n. 274225-01.

[21] Si vedano le sferzanti critiche di Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in «Giurisprudenza penale web», 2020, 7-8, p. 7 ss., secondo cui l'asimmetria logica della formulazione versione 1997 ha finito con il determinare una vera e propria 'riconversione ermeneutica' sfociata in una sostanziale 'riscrittura' del testo legislativo da parte della giurisprudenza, il cui ambito viene ricondotto alle origini.

[22] Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano 1988, pp. 484 ss.

condotta sia svolta in contrasto con le forme, le procedure, i requisiti previsti dall'ordinamento, ma anche quando essa non sia conformata al presupposto da cui trae origine il potere, caratterizzato dal vincolo di tipicità e di stretta legalità funzionale. Derivandone che il potere esercitato per un fine diverso da quello stabilito dalla legge, e quindi per uno scopo personale o egoistico o comunque estraneo alla pubblica amministrazione, si pone fuori dallo schema di legalità e rappresenta uno 'sviamento' produttivo di una lesione dell'interesse tutelato dal delitto di abuso d'ufficio[23].

Questa prospettiva che, in relazione al delitto di abuso di ufficio, assegna al giudice penale un ampio potere di controllo sull'uso della discrezionalità amministrativa nell'azione degli agenti pubblici, come accennato, è stata accolta dalla Suprema Corte nel suo massimo consesso. Ad avviso delle Sezioni unite «Rossi» del 2011, va infatti ritenuto rilevante, ai fini della violazione di legge, che l'atto di ufficio non sia stato emanato nel rispetto delle norme di legge che regolano un'attività ovvero che attribuiscono al pubblico ufficiale il 'potere' di compierla. Per qualsiasi pubblica funzione autoritativa, in tanto può parlarsi di esercizio legittimo in quanto tale esercizio sia diretto a realizzare lo scopo pubblico in funzione del quale è attribuita la potestà, che del potere costituisce la condizione intrinseca di legalità[24].

Si ha pertanto violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 c.p., non solo quando la condotta di un pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito. Anche in questa ipotesi si realizza un vizio della funzione legale, che è denominato sviamento di potere e che integra violazione di legge perché sta a significare che la potestà non è stata esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione[25].

Nel senso delle Sezioni unite 'Rossi', si è orientata in netta prevalenza la successiva giurisprudenza di legittimità. Pertanto, la viol azione di legge rilevante ai fini dell'integrazione dell›art. 323 c.p. riguarda non solo la condotta del pubblico ufficiale in contrasto con le norme che

[23] Cfr. Cass. Sez. VI, 5 luglio 2001, n. 35597, in CED n. 250779; Cass. Sez. VI, 11 marzo 2005, n. 12196, *ivi*, n. 231194; Cass. Sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965, *ivi*, n. 235277; Cass. Sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402, *ivi*, n. 245287; Cass. Sez. V, 16 giugno 2010, n. 35501, *ivi*, n. 248496.

[24] Cass. SU, 29 settembre 2011, Rossi, n. 155, in «CP» 2012, p. 2410.

[25] Cass. SU., 29 settembre 2011, Rossi, n. 155, *cit.*

regolano l›esercizio del potere, ma anche le condotte che siano dirette alla realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito, ponendo in essere un vero e proprio sviamento della funzione[26]. Inoltre, sussiste la violazione di legge non solo quando la condotta dell'agente pubblico sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse contrastante con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione[27].

Al riguardo appare interessante tracciare un parallelo con i «delitti di corruzione», nei casi in cui oggetto del mercimonio sia l'attività amministrativa discrezionale. Il tema dei rapporti tra esercizio della discrezionalità amministrativa e corruzione è venuto prepotentemente alla ribalta nella vicenda di «Mafia Capitale». La Corte di Cassazione, nella decisione che ha chiuso l'importante e mediatico caso, è tornata infatti ad approfondire il tema dell'atto discrezionale, per stabilire se e quando esso integri la più grave corruzione propria (art. 319 c.p.) ovvero la corruzione funzionale (art. 318 c.p.). Per la Corte non v'è dubbio che vi sia corruzione propria (beninteso in presenza di tutti gli altri elementi costituivi) allorché l'atto discrezionale e il comportamento sottostante siano contrari ai doveri di ufficio, e ciò avviene nei casi in cui siano state violate le regole sull'esercizio del potere discrezionale o ne siano stati alterati i fondamentali canoni di esercizio in vantaggio del privato[28].

Ora, muovendo dalla casistica giurisprudenziale degli ultimi anni, è possibile ipotizzare che alcune vicende concrete, con la riforma del 2020, non potranno essere più sussunte sotto l'abuso d'ufficio. E ciò sicuramente se prevarrà una interpretazione letterale della riformulazione della figura di reato, nonché basata sulla volontà storica del legislatore desumibile dalle sbandierate ragioni della riforma da parte della Presidenza del Consiglio. Ossia una interpretazione secondo cui integrano un frammento della norma di abuso d'ufficio solo le violazioni di specifiche regole di condotta di fonte legale e non più quelle di fonte regolamentare e deve inoltre trattarsi di regole dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

Si pensi alla fattispecie, sussunta sotto lo sviamento di potere, in

[26] Cass. Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, in CED n. 273099-01; Cass. Sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, *ivi*, n. 264279-01.

[27] Cass. Sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, in CED n. 263932.

[28] Cass. Sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125/2020, pp. 128 ss. (motivazione).

cui un carabiniere aveva imposto a delle cittadine extracomunitarie l'obbligo di esibizione dei documenti di soggiorno, ingiungendo loro di attendere l'arrivo della pattuglia dei carabinieri esclusivamente per finalità ritorsive e vessatorie[29].

Altro caso è quello del demansionamento di un dipendente comunale attuato con intento discriminatorio o ritorsivo: si è ritenuto che tale condotta determina l'inosservanza dei doveri di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost.[30].

Si pensi ancora alla fattispecie – ricondotta allo sviamento della funzione – in cui il sindaco di un Comune aveva disposto la revoca dell'incarico dirigenziale ricoperto da un dipendente candidatosi in una lista contrapposta, apparentemente giustificando tale scelta con esigenze di contenimento della spesa senza che, tuttavia, fosse stata previamente deliberata una diversa organizzazione degli uffici[31].

Si prenda in considerazione altresì la fattispecie riguardante dei docenti universitari che hanno favorito illecitamente alcuni candidati, preventivamente individuati, nell'assegnazione di borse di studio, ricondotta alla inosservanza dei doveri funzionali del pubblico dipendente *ex* art. 13 d.P.R. n. 3 del 1957, norma generica e con ampi spazi di discrezionalità[32].

Ulteriore esempio è quello relativo a una fattispecie in tema di adozione di provvedimenti finalizzati a svuotare di mansioni l'attività del responsabile del Servizio Lavori Pubblici di un Comune, quale ritorsione per l'adozione di provvedimenti contrari agli interessi personali del Sindaco. Provvedimenti ritenuti in violazione dell'art. 97 Cost., in quanto inosservanti del dovere per il pubblico funzionario di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi o arrecare danni ingiusti[33].

3. *I rapporti con la seconda condotta tipica: la violazione dell'obbligo di astensione*

Occorre adesso esaminare la relazione della prima (riformulata) condotta tipica della «violazione di specifiche regole di condotta legali non

[29] Cass. Sez. VI, 5 luglio 2001, n. 35597, cit.
[30] Cass. Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871, in CED n. 275985.
[31] Cass. Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, in CED n. 273099.
[32] Cass. Sez. VI, 5 giugno 2018, n. 38546, in CED n. 273794.
[33] Cass. Sez. VI, 12 giugno 2014, n. 38357, in CED n. 260472.

discrezionali» con la seconda modalità di integrazione dell'abuso d'ufficio, incentrata invece su una situazione di 'conflitto di interessi'. Si tratta quest'ultima di una fattispecie non toccata dalla novella del 2020, ed erede dell'abrogata figura nel 1990 dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.): ipotesi criminosa che sembrerebbe a seguito della riforma del 2020, in sostanza, 'tornata in vita'[34].

La condotta tipica consiste qui nella violazione di un obbligo di astensione: l'agente pubblico omette di astenersi «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti»[35]. Anche questa condotta tipica, per configurarsi il delitto di cui all'art. 323 c.p., deve procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o arrecare un danno ingiusto[36].

Ebbene, la sottofattispecie di abuso, imperniata sulla prevenzione del conflitto d'interessi in capo all'agente pubblico – pur se sul piano sintattico affetta da un alto tasso di ambiguità: «altri casi prescritti» a che cosa si riferisce? – è stata oggetto di una univoca lettura (almeno) nella giurisprudenza di legittimità. Essa, secondo quanto più volte affermato dalla Suprema Corte, opererebbe a prescindere da una violazione di una specifica regola di condotta contemplata esplicitamente da una legge[37]. Non è necessario così individuare una violazione di legge (o di regolamento) perché possa reputarsi sussistente l'elemento materiale del delitto *de quo*[38].

In giurisprudenza, si è infatti ritenuto che con la fattispecie in questione si è introdotto, in via diretta e generale, un dovere di astensione per i pubblici agenti che si trovino in una situazione di conflitto di interessi, con la conseguenza che l'inosservanza del dovere di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto integra il reato anche se manchi, per il procedimento ove l'agente è chiamato ad operare, una specifica disciplina dell'astensione, o ve ne sia una che riguardi un numero

[34] In tal senso, con argomenti ineccepibili, Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 11 ss.

[35] Cfr. Vallini, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione,* cit., pp. 301 ss.; Ruggiero, *Abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 369 ss.

[36] Cfr. Cass. Sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 1205, in CED, n. 278723.

[37] Ad avviso di una diversa (e minoritaria in dottrina) opzione ermeneutica, sarebbero rilevanti unicamente le inosservanze degli obblighi di astensione espressamente previsti da una legge (o da un regolamento) cfr. Benussi, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, cit., pp. 128 ss. Per un riepilogo delle posizioni in proposito, cfr. Gambardella, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., pp. 620 ss.

[38] Cass. Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 26702, in CED n. 225490. In dottrina, in tal senso ad es. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 366 ss.

più ridotto di ipotesi o che sia priva di carattere cogente[39].

A seguito della riscrittura della sottofattispecie della violazione di norme di legge, pare essersi venuto a creare un profondo solco tra le due condotte tipiche: la situazione di conflitto di interessi è rilevante come abuso d'ufficio anche quando faccia difetto una specifica disciplina dell'astensione, nel senso che quest'ultima non trovi la sua fonte in una norma di legge; mentre la prima condotta tipica pare esigere una specifica regola di condotta di espressa fonte legale.

Qualora la giurisprudenza si orientasse per una lettura della prima condotta tipica nel senso di ricomprendere in quest'ultima soltanto le violazioni connesse all'attività vincolata della pubblica amministrazione, non è da escludersi che la stessa giurisprudenza potrebbe per altro verso far rientrare, nella seconda condotta tipica relativa alla violazione dell'obbligo di astensione, sia alcuni casi di eccesso di potere nello svolgimento dell'attività discrezionale sia le violazioni di norme di fonte regolamentare[40]. Anche perché la giurisprudenza sulla formulazione del 2020 ha asserito che la novella non riguarda la condotta di abuso che si realizza mediante la violazione dell'obbligo di astensione (cfr. Cass. Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 7007, in CED n. 281158).

In particolare, si è osservato come il dovere di astensione nella situazione di conflitto di interessi per l'agente pubblico riguardi atti o attività che devono necessariamente essere discrezionali, in quanto se venisse in rilievo una condotta vincolata l'obbligo risulterebbe insensato. Cosicché, in effetti il legislatore avrebbe ripristinato, letteralmente resuscitato, l'abrogato delitto di interesse privato in atti d'ufficio, consentendo in tal modo al magistrato di esaminare la discrezionalità amministrativa nei casi in cui ricorre un interesse 'proprio' dell'agente pubblico o di un suo congiunto o un altro caso di astensione[41].

[39] Cfr. Cass. Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 14457, in CED n. 255324; Cass. Sez. VI, 19 ottobre 2004, n. 7992/2005, *ivi*, n. 231477.

[40] In tal senso, v. altresì Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., pp. 9 ss.

[41] Così Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 10 ss., secondo cui tale curiosa configurazione giustifica l'attributo denotativo di 'ircocervo normativo' (l'animale 'favoloso' che partecipa della natura del capro e del cervo, metafora delle cose assurde o inesistenti).

4. *Le ripercussioni della riformulazione sui rapporti con l'omissione di atti d'ufficio e il peculato*

Nell'originaria configurazione del 1930, essendo una fattispecie di abuso 'innominato' di ufficio, l'art. 323 c.p. aveva un esiguo ambito applicativo: puniva infatti soltanto quei casi nei quali l'abuso d'ufficio non era «preveduto come reato da una particolare disposizione di legge».

Con la riforma del 1990 (l. n. 86/90), nell'art. 323 c.p. confluirono non solo parte delle ipotesi precedentemente punite (dalle espressamente abrogate) fattispecie di interesse privato (art. 324 c.p.) e peculato per distrazione (art. 314 c.p.), ma inoltre la trasformazione della clausola di sussidiarietà in clausola di sussidiarietà limitata – «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato» – determinò che alcune omissioni di atti di ufficio, in presenza degli altri requisiti, venissero ad integrare il delitto in questione[42].

L'abuso d'ufficio, dopo la novella del '97, può essere realizzato anche in forma omissiva, come affermato più volte dalla giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni. Si è ritenuto così che la fattispecie oggettiva del delitto di abuso d'ufficio può essere integrata anche da una condotta omissiva, purché si tratti del mancato esercizio di un potere esplicitamente attribuito all'agente pubblico da una norma di legge o regolamentare[43].

Quanto ai rapporti dell'abuso d'ufficio con i delitti di rifiuto e omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), allorché il reato di cui all'art. 323 c.p. è posto in essere attraverso una condotta omissiva, la giurisprudenza ritiene che comunque i delitti di rifiuto o omissione di atti d'ufficio restino in tal caso assorbiti, per effetto della clausola di riserva contenuta nell'*incipit* dell'art. 323 c.p. in quanto quest'ultimo reato più grave[44]. Infatti, allorché l'agente pubblico con la condotta abusiva abbia intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale o danno e, al tempo stesso, integrato gli estremi di altro reato meno grave, la clausola di riserva preclude in radice (prescindendo da un rapporto di specialità fra le incriminazioni *ex* art. 15 c.p.) il concorso formale eterogeneo, dandosi luogo ad una vicenda di concorso apparente di norme incriminatrici.

[42] Vedi ad es. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 350 ss.; Gambardella, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., pp. 594 ss.

[43] Cfr. Cass. Sez. VI, 9 novembre 2010, n. 41697, in CED n. 248822; Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, *ivi*, n. 246481.

[44] Cfr. Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, in CED n. 246481-01; Cass. Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 18360, *ivi*, n. 225894-01.

Con la modifica dell'art. 323 c.p. conseguente al decreto semplificazioni si profila la questione legata all'eventuale riemersione del delitto di rifiuto/omissione di atti d'ufficio.

Le condotte storiche riconducibili ad entrambi i reati e punibili – per via della clausola di riserva posta nell'art. 323 c.p. – unicamente in base all'abuso d'ufficio potrebbero diventare ora sussumibili invece sotto l'art. 328, co. 1, c.p. In tal caso, non si determinerebbe, però, completamente il fenomeno della c.d. *abrogatio sine abolitione*: a seguito del restringimento dell'area di operatività dell'incriminazione di cui all'art. 323 c.p. e la contemporanea riespansione del rifiuto/omissione di atti d'ufficio. Quest'ultimo delitto sarebbe applicabile in realtà solo ai fatti storici successivi alla riformulazione del 2020 dell'abuso d'ufficio, stante la relazione di eterogeneità sul piano strutturale tra le due norme incriminatrici che si avvicendano nel tempo nella punizione del fatto storico.

A seguito della riscrittura dell'art. 323 c.p., vanno inoltre rideterminati i confini con il delitto di peculato (art. 314 c.p.); e in particolare con le forme di c.d. peculato per distrazione, le quali – come accennato – dopo la riforma del 1990 sono state (almeno in parte) attratte nel perimetro dell'abuso d'ufficio.

Se si volge lo sguardo ad alcune recenti pronunce della Suprema Corte, può tracciarsi una linea di demarcazione tra il delitto di peculato e quello di abuso d'ufficio in relazione alle condotte distrattive. Distinzione utile per stabilire se una porzione dei fatti tornerà a sussumersi al di sotto del peculato a seguito dell'odierna rimodulazione dell'art. 323 c.p.[45].

Ad avviso della giurisprudenza di legittimità, va ricondotta al delitto di cui all'art. 314 c.p. la condotta distrattiva del denaro o di altri beni che realizzi la sottrazione degli stessi alla destinazione pubblica e l'utilizzo per il soddisfacimento di interessi privatistici dell'agente; mentre è configurabile l'abuso d'ufficio allorché si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio, la quale tuttavia si concretizzi in un uso indebito del bene che non ne comporti la perdita e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'ente cui appartiene[46].

Tale principio di diritto, se messo in relazione alle concrete vicende esaminate dalla Corte di cassazione, ci permette di supporre che alcune condotte distrattive sussunte in precedenza all'interno dell'abuso d'ufficio –

[45] Nel senso di un ritorno dei casi di distrazione di denaro o risorse pubbliche a favore di terzi nell'alveo del delitto di peculato, cfr. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 11 ss.

[46] Cass. Sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 19484, in CED n. 273783; Cass. Sez. VI, 2 marzo 2016, n. 12658, *ivi*, n. 266871.

se prevarrà l'interpretazione meramente letterale della disposizione suffragata dall'intenzione del legislatore-Governo – potrebbero trovare spazio, per il futuro (in quanto anche abuso d'ufficio e peculato sono figure eterogenee tra loro), nuovamente nell'art. 314 c.p. sotto però l'autonoma ipotesi meno grave di peculato d'uso (co. 2).

Per esempio, si è ritenuto integrare l'abuso d'ufficio e non il peculato la condotta di un agente della polizia di Stato che utilizzava il fax, in dotazione dell'ufficio, per finalità personali relative ad una sua collaborazione con una società svolgente attività nel campo antinfortunistico. Ad avviso della Corte, vi è stato un uso dei mezzi inerenti a una funzione pubblica per finalità differenti da quelle per le quali l'esercizio del potere è concesso, e indirizzate a procurare un vantaggio patrimoniale[47].

Secondo la Suprema Corte non è configurabile il peculato *ex* comma 1 dell'art. 314 c.p., perché manca la definitiva perdita del bene da parte della pubblica amministrazione. Si è fatto solo uso indebito del bene (il fax) dell'ufficio, distogliendolo dalla sua destinazione per fini personali.

Inoltre, non è realizzata nemmeno la forma meno grave di peculato d'uso *ex* comma 2 dell'art. 314 c.p., in quanto nella vicenda concreta l'uso indebito del fax non ha prodotto un apprezzabile danno al patrimonio della P.A. o di terzi o una concreta lesione della funzionalità dell'ufficio in ragione della minima entità del danno neppure quantificato (il fax è stato utilizzato 13 volte).

Ma allora le condotte distrattive in cui vi è stato un impiego di beni/mezzi relativi a una pubblica funzione per finalità diverse da quelle per il quale il potere è attribuito dalla legge, dove si riscontra un danno al patrimonio della pubblica amministrazione o di terzi ovvero una concreta lesione della funzionalità dell'ufficio, transiteranno dall'abuso d'ufficio al peculato d'uso e saranno perciò qualificabili come reato alla stregua della figura delittuosa di cui all'art. 314, co. 2, c.p.

5. *La spinosa questione della revoca delle sentenze di condanna* ex *art. 673 c.p.p.*

L'ulteriore tema fondamentale che si pone a seguito della riforma dell'abuso d'ufficio del 2020 – soprattutto se si andrà affermando una lettura della 'nuova' incriminazione da cui deriva una parziale *abolitio criminis* della stessa – è quello connesso all'eventuale riapertura dei giudicati di condanna

[47] Cass. Sez. VI, 26 aprile 2016, n. 22800, in CED n. 267070.

per i fatti di abuso d'ufficio nei quali si è accertato uno sviamento di potere, ovvero si è posta alla base del giudizio di responsabilità penale una norma di principio o l'art. 97 Cost., nonché si è incerti sulla fonte legislativa o regolamentare della norma violata.

Come è noto, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., il giudice dell'esecuzione, in caso di abolizione anche parziale dell'incriminazione, è tenuto a revocare la sentenza di condanna passata in giudicato, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato. Inoltre, sul presupposto che la revoca della sentenza a seguito di *abolitio criminis* comporta altresì la cessazione degli effetti penali della condanna, come espressamente disposto dall'art. 2, co. 2, c.p., il legislatore ha previsto all'art. 673 c.p.p., con estrema coerenza sistematica, che il giudice dell'esecuzione debba inoltre adottare i «provvedimenti conseguenti».

È facilmente pronosticabile che si porranno notevoli difficoltà di accertamento nello stabilire se il fatto per cui si è stati condannati in via definitiva appartiene all'area espunta dall'incriminazione a seguito della riforma del 2020, oppure a quella ancora inserita nel perimetro della fattispecie legale; con un aggravio del lavoro della magistratura penale già in forte affanno, come è risaputo. Per la revoca della pronuncia di condanna è necessario invero che il fatto accertato in sentenza dal giudice della cognizione appartenga alla porzione di norma incriminatrice abrogata e non già a quella in continuità normativa[48].

Una ulteriore difficoltà per il giudice dell'esecuzione nella decisione circa la revoca della condanna per abolizione del reato, *ex* art. 673 c.p.p., *è costituita – come accennato – dalla possibile* riespansione del delitto di rifiuto/omissione di atti d'ufficio e di quello di peculato. Bisogna, dunque, fare i conti pure col tema dell'eventuale *abrogatio sine abolitione* prima di procedere alla revoca della condanna passata in giudicato. Si è detto nel precedente paragrafo che, se s'imporrà una lettura del nuovo art. 323 c.p. nel senso di espungere dal suo campo applicativo l'attività discrezionale e le norme costituzionali, alcune vicende diverranno penalmente rilevanti ai sensi dei delitti di cui agli artt. 314, co. 2, e 328, co. 1, c.p.

Ebbene, la riformulazione dell'abuso d'ufficio potrebbe comportare nel nostro caso una limitata *abolitio criminis* (per il 'passato') riguardo alle condotte astrattamente ricadenti anche nel delitto di rifiuto di atti d'ufficio e di peculato d'uso. Tali condotte, se non potranno più essere sussunte nell'abuso d'ufficio così come descritto dopo il decreto semplificazioni del

[48] Si veda in proposito Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, Napoli 2008, pp. 348 ss.

2020, potranno trovare rilevanza penale – soltanto però per il 'futuro' – attraverso i delitti di peculato d'uso ovvero di rifiuto di atti d'ufficio ('nuova incriminazione' per il futuro, *ex* art. 2, co. 1, c.p.): ossia tali figure di reato potranno essere contestate in relazione alle condotte storiche poste in essere dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 76 del 2020.

Non si tratterebbe tuttavia del fenomeno denominato *abrogatio sine abolitione*, giacché non è possibile instituire un rapporto di continuità normativa tra la porzione della fattispecie di abuso d'ufficio abrogata e tali delitti che si riespandono, allo scopo di schivare il fenomeno della parziale abolizione della incriminazione di abuso d'ufficio.

E questo perché, sulla scorta della giurisprudenza in materia di successione di leggi[49], in assenza di una relazione unilaterale di specialità fra incriminazioni – come nel nostro caso tra il delitto di abuso d'ufficio abrogato, da una parte, e quello di peculato nonché di rifiuto di atti d'ufficio, dall'altra, che si dilatano (figure tra loro strutturalmente eterogenee) – va dichiarato da parte del giudice che il fatto non è previsto dalla legge come reato per l'intervenuta *abolitio criminis.*

Sulla base di quanto prima detto, verrebbe in rilievo quindi di una parziale *abolitio criminis* (per il passato) riguardo a queste tipologie di fatti di abuso d'ufficio (solo per il futuro sussumibili nei reati di peculato d'uso e rifiuto di atti d'ufficio), cui consegue perciò la revoca da parte del giudice dell'esecuzione, *ex* art. 673 c.p.p., delle pronunce di condanna e la rimozione degli effetti pregiudizievoli che scaturiscono dal giudicato.

Per completezza del discorso, può osservarsi come, ai fini della revoca della condanna per *abolitio criminis* (e incostituzionalità della norma penale), una notevole importanza riveste la pronuncia delle Sezioni unite 'Gatto' del 2014[50].

Le Sezioni unite 'Gatto' sottolineano l'accresciuta dimensione della giurisdizione esecutiva, con la maggiore ampiezza di poteri assegnati al giudice dell'esecuzione[51]. Costui, dunque, non è tenuto solo alla verifica dell'efficacia del titolo esecutivo, ma è anche abilitato ad incidere sul contenuto di esso allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, dopo

[49] Cfr. Cass. SU, 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli, in «CP», 2009, pp. 4113 ss.

[50] Cass. SU, 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in «CP», 2015, pp. 41 ss., con nota di Gambardella, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutto da una parte*; in «RIDPP», 2015, pp. 975 ss., con nota di D. Vicoli, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, *ivi*, pp. 1007 ss.

[51] Cfr. F. Caprioli, D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 261 ss.

la condanna irrevocabile, lo esigano. Il sistema processuale attribuisce al giudice dell'esecuzione poteri valutativi[52], e siffatte valutazioni potranno essere assunte, se necessario, tramite l'esame degli atti processuali, ai sensi dell'art. 666, co. 5, c.p.p., che accorda la facoltà al giudice di acquisire i documenti e le informazioni necessarie e, quando occorre, di assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio [53].

Il giudice dell'esecuzione deve pertanto accertare se il reato per il quale è stata pronunciata condanna sia considerato ancora tale dalla legge e, a tal fine, può effettuare una sostanziale ricognizione del quadro probatorio già acquisito ed utilizzare elementi che, irrilevanti al momento della sentenza, siano divenuti determinanti, alla luce del diritto sopravvenuto, per la decisione sull'imputazione contestata[54].

Deve tuttavia escludersi l'operatività dell'istituto della revoca della sentenza per *abolitio criminis*, qualora esso richieda al giudice della esecuzione non un riscontro meramente ricognitivo della perdita di efficacia della norma incriminatrice, ma una indagine valutativa in ordine alla sussistenza delle condizioni cui è subordinata la produzione dell'effetto abrogativo[55].

6. *Lo stretto legame tra abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità amministrativa*

Come è emerso più volte nel corso dello scritto, il tema del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità dell'attività amministrativa è fortemente incentrato sullo studio dell'abuso d'ufficio.

Nel delitto di cui all'art. 323 c.p., infatti, l'argomento del controllo sulla legalità dell'azione dei pubblici poteri assume un ruolo preminente, al fine di stabilire il corretto spazio di verifica giudiziaria sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione nell'ambito dell'ordinamento penale.

A ben vedere, la ragione ultima di tale stretto legame tra abuso d'ufficio e sindacato sulla discrezionalità amministrativa risiede proprio nell'essenza dell'attuale incriminazione. In estrema sintesi, col codice Rocco del 1930 si è abbandonata la prospettiva dei codici penali ottocenteschi in cui si tutelava solo la libertà del singolo individuo contro le prevaricazioni del

[52] Cass. SU, 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, *cit.*
[53] *Ibid.*
[54] Cass. Sez. III, 25 ottobre 2016, n. 5248/2017, in CED n. 269011 – 01.
[55] Cass. Sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2638/2013, in CED n. 254561 – 01.

funzionario pubblico, per inserire una figura criminosa che rappresentasse invece lo strumento di controllo del giudice penale sull'operato dei pubblici funzionari[56].

Nell'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 323 c.p. si faceva usualmente coincidere l'elemento oggettivo dell'abuso d'ufficio con l'adozione di un atto amministrativo affetto da uno dei tre vizi di legittimità dell'atto amministrativo (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere).

Orientamento giurisprudenziale avallato dall'importante sentenza della Corte costituzionale del 1965, secondo la quale: «il fatto punibile consiste nella trasgressione, da parte del pubblico ufficiale, di un dovere inerente all'ufficio, quando essa si concreti in un atto o, comunque, in un comportamento illegittimo, posto in essere con dolo»[57].

Per comprendere meglio il problema del sindacato del giudice penale sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa, prendiamo in considerazione la figura dell'agente pubblico il quale volontariamente, nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche, realizza una condotta in violazione delle norme che disciplinano l'esercizio dei suoi poteri (attività discrezionale); oppure il comportamento del pubblico funzionario che si estrinseca nell'adottare un atto amministrativo in violazione di legge, o per finalità diverse rispetto a quelle che la legge gli assegna.

Ebbene quali sono i mezzi, gli strumenti, le forme di tutela che l'ordinamento appresta per rimediare a tale condotta dell'agente pubblico, che ha posto in essere una attività amministrativa illegale o ha emanato un atto illegittimo secondo le categorie del diritto amministrativo (oggi vizi sostanziali di invalidità espressamente previsti dalla l. n. 241 del 1990)?

Sicuramente sono esperibili gli strumenti di tutela amministrativa: il ricorso al T.A.R. per l'annullamento dell'atto illegittimo (art. 29 cod. proc. amm.).

Dobbiamo tuttavia chiederci se sia ipotizzabile una tutela anche sul piano penale: nel senso di sanzionare penalmente l'agente pubblico (soggetto attivo qualificato, e dunque «reato proprio») che emana un atto o pone in essere un'attività amministrativa illegittima (secondo i classici parametri d'invalidità dell'atto amministrativo: incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge), volontariamente (ossia dolo, e non colpa); atto o attività amministrativa che danneggia o avvantaggia qualcuno.

[56] A. Gargani, *"L'abuso innominato di autorità" nel pensiero di Francesco Carrara*, in «RIDPP», 1998, pp. 1226 ss.; Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., pp. 249 ss.

[57] C. cost., 4 febbraio 1965, n. 7, in «RIDPP», 1966, pp. 984 ss., con nota di F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*

Senza però trascurare il principio di *extrema ratio* nel diritto penale, che vuole l'impiego dello strumento penale solo quando non vi sia un altro strumento sanzionatorio in grado di assicurare al bene giuridico una tutela altrettanto efficace; realizzando così il contenuto del principio di sussidiarietà, che si connette direttamente al carattere inviolabile della libertà personale ex art. 13 Cost.

Possiamo allora ritenere legittima e necessaria la scelta legislativa di incriminare l'agente pubblico (soggetto qualificato) che con dolo adotta un atto amministrativo invalido (illegittimo)?

Eventualmente arricchendo tale nucleo del fatto penalmente illecito con ulteriori elementi di reato (ad esempio: il fine specifico di procurare un vantaggio o arrecare un danno, oppure la connotazione di intenzionalità della condotta). Si tratterebbe di un insieme di elementi che individuano una specifica forma di offesa al bene-interesse contenuto nell'art. 97 Cost. (il buon andamento e l'imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione).

L'esigenza nel nostro ordinamento di una figura di reato che tuteli tale forma di offesa al bene del buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione ha trovato appunto storicamente attuazione nel delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

Ora, solo ammettendo un potere di controllo, sindacato o verifica in capo al giudice penale sugli atti e in genere sull'attività della pubblica amministrazione (e in particolare sugli atti adottati dagli agenti pubblici) possiamo ritenere indispensabile nel nostro sistema (per tutelare efficacemente il bene di cui all'art. 97 Cost.) una incriminazione di tal genere.

Il sindacato sulla legalità dell'azione amministrativa rappresenta, infatti, il presupposto logico di una figura di reato costruita come l'abuso d'ufficio[58].

Occorre tuttavia interrogarsi sulla legittimità o meno di una potestà del giudice penale di controllare l'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

Orbene, il controllo di legalità amministrativa da parte del giudice penale viola il principio illuministico della separazione dei poteri? I tre classici poteri dello Stato (esecutivo, legislativo, giudiziario) in tal modo perdono la loro completa autonomia, mentre dovrebbero rimanere divisi?

Il controllo del giudice penale sulla legalità dell'agire della pubblica amministrazione origina dal principio illuministico della separazione dei poteri. Al giudice penale, attraverso il principio della separazione dei poteri, è assegnato il compito di garantire i diritti dei cittadini. E tale ruolo di

[58] Cfr. Gambardella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in «CP», 2013, pp. 2860 ss.

garanzia, per essere efficacemente ed esaurientemente svolto, necessita della possibilità di conoscenza dell'attività amministrativa quando essa interferisca con le libertà individuali fondamentali. Alla cognizione del giudice penale non può essere perciò sottratto nulla che possa servire a tutelare il diritto fondamentale della libertà del cittadino[59].

Il principio della separazione dei poteri è, infatti, associato dallo stesso testo fondamentale – l'art. XVI della «Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino» del 1789 – alla nozione di garanzia dei diritti: «*Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoir déterminée, n'a point de Constitution*»[60]. E proprio la garanzia dei diritti individuali, obiettivo del principio proclamato dalla legislazione rivoluzionaria, si realizza opportunamente solo attraverso una adeguata ripartizione del contenzioso amministrativo. A tal fine è necessario, dunque, che esista un giudice indipendente rispetto alla pubblica amministrazione, al quale sia attribuita la protezione dei diritti fondamentali dei cittadini, riconosciuti e proclamati dai Rivoluzionari[61].

Allora, è proprio grazie al principio della separazione dei poteri che il giudice ordinario può controllare la legalità dell'azione amministrativa, e non è quindi vero il contrario – come comunemente si afferma – che il principio di matrice illuministica impedisca al giudice di prendere cognizione degli atti della pubblica amministrazione[62]. Si supera così il principio di separazione delle autorità amministrative e giudiziarie, lascito dell'*Ancien Régime* (codificato in modo espresso da Louis XIII nell'Editto di Saint-Germain-en-Laye del 21 febbraio 1641), che in pieno assolutismo monarchico devolve il contenzioso amministrativo alla stessa autorità amministrativa e che impedisce ai tribunali (all'autorità giudiziaria) di conoscere degli affari amministrativi e di partecipare all'amministrazione dello Stato[63].

[59] C. Goyard, *La compétence des tribunaux judiciares en matière administrative*, Editions Montchrestien, Parigi 1962, p. 81.

[60] Cfr. al riguardo M. Troper, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Esi, Napoli 2005, pp. 172 ss.

[61] Goyard, *La compétence des tribunaux judiciaires*, cit., p. 88.

[62] Cfr. Gambardella, *Il controllo del giudice penale*, cit., pp. 21 ss. Nello stesso senso A. Merli, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, Esi, Napoli 2012, pp. 89 ss. Il tema è altresì approfondito da G. Cocco, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cuec Editrice, Cagliari 1996.

[63] Gambardella, *Il controllo del giudice penale*, cit., pp. 14 ss.

7. *La legalità 'sostanziale' e il sindacato sull'uso del potere discrezionale*

Sulla scorta dell'idea che il giudice penale non possa valutare la legalità dell'azione della pubblica amministrazione, la novella 2020 dell'abuso d'ufficio presenta ancora una volta il chiaro intento di 'neutralizzare' l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p. Si vuol sottrarre all'autorità giudiziaria penale il controllo sull'attività discrezionale dell'agente pubblico, così svuotando di fatto la previsione normativa e riducendola ai soli casi marginali e meno importanti.

Risulta palese l'intento della riforma: sottrarre l'attività discrezionale della pubblica amministrazione al controllo del giudice penale, relegandolo al circoscritto ambito dell'attività vincolata[64].

Tuttavia, questa operazione rischia non solo di restringere l'ambito applicativo del reato, ma addirittura di condurre ad una sua sostanziale abrogazione. Giacché se il reato di abuso di ufficio viene tipizzato escludendo il sindacato sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione e mantenendo la potestà di controllo del giudice penale soltanto rispetto all'attività vincolata, le ipotesi in cui si può configurare il reato sono veramente esigue. Si tratta in pratica di inutili casi di scuola che non contribuiscono in alcun modo a rendere più efficace – mediante lo strumento penale – la tutela dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, poiché, lo si ripete, l'abuso di ufficio è ontologicamente legato all'eccesso di potere e dunque alla possibilità di un controllo sulla discrezionalità amministrativa attraverso il vizio di eccesso (o sviamento di potere) da parte del giudice penale.

Come notato, i casi di attività vincolata, in cui la legge predetermina l'*an*, il *quid* e il *quomodo* della condotta imposta all'agente pubblico «sono non solo rari, ma attinenti ad una sfera minuta dell'attività amministrativa: quella di mera esecuzione […] in pratica il legislatore ha riservato ad una improbabile minutaglia il destino dei sommersi e gli strali della sanzione penale (per giunta piuttosto consistente), mentre ha assunto nell'empireo dei salvati colore che, detenendo il potere di scegliere discrezionalmente se, come, quando e cosa decidere, sono – secondo la natura delle cose – nella condizione "ontologica" per abusarne, e recare i vantaggi e i danni ingiusti in cui si esprime l'evento lesivo»[65].

La configurazione della fattispecie, se intesa nel senso di escludere

[64] In proposito, si vedano le considerazioni di Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., pp. 11 ss.

[65] Così Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 9.

la rilevanza dell'attività discrezionale dell'agente pubblico per confinarla unicamente all'attività vincolata, sembrerebbe pertanto violare il principio costituzionale di uguaglianza-ragionevolezza: un trattamento difforme di situazioni eguali [66].

In definitiva, si può osservare che l'abuso d'ufficio è incriminazione congiunta in modo indissolubile al principio di legalità dell'azione amministrativa; e dunque al sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa avente quale parametro di giudizio proprio il principio da ultimo citato.

L'essenza di tale illecito penale è costituita, infatti, dal comportamento dell'agente pubblico posto in essere in violazione del principio di legalità dell'attività amministrativa, il quale, volontariamente, avvantaggia o danneggia qualcuno.

Poi si potrà costruire il danno o il vantaggio all'interno della fattispecie legale anche come una mera finalità cui deve tendere la condotta del pubblico agente, se si vuol anticipare la soglia della risposta penale; oppure connotare la volontarietà della condotta nel senso di richiedere che essa debba essere intenzionale, per selezionare ulteriormente e con più precisione la classe dei comportamenti puniti dall'incriminazione in questione. Ma resta il fatto che il «tipo delittuoso abuso d'ufficio» in questa fase del nostro ordinamento è legato in modo inscindibile al comportamento del pubblico funzionario che si estrinseca in una attività o nell'adozione di un provvedimento amministrativo che sia inosservante dei principi e delle regole che governano l'azione dei pubblici poteri. Al giudice penale non può dunque essere sottratto il controllo sulla legalità dell'azione della pubblica amministrazione, pena l'inutilità o l'impossibilità logica di prevedere nel nostro sistema penale una tale figura di reato.

Ora, il punto cruciale diventa il principio di legalità dell'azione amministrativa: se esso debba essere inteso in senso formale o sostanziale[67].

Intendendo per 'formale', la legalità che in senso debole reputa conforme alla legge ogni atto che sia fondato sulla legge medesima; e per 'sostanziale', la legalità che in senso forte considera invece conforme alla legge ogni atto la cui forma e il cui contenuto sia predeterminato dalla legge.

In quest'ultima ipotesi, gli atti della pubblica amministrazione, oltre a rispettare i limiti formali fissati dalla legge, devono essere adottati in

[66] Si vedano in tal senso ancora le considerazioni di Padovani, cit., pp. 9 ss.

[67] In relazione ai due aspetti: formale e sostanziale del principio di legalità nel diritto amministrativo, cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2020, pp. 42 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna 2019, pp. 73 ss.

conformità della disciplina sostanziale dettata dalla stessa legge; disciplina che incide anche sulle modalità di esercizio dell'azione, e dunque penetra all'interno dell'esercizio del potere da parte dell'agente pubblico.

Come ha osservato la Corte costituzionale, sussiste «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il "principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto". Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una 'totale libertà' al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»[68].

Ebbene, se conveniamo che il principio di legalità in senso forte vada inteso come legalità sostanziale, allora dobbiamo attribuire al giudice penale il sindacato sull'uso che la pubblica amministrazione ha fatto della discrezionalità amministrativa; non potendosi limitare di conseguenza il controllo del magistrato all'aspetto formale della legittimità dell'azione amministrativa, circoscrivendolo unicamente al vizio 'amministrativo' di violazione di legge.

Come si è tentato in precedenza di argomentare, nell'abuso d'ufficio il controllo di legalità del giudice penale non può prescindere dal filtro dell'eccesso di potere; concetto inteso qui nel senso di cattivo uso del potere discrezionale: l'autorità amministrativa non ha cioè esercitato 'bene' il suo potere discrezionale. Eccesso di potere non solo quindi come accertamento dell'adozione di un provvedimento per un fine diverso da quello dello schema normativo (c.d. sviamento di potere), ma verifica ampliata altresì alle cosiddette figure sintomatiche (fallacie nelle operazioni logiche, quale la contraddittorietà dei provvedimenti, manifesta illogicità, ecc.).

Così inteso, l'accertamento dell'eccesso di potere – con il limite segnato dal genuino «merito amministrativo», come diremo nel paragrafo successivo – rappresenta indubbiamente lo strumento più adeguato, di cui il giudice penale possa essere dotato, per valutare il rispetto da parte del pubblico amministratore del principio di legalità sostanziale dell'attività amministrativa. E dunque per ancorare il delitto di abuso d'ufficio alla concreta offesa degli interessi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione.

[68] Si tratta di C. cost., 7 aprile 2011, n. 115.

8. *Riflessioni finali: potrebbe non cambiare nulla?*

La rottura del nesso inscindibile tra sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa e delitto di abuso d'ufficio compiuta dal d.l. n. 76 del 2020, per sottrarre al controllo giurisdizionale penale l'attività degli agenti pubblici, sembra determinare una evidente stortura nella operatività del reato *ex* art. 323 c.p.

Si profila il concreto rischio di escludere, in modo irragionevole, dal campo applicativo molti dei casi più gravi di abuso d'ufficio, le condotte maggiormente lesive per il bene della imparzialità e del buon andamento dell'attività della P.A.; mentre si lasciano all'interno del perimetro dell'incriminazione le ipotesi minori, bagatellari. I casi di abuso più eclatanti e più macroscopici resterebbero sostanzialmente impuniti proprio perché si tratta di casi di abuso collegati all'attività discrezionale: come sappiamo, è nelle maglie della discrezionalità e dietro il paravento di una scrupolosa osservanza della legge che spesso si annida l'arbitrio della pubblica amministrazione.

È evidente, dietro il paravento della riformulazione per determinare meglio la fattispecie e per rassicurare gli amministratori pubblici, l'intento 'nei fatti' di 'depenalizzare' l'abuso d'ufficio. Il chiaro tentativo del legislatore del 2020 di escludere l'attività discrezionale dal campo applicativo dell'art. 323 c.p. e di assegnare rilevanza alla sola attività vincolata ne è manifesta riprova.

Invero, come sappiamo, al cospetto di una attività amministrativa vincolata manca l'esercizio di un potere pubblico. Lì dove vi è attività vincolata, dove il provvedimento è vincolato, predeterminato dalla legge in tutti i suoi aspetti, non può esistere un pubblico potere. E dunque nell'intenzione del legislatore il campo applicativo dell'abuso d'ufficio dovrebbe essere quello, del tutto residuale e di scarso disvalore in un settore dedicato ai delitti contro la pubblica amministrazione (!), in cui è assente il momento pubblicistico e manca perciò l'esercizio del potere pubblico. E non a caso si afferma che il potere è vincolato nelle ipotesi in cui, per la non complessità dei rapporti da regolare, la legge predetermini in tutti i suoi aspetti il contenuto dei provvedimenti amministrativi [69].

Sotto il profilo politico-criminale, se l'obiettivo perseguito è quello di escludere il sindacato del giudice penale sul cattivo uso dei poteri dei funzionari pubblici nell'attività discrezionale, sarebbe meglio allora avere il

[69] Così Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 697.

coraggio di eliminare del tutto la figura dell'abuso d'ufficio[70]. Senza inutili e dispendiose riformulazioni come quella odierna, che aumenta l'incertezza e rappresenta un costo in termini di attività giudiziaria per l'ambiguità di cui è impregnata la configurazione della fattispecie legale.

Eppure, non può escludersi che, pur di fronte ad una precisa scelta del legislatore storico del 2020 di limitare l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p. a poche residuali ipotesi di violazioni nell'attività vincolata della P.A., la giurisprudenza non vada in direzione opposta, creando 'un diritto vivente' analogo al precedente[71].

E ciò, per un verso, valorizzando – come accennato in precedenza – la seconda condotta tipica dell'abuso imperniato su una situazione di conflitto di interessi, facendovi rientrare molti dei casi di sviamento di potere e di violazione di norme regolamentari.

Ma soprattutto, per altro verso, puntando ancora una volta sulla valorizzazione dell'art. 97 Cost. e del principio costituzionale di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione; ovvero sull'art. 1 l. n. 241 del 1990 (legge generale sul procedimento amministrativo).

In particolare, l'art. 1 della l. n. 241 cit. ha fatto divenire i principi di efficienza, economicità, imparzialità, pubblicità e trasparenza parametri legislativamente posti per il giudizio di validità dei provvedimenti amministrativi, ampliando con evidenza l'area dell'illegittimità. Le violazioni dei precetti normativamente sanciti dall'art. 1 l. n. 241 rientrano oramai nel vizio di violazione di legge.

Sono violazioni di regole di condotta espressamente previste dalla legge[72].

Quanto all'art. 97 Cost., potrebbe rappresentare in effetti il grimaldello per mantenere la giurisprudenza in linea con la previgente, con riguardo ai casi di c.d. sviamento di potere.

Vediamo sinteticamente perché:

(a) nel concetto di legge sono ricomprese '*a fortiori*', in base all'argomento *a minori ad majus,* le norme costituzionali; e dunque anche l'art. 97 Cost.;

(b) l'art. 97 Cost. è stato più volte interpretato nella giurisprudenza di legittimità nel senso di contenere una precisa regola di comportamento di immediata applicazione;

(c) l'art. 97 Cost. potrebbe essere reputato rispondente alla necessità che si tratti di una regola di condotta senza margini di discrezionalità.

[70] Ad avviso di Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit., pp. 9 ss., in sede di conversione sarebbe opportuno eliminare dalla disposizione il riferimento ai margini di discrezionalità.

[71] Cfr. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., pp. 17 ss.; Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi,* cit., § 5.

[72] Cfr. ad es. Caringella, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., p. 485.

Invero, il sintagma «non residuino margini di discrezionalità» è – come si è tentato di tratteggiare – espressione semanticamente vaga, e potrebbe non costituire un ostacolo per i giudici nel ribadire che la violazione dell'art. 97 Cost., del principio di imparzialità e buon andamento, è rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 323 c.p.

E proprio in una delle prime sentenze sul nuovo abuso d'ufficio, la Corte di cassazione ha, per un verso, affermato che le regole di condotta non devono concernere l'attività discrezionale dell'agente pubblico: in tale ambito non è configurabile il delitto di abuso d'ufficio; per altro verso, si è puntualizzato, tuttavia, che ciò vale sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici (c.d. sviamento di potere), allorché siano dunque perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi o collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito(cfr. Cass. Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442/2021).

Si è modificata ancora una volta la configurazione dell'abuso d'ufficio, ma il risultato potrebbe essere sempre lo stesso: permane il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa.

Un esito siffatto non sarebbe casuale, bensì è nella 'natura delle cose'.

Il binomio è indissolubile: abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa stanno e cadono insieme (*simul stabunt vel simul cadent*).

Finché sarà vigente il delitto *de quo* dovrà essere consentito anche il controllo di legalità del giudice penale sull'azione amministrativa discrezionale: ne rappresenta l'essenza. Essenza che, come scritto da Tommaso d'Aquino nel *De ente et essentia*, è ciò che fa sì che ogni cosa sia quella determinata cosa.

Carlo Longobardo*

La legislazione italiana antiterrorismo: uno specchio degli attuali mali del diritto penale postmoderno?

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 2. I *deficit* di legalità di una legislazione emergenziale – 3. Un diritto penale sempre più lontano dall'offesa – 4. Il complessivo inasprimento sanzionatorio ed il rafforzamento di istituti volti a favorire il ravvedimento *post delictum* – 5. Lo strumentario delle misure di prevenzione per colpire il terrorista come tipo d'autore – 6. Conclusioni: la legislazione antiterrorismo come esempio di un "diritto penale del nemico".

1. *Considerazioni introduttive*

Il fenomeno del terrorismo internazionale può rappresentare un privilegiato campo d'indagine al fine di misurare, da un lato, i rapporti di forza tra domanda ed offerta di sicurezza e, dall'altro, la condivisione e la tenuta dei principi fondamentali di uno Stato sociale di diritto.

I terribili fatti di cronaca hanno dimostrato la capacità del terrorismo nell'incutere diffusamente panico e forte preoccupazione, anche all'interno di quelle comunità non colpite direttamente dalle manifestazioni di carattere eversivo[1]. Invero, è difficile non allarmarsi di fronte a taluni eventi che riescono a scuotere nel profondo le certezze di sicurezza dei cittadini e, generalmente, la prima reazione viene affidata allo strumento penale che, sovente, assume la fisionomia di una risposta a forti pressioni sociali e *mass*-mediali. Il legislatore, dal canto suo – anche al fine di adeguarsi ad istanze provenienti dalla comunità internazionale[2] e per 'sedare' le ansie collettive

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi Federico II di Napoli.

[1] Per una situazione aggiornata sul fenomeno in Europa, cfr. gli interessanti dati su <*https://www.europol.europa.eu/activities–services/main-reports/european–union-terrorism-situation-and–trend-report-te–sat-2020*>.

[2] V. S. Reitano, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento*, in «IP», 2004, pp. 1207 ss.; criticamente, V. Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli,

– introduce norme di contrasto al fenomeno terroristico che, ovviamente, risentendo del momento contingente, comportano l'adozione di soluzioni di tipo essenzialmente emergenziale.

La 'medicina' normativa che permette di raccogliere consensi, anche elettorali, a costo zero – la legge penale, in linea di principio, non ha bisogno di "copertura finanziaria" e, anche laddove fosse necessario, l'angoscia da sicurezza consentirebbe più facilmente di liberare risorse – rappresenta comunque un incentivo che la politica non può permettersi di sottovalutare[3], soprattutto in momenti di disaggregazione sociale e di difficoltà economica.

In effetti è come se lo stesso cittadino chiedesse allo Stato di porre sul 'piatto della bilancia' anche qualche altra *porzione* di libertà, pur di sentirsi più sicuro rispetto alla minaccia terroristica.

Ma tale certezza si fonda su assiomi indimostrati: in primo luogo, sul dato che il sistema delle garanzie fondamentali dell'individuo costituisca, tutto sommato, un *intralcio* al corso della giustizia; che soltanto chi si comporta in un certo modo avrà a che fare con la giustizia stessa; che qualche eventuale errore giudiziario 'può essere tollerato' (almeno nella misura in cui colpisca altri); che ad una maggiore pressione penalistica – in termini di pesanti anticipazioni della tutela e di inasprimento sanzionatorio – corrisponda anche un'efficienza ed un'efficacia in termini di aumento di potenziali criminali terroristi assicurati alla giustizia e di abbassamento delle probabilità di essere vittime di eventuali azioni terroristiche.

Invero, senza un'accurata visione sistematica in cui si valuti il delicatissimo rapporto tra principi fondamentali ed eccezioni agli stessi, l'unica certezza consiste nella disattesa dei valori costituzionali attraverso estreme anticipazioni della tutela penale, che tendono alla punizione del mero atteggiamento interiore dell'agente e ad una forte rivitalizzazione dei reati di opinione, con un'evidente riduzione della sfera di libertà di manifestazione del pensiero, con riflessi cupi e mai governabili fino in fondo.

Inoltre, la convinzione per cui l'inasprimento sanzionatorio fine a sé stesso – fondata sull'indimostrato assunto: maggiore minaccia = maggiore deterrenza – dimentica un concetto, ahimè dimostrato, che i delinquenti per convinzione, di cui il terrorista rappresenta il prototipo per eccellenza, sono quelli meno sensibili ad una efficacia meramente deterrente della sanzione; basti pensare che, spesso, non rifuggono la morte pur di realizzare i propri propositi criminosi.

2013, pp. 117 ss.

[3] Sul punto, v. le belle pagine di L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 77 ss.

In sintesi: si crede che i danni prodotti dalla legislazione emergenziale – in termini di sacrificio delle garanzie e dei principi costituzionali – sarebbero più che compensati dall'esigenza di fronteggiare vere o presunte minacce alla sicurezza.

2. *I* deficit *di legalità di una legislazione emergenziale*

L'emergenza, dunque, produce legislazione d'urgenza ed il terrorismo rappresenta proprio uno di quei settori nei quali se, da un lato, è pensabile la necessità di un suo utilizzo, dall'altro, è facile sconfinare in un suo abuso[4].

Ed infatti, le principali modifiche normative in tema di terrorismo sono state introdotte quasi sempre attraverso la tecnica ora richiamata[5]. Com'è noto, l'impiego del decreto legge dovrebbe essere un'eccezione alla regola della ponderazione legislativa, che risulta essere necessaria proprio per la delicatezza dell'individuazione dei comportamenti ritenuti penalmente rilevanti; invece, da eccezione si ritrova regola, probabilmente proprio per la velocità con cui un decreto legge può essere emanato ed entrare in vigore, in risposta a vere o presunte urgenze, con buona pace delle perplessità che suscita in merito alle esigenze sostanziali dettate dal principio di legalità[6].

Il legislatore, dunque, affronta il fenomeno del terrorismo quasi esclusivamente attraverso l'impiego del diritto penale emergenziale[7].

[4] Nella manualistica, mettono in guardia dall'abuso della decretazione d'urgenza, tra gli altri, C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Utet, Torino 2020, pp. 76-77; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2011, pp. 54 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano 2020, pp. 45 s.

[5] S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, *passim*.

[6] Su tali esigenze, restano fondamentali gli indirizzi forniti da A. Fiorella, *Reato*, in «ED», vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, *passim*. Id., *Responsabilità penale*, in «ED»., vol. XXXIX, Milano 1988, *passim*.

[7] G. Insolera, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in «DPP», 2004, p. 1325 ss. Più in generale, cfr. Aa.Vv., *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, a cura di R. Kostoris, F. Viganò, Giappichelli, Torino 2015; M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Il Mulino, Bologna 2017; R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino 2008; Id., *I punti e le linee nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Criminalia* 2017, pp. 155 ss.; A. Cavaliere, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del febbraio 2015*, in «DPC– RT», n. 2/2015, pp. 226 ss.; M. Donini, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal*

Limitandoci alle principali norme incriminatrici, cinque giorni dopo il tragico sequestro di Aldo Moro, l'art. 4 del d.l. 21 marzo 1978 n. 59, conv. in l. 18 maggio 1978 n. 191, introdusse il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289 *bis* c.p.); il clima degli 'Anni di piombo' favorì l'emanazione del d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, conv. in l. 6 febbraio 1980 n. 15, che inserì l'associazione con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico *ex* art. 270 *bis* c.p. e l'attentato per finalità di terrorismo o di eversione *ex* art. 280 c.p.[8].

Dopo l'attentato terroristico alle Torri gemelle di New York, il d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, conv. in l. 15 dicembre 2001, n. 438 estese l'art. 270 *bis* c.p. alle associazioni con finalità di terrorismo internazionale, prevedendo altresì la punibilità della condotta di finanziamento e quella di assistenza agli associati *ex* art. 270 *ter* c.p.

Gli attentati di Madrid e di Londra hanno dato impulso all'emanazione del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155, che ha introdotto le fattispecie di arruolamento e di addestramento con finalità di terrorismo, fornendo, altresì, una definizione legale della finalità di

codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 121 ss.; F. Fasani, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in «DPP», 2015, pp. 933 ss.; Id., *Terrorismo islamico e diritto penale*, Cedam, Padova, 2016; L. Ferraioli, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., pp. 137 ss.; G. Marino, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"*, in «RIDPP», 2016, pp. 1388 ss.; Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, cit.; V. Militello, *Terrorismo e diritto penale: realtà, prospettive, limiti*, in «DPC –RT», 2017, 1, pp. 1 ss.; F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in «Quest. Giust.», 24 febbraio 2006, n. 4, pp. 666 ss.; M. Pelissero, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in «*Speciale* QG», settembre 2016, pp. 108 ss.; A. Pintore, *Non c'è libertà senza sicurezza*, in *Ragion pratica*, 1, 2018, pp. 99 ss.; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit.; M. Trapani, *Guerra e diritto penale. Sull'adeguatezza degli strumenti penalistici nei confronti del c.d. terrorismo islamico*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di Cavaliere, Longobardo, Masarone, Schiaffo, Sessa cit., pp. 245 ss.; S. Savoia, *Dal diritto penale del nemico al diritto penale del terrore. Limiti delle politiche penali contro il terrorismo*, in «*Democrazia e diritto*», 2, 2017, pp. 129 ss.; A. Valsecchi, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in Aa.Vv., *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, cit., pp. 3 ss.; E. Vervaele, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in «RIDPP», 2005, pp. 739 ss.; Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in «RIDPP», 2006, pp. 655 ss.

[8] Sul punto, cfr. Cass. Sez. VI, 30 aprile 2015, n. 34782.

terrorismo (art. 270 *quater*, *quinquies* e *sexies* c.p.).

Dopo i sanguinosi fatti di Parigi, il legislatore penale – con il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. in l. 17 aprile 2015, n. 43 – è nuovamente intervenuto in materia, prevedendo l'incriminazione dell'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo e il cd. auto-addestramento (artt. 270 *quater*.1 e *quinquies* co. 1, terzo periodo, c.p.). Infine, la legge 28 luglio 2016, n. 153, pur senza ricorrere al decreto legge, non ha tradito il *trend* emergenziale, introducendo tre nuove ipotesi di reato, rappresentate dal finanziamento di condotte con finalità di terrorismo (art. 270 *quinquies.*1 c.p.), dalla sottrazione di beni o denaro sottoposti al sequestro (art. 270 *quinquies.*2 c.p.) e dagli atti di terrorismo nucleare, *ex* art. 280 *ter* c.p.[9].

Va subito evidenziato che, seppure necessità contingenti possano giustificare una decretazione/legislazione d'urgenza, quest'ultima non deve comunque tradursi nella produzione di norme indeterminate, imprecise e non ponderate[10].

Generalmente, l'indeterminatezza delle fattispecie penali in materia di terrorismo è dipendente da spinte di carattere sovranazionale, in virtù dell'attuazione di obblighi di criminalizzazione di fonte europea[11] ed internazionale. Ma va subito chiarito che non è la fonte sovranazionale a comportare intrinseche violazioni del principio di legalità, bensì è il legislatore nazionale a recepire passivamente quanto stabilito altrove, senza

[9] La legge è rubricata: «Norme per il contrasto al terrorismo, nonché ratifica ed esecuzione: a) della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; b) della Convenzione internazionale per la soppressione di atti di terrorismo nucleare, fatta a New York il 14 settembre 2005; c) del Protocollo di Emendamento alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo, fatto a Strasburgo il 15 maggio 2003; d) della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; e) del Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatto a Riga il 22 ottobre 2015». Cfr. Fasani, *Un nuovo intervento di contrasto al terrorismo internazionale*, in «DPP», 2016, pp. 1554 ss.

[10] Cfr. Moccia, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza / tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, *passim*; A. Pagliaro, *Legge penale*, in «ED», vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 1041 ss.; F.C. Palazzo, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza - tassatività in materia penale*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1991, pp. 27 ss.; G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in «DDP», VIII, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 307 ss.

[11] Da ultimo si veda la dir. 2017/541/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI e che modifica la decisione 2005/671/GAI.

operare alcuna mediazione legislativa, sovente necessaria per armonizzare tali testi normativi con i principi fondamentali interni[12].

Uno degli esempi eclatanti della tendenza alla pedissequa riproduzione delle disposizioni internazionali nel diritto interno può ritrovarsi nell' art. 270 *sexies* c.p. che – nonostante le sue velleità definitorie – presenta una congerie di elementi del tutto indeterminati ("natura o contesto", "grave danno", "qualsiasi atto") e si chiude con un rinvio alle convenzioni e alle altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia, mortificando le ambizioni di orientamento in termini di determinatezza e precisione[13].

Tutto ciò, da un lato, consente, ma – va pur sottolineato –, dall'altro, costringe la giurisprudenza ad interpretare creativamente o, meglio, a riscrivere alcune definizioni legislative, sebbene, proprio nei casi che ci occupano, con intenti garantistici per il *reo*. Più in generale, va posto in risalto il dato secondo cui un tale percorso argomentativo, oltre a presentare ovvi attriti con il principio di legalità, è portatore di pericolose oscillazioni interpretative, spesso antitetiche, anche se, giova ripeterlo, principalmente imputabili alla sciatteria legislativa più che all'attività esegetica.

Ed infatti, con riferimento all'art. 270 *sexies* c.p., la Suprema Corte[14] ha individuato alcuni elementi di carattere obiettivo, da poter utilizzare quali parametri della specifica offensività del fatto sorretto dalla finalità di terrorismo o di eversione. In conformità all'orientamento favorevole all'oggettivizzazione del dolo specifico, finalizzato a recuperare la compatibilità di quest'ultimo con il principio di offensività, la giurisprudenza richiede – per la configurabilità della finalità di cui all'art. 270 *sexies* c.p. – l'obiettivo compimento di condotte concretamente idonee a determinare un grave danno per un Paese o un'organizzazione internazionale. La giurisprudenza, in sostanza, si sforza di ricostruire, all'interno della norma in esame, un evento di pericolo concreto, oggetto di dolo generico, la cui individuazione, però, non può che restare ancorata a parametri del tutto vaghi come la natura o il contesto della condotta. Analoga indeterminatezza è riscontrabile

[12] Sul punto, cfr. Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, cit., pp. 117 ss.

[13] Analoga sorte per i crimini previsti nello Statuto della Corte Penale Internazionale. Sul punto, ci sia consentito rinviare al nostro *Sistemi penali e crimini contro l'umanità. Sui rapporti tra i crimini previsti dallo Statuto della Corte Penale Internazionale e quelli contemplati nei codici sloveno e croato*, in Aa.Vv., *Lingue, leggi e libri da una costa all'altra. Migrazioni (e navigazioni) di uomini e idee. Lezioni della Summer School in Adriatic Studies*, a cura di L. Michelacci, E. Musiani, Bologna, 2007, pp. 71 ss.

[14] Cass. Sez. VI, 15 maggio 2014, n. 28009, in «CP», 2015, 6, p. 2265, con nota di M. Bendoni; in «CP», 2015, 3, p. 1096 con nota di A. Zacchia; Cass. Sez. V, 19 luglio 2016, n. 6061; Cass. Sez. I, 16 luglio 2015, n. 47479, in «GD», 2016, 4, p. 87.

nei tre eventi alternativi oggetto di dolo specifico, soprattutto nello scopo di costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un "qualsiasi atto"[15]. La giurisprudenza ha attribuito significato a quest'espressione, ritenendo necessario che l'atto riguardi «un affare particolarmente rilevante, capace di influenzare le condizioni della vita associata, per il suo oggetto o per l'implicazione che ne deriva in punto di "tenuta" delle attribuzioni costituzionali»[16]. Tale attribuzione di significato, pur motivata dall'equiparazione legislativa all'intimidazione della popolazione e all'eversione delle strutture fondamentali del Paese, appare più vicina ad una scelta creativa che ricognitiva del dato testuale. E, dunque, a prescindere dai dubbi circa la funzione tipizzante del collegamento tra il grave danno ed il carattere politico-istituzionale della finalità terroristica, risulta evidente che un così penetrante intento ricostruttivo si addice più ad una funzione legislativa che interpretativa della fattispecie stessa, in contrasto con i compiti nomofilattici riconosciuti alla giurisprudenza dall'impianto costituzionale.

L'indeterminatezza della fattispecie riverbera i suoi effetti negativi per i diritti fondamentali anche in ambito processuale, in quanto riduce il dato normativo alla forma concettuale del sospetto, stravolgendo il rapporto regola-eccezione tra condotta legale e criminale e con esso la struttura

[15] Cass. Sez. VI, 15 maggio 2014, n. 28009: «Ai fini del riconoscimento della finalità di terrorismo, quale delineata nell'art. 270 *sexies* c.p., è necessario, sotto il profilo oggettivo, che la condotta posta in essere dall'agente sia idonea a produrre quello che, per sua natura o per il "contesto" nel quale si colloca l'azione, possa definirsi un "grave danno" ad un Paese o ad una organizzazione internazionale; sotto il profilo soggettivo, che essa, oltre ad essere accompagnata dalla conoscenza di quel "contesto" (quando questo assuma rilevanza per la ravvisabilità del pericolo del "grave danno") e dalla volontà di avvalersi del suo influsso sulla serie causale nella quale l'azione medesima viene a confluire, sia anche consapevolmente diretta a produrre uno o più degli ulteriori eventi indicati nell'anzidetta disposizione normativa (intimidazione della popolazione, costrizione dei pubblici poteri o di un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto; destabilizzazione o distruzione delle strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un paese o di una organizzazione internazionale")».

[16] Cass. Sez. VI, 15 maggio 2014, n. 28009, in <*dejure.it*>: «La finalità di "costrizione" dei pubblici poteri o di una organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto, per assumere rilievo in relazione al disposto di cui all'art. 270 *sexies* c.p., postula, per un verso, che si tratti di un atto riguardante un affare di particolare rilevanza, capace quindi di influenzare le condizioni della vita associata, per il suo oggetto o per l'implicazione che ne derivi in punto di "tenuta" delle attribuzioni costituzionali; per altro verso che detta finalità sia perseguita con modalità illegittime, quali debbono ritenersi quelle che esulino dalle pressioni che vengano esercitate mediante il libero dispiegarsi del dibattito sociale e del conflitto politico».

accusatoria del giusto processo[17].

Va altresì posto nel debito risalto il dato secondo cui, in un sistema improntato al principio di obbligatorietà dell'azione penale, l'indeterminatezza può legittimare, tra l'altro, la concessione di misure cautelari fondate su *gravi indizi* di remoti atti preparatori o di mera adesione interiore all'ideologia terroristica, ovvero ingenerare problemi di *ne bis in idem*, ecc. Emblematico, a nostro avviso, il dibattito giurisprudenziale intorno alla ricerca di una *actio finium regundorum* tra le fattispecie di cui agli artt. 270 e 270 *bis* c.p.

In un primo tempo, la giurisprudenza individuava la distinzione tra i due tipi di reato nella circostanza secondo cui la prima sarebbe stata a forma specifica, mentre la seconda a forma generica.

Un altro orientamento, cercando di elaborare una differenza fondata su di un carattere essenzialmente *semantico*, affermava che l'art. 270 c.p. mirava ad impedire la *soppressione* degli ordinamenti politici e giuridici della società, mentre l'art. 270 *bis* c.p. era volto ad impedire l'*eversione* dell'ordine democratico: la distinzione veniva improntata, dunque, ad una presunta diversità di beni giuridici tutelati.

Ma le opinabili posizioni ora accennate sono state superate dalle modifiche legislative apportate dal d.l. n. 144 del 2005 (conv. in l. n. 155/2005) che, introducendo l'art. 270 *sexies* c.p., ha definito le *condotte con finalità di terrorismo interno o internazionale* in maniera inequivocabilmente coincidente con la sovversione o eversione violenta di cui all'art. 270 c.p.

La previsione, *ex* art. 270 *bis* c.p., inoltre, viene generalmente considerata dal Supremo Collegio come dotata di maggiore ampiezza; ciò potrebbe determinare una sostanziale abrogazione della fattispecie, di cui art. 270 c.p., invero non prevista espressamente dal legislatore. Ed infatti, mentre l'art. 270 c.p. attualmente richiede – per la sua configurabilità – gli estremi dell'idoneità e dell'univocità, *ex* art. 56 c.p., l'art. 270 *bis* c.p. *è* sempre stato considerato una fattispecie di pericolo presunto, che realizza, rispetto all'art. 270 c.p., un'ulteriore anticipazione della tutela[18], perseguendo il mero

[17] Moccia, *La promessa non mantenuta*, cit., pp. 70 ss.; Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 131 ss.; L. Filippi, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali*, in «DPP», 2005, pp. 1212 ss.

[18] Cass. Sez. V, 20 novembre 2013, n. 46340: «Per quanto attiene alla distinzione tra art. 270 c.p. (associazioni sovversive) e 270 *bis* c.p. (associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico), il discrimine non sta nell'oggetto della tutela - nel primo caso gli ordinamenti politici e giuridici, come veicolati dai canali della rappresentanza, nel secondo caso l'ordine democratico più sistemicamente inteso -, sta, invece, nella diversa struttura delle norme, *in primis*. Infatti, mentre il reato di associazioni sovversive *ex* art. 270 c.p. punisce la costituzione di organizzazioni dirette ed idonee alla

proposito criminoso concretizzantesi in un'associazione costituita allo scopo di realizzarlo mediante la commissione di atti di violenza qualificata.

Infine, la Suprema Corte ha individuato il tratto discriminante tra le due ipotesi incriminatrici nel diverso metodo antidemocratico che, nel primo caso (art. 270 c.p.), si connota come violenza generica mentre, nel secondo (art. 270 *bis* c.p.), come violenza terroristica[19]. In altre parole, la Corte afferma che quest'ultima è l'unica interpretazione che possa consentire il persistere dell'art. 270 c.p. nel nostro ordinamento, dopo l'introduzione e le modifiche dell'art. 270 *bis* c.p.

Ebbene, nonostante lo sforzo interpretativo della giurisprudenza, i problemi derivanti dall'ipertrofia legislativa in tema di reati contro il terrorismo sono comunque ben lungi dall'essere risolti. Ne rappresentano testimonianza, ad esempio, i continui rischi di sovrapposizione tra le dette fattispecie associative e le ipotesi di cospirazione politica mediante associazione e di banda armata, *ex* art. 305 e 306 c.p.

Le considerazioni che precedono consentono di rilevare, ancora una volta, come la tendenza alla produzione normativa – in special modo nel settore penale – si fondi principalmente su situazioni contingenti e, troppo spesso, anche propagandistico-elettorali, in particolare in periodi di vera o presunta emergenza. Il legislatore pare così dimenticare quelle fondamentali esigenze di legalità e di razionalità complessiva del sistema che ha l'obbligo costituzionale di garantire. E, dunque, la conseguenziale delega alla giurisprudenza di questi doveri fondamentali, oltre a caricare il sistema giudiziario di attribuzioni costituzionalmente non previste, dà luogo ad un superamento dei limiti di una corretta dialettica costituzionale tra potere legislativo e giurisdizionale esponendo obiettivamente la magistratura a critiche, a volte anche ingenerose, a causa delle inevitabili soluzioni estemporanee e casistiche che è costretta ad adottare.

3. *Un diritto penale sempre più lontano dall'offesa*

I tempi non aiutano a restituire serenità alla risposta penalistica. Non può nascondersi che, indubbiamente, va preso atto della legittima domanda di

sovversione degli ordinamenti politici e sociali, nel caso della più recente fattispecie, l'art. 270 *bis* c.p., opera una più accentuata regressione della punibilità del vincolo associativo fino allo stato della presunzione del pericolo per l'ordinamento democratico - tipica struttura del reato a pericolo presunto».

[19] Cass. Sez. V, 20 novembre 2013, n. 46340.

sicurezza dei consociati e del dato che coloro i quali hanno la responsabilità di dare delle risposte istituzionali devono attivarsi per soddisfare quella richiesta. Il compito degli attori istituzionali non può e non deve essere quello di assecondare allarmismi ma di contemperare – attraverso idonea normativa – un corretto rapporto tra autorità e libertà. In altri termini, chi ha la responsabilità di tutelare l'incolumità pubblica – *in primis* il legislatore – non può certo esimersi dall'intervenire, al limite, anticipando la tutela nei confronti di un terrorismo che utilizza anche strumenti diversi dalle armi – convenzionali e non – come, per esempio, i normali mezzi di trasporto, non per questo meno micidiali. Tuttavia, come già segnalato, l'anticipazione della tutela va inserita in un contesto sistematico rispettoso dei principi costituzionali e quella penale, in particolare, dev'essere ancor più motivata dal rispetto di esigenze di *extrema ratio*.

Ma in questa materia, il percorso è da sempre irto di ostacoli. Com'è noto, il titolo I del codice penale in tema di delitti contro la personalità dello Stato si caratterizza per una frequente anticipazione della soglia di punibilità, attribuendo rilievo ad attività meramente preparatorie, tradizionalmente rapportate a peculiari atteggiamenti soggettivi che, sovente, assumono la forma del dolo specifico.

Ed è questa la sede in cui ritroviamo sia fattispecie associative finalizzate alla criminalizzazione del mero accordo diretto alla commissione di delitti, sia figure di attentato che – almeno nella formulazione testuale primigenia – permetterebbero, in via astratta, la punibilità di comportamenti addirittura antecedenti alla idoneità e non equivocità degli atti previste per il tentativo, *ex* art. 56 c.p.[20]. A questo proposito va posto nel debito risalto il dato secondo cui mentre la Suprema Corte ha precisato che la struttura del delitto di attentato – per evitare problemi di costituzionalità legati ad un'eccessiva anticipazione della tutela – deve rivestire almeno i caratteri del delitto tentato, la legislazione emergenziale in materia di terrorismo ha, viceversa, estremizzato la soglia di anticipazione della tutela penale, servendosi anche dei *deficit* di legalità precedentemente evidenziati, spingendosi alla criminalizzazione dei più remoti atti preparatori e, in sostanza, di qualsiasi condotta sintomatica del mero atteggiamento interiore dell'agente[21]. Inoltre, l'impianto sistematico ora delineato risulta corredato da ulteriori ipotesi che riproducono lo schema dei reati ostativi, i quali perseguono una congerie di condotte estremamente variegate, che vanno dalla detenzione abusiva

[20] T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici*, in «RIDPP», 1982, pp. 11 ss.

[21] Sull'anticipazione della tutela e sull'impronta soggettivistica della legislazione antiterroristica cfr. Marinucci, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in «RIDPP», 2011, pp. 16 ss.

di precursori di esplosivi, *ex* art. 678 *bis* c.p., fino al procurarsi o utilizzare materiale radioattivo o ordigni nucleari (art. 280 *ter* c.p.).

Le circostanze emergenziali in base alle quali la legislazione antiterrorismo sta procedendo nel solco di una ancor più marcata anticipazione della tutela penale sembrano trovare conferma nella tendenza al superamento finanche dello strumento, in tal senso *tradizionalmente* emblematico, rappresentato dal reato associativo.

Sebbene la giurisprudenza usualmente largheggi nell'individuazione del concetto di "partecipazione", accontentandosi del mero impegno a svolgere un ruolo nell'associazione fino ai limiti della criminalizzazione della mera adesione ideologica[22], appare sempre più diffusa la propensione verso una tipizzazione di figure delittuose autonome rispetto alla prova della partecipazione o dello stesso concorso esterno in una associazione, *ex* art. 270 *bis* c.p.[23].

Tale tendenza è nata dalle *esigenze della prassi* nel contrasto al fenomeno terroristico transnazionale, recepita anche dalle fonti internazionali in materia, che hanno lamentato difficoltà di ricostruzione probatoria della fattispecie associativa in contesti caratterizzati da contatti tra gli aderenti fortemente schermati e, per lo più, realizzati senza compresenza fisica, in ambiti sovranazionali se non del tutto de-territorializzati, grazie all'impiego massiccio delle tecnologie informatiche. E anche in questo caso il legislatore ha tradotto ogni sollecitazione in provvedimenti normativi, rinunciando completamente a svolgere quella essenziale funzione di controllo rispetto ai principi fondamentali. Da qui il fiorire di nuove fattispecie incriminatrici, tutte accomunate dalla clausola di sussidiarietà "al di fuori dei casi di cui all'articolo 270 *bis* c.p." e dalla volontà di punire condotte preparatorie ritenute pericolose, a prescindere dalla configurazione di un'associazione criminale.

Questo orientamento trova conferma nella disposizione di cui all'art.

[22] Cass. Sez. V, 11 giugno 2008, n. 31389. In senso conforme, Cass. Sez. V, 12 dicembre 2017, n. 55418.

[23] Cass. Sez. V, 3 novembre 2017, n. 50189, Pres. Fumo, Rel. Brancaccio; Cass. Sez. VI, 29 marzo 2018, n. 14503, Pres. Paoloni, Est. Silvestri, in «DPC –RT.», 11 ottobre 2018, con nota di M. Raimondi, *Due sentenze della cassazione in tema di condotta partecipativa a un'associazione terroristica di matrice jihadista e mera adesione ideologica*. In dottrina, cfr. C. Cupelli, *Il nuovo art. 270 bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza?*, in «CP», 2002, pp. 897 ss.; A. Gamberini, *Gli strumenti penali di contrasto al terrorismo internazionale: alcuni interrogativi sulla tecnica e sull'oggetto di tutela della nuova fattispecie di cui all'art. 270 bis c.p.*, in «CD», 2004, pp. 69 ss.; Viganò, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in «CP», 2007, pp. 3953 ss.; E. Aprile, *Art. 270 bis c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, Giuffrè, Milano, 2010, Vol. VI, pp. 191 ss.

270 *quinquies*.1 c.p., attraverso la quale il legislatore ha inteso criminalizzare la condotta di *chiunque raccolga, eroghi o metta a disposizione fondi destinati ad essere utilizzati in tutto o in parte per il compimento di condotte con finalità di terrorismo*[24]. La norma presenta una doppia clausola di sussidiarietà, applicandosi soltanto al di fuori dei casi previsti dagli artt. 270 *bis* e 270 *quater*.1 c.p. (quest'ultimo, peraltro, punito meno severamente)[25]. La norma intende sanzionare non già l'attività di finanziamento alle associazioni terroristiche (com'è noto, punita dalle precedenti norme), ma la raccolta e l'erogazione di fondi a favore di singoli soggetti non organici ai sodalizi criminosi (i cd. "lupi solitari")[26]. Tale interpretazione trova conforto nel

[24] Tra le altre, Cass. Sez. V, 19 luglio 2016, n. 6061, in <*dejure.it*>: «Con la precisazione, peraltro, che nei confronti di chi si addestra in via autonoma, raccogliendo informazioni e istruzioni fornite *in incertam personam* magari sui siti *internet*, non a caso il legislatore si limita a indicare che il comportamento ispirato dalle istruzioni autonomamente acquisite sia solo "univocamente" orientato ad atti di terrorismo, senza richiamarne il - di norma, correlato - carattere di "idoneità": ciò perché in una tale situazione la pericolosità appare *ictu oculi* manifesta e giustifica una ancora più accentuata anticipazione della soglia di rilevanza penale, in ragione della potenziale, enorme diffusività di quel bagaglio di conoscenze messo a disposizione di un numero indeterminato e pressoché infinito di "lupi solitari", con organizzazioni terroristiche pronte ad ascrivere a sé la riferibilità dei comportamenti violenti posti in essere da soggetti "auto-informati", rispetto ai quali le organizzazioni medesime non abbiano avuto alcuna occasione di contatto a dispetto della eventuale postuma rivendicazione (nella specie, l'indagato aveva scaricato, quotidianamente e in abbondanza, filmati illustrativi di tecniche di difesa personale e di allenamento, o su come accertare di essere o meno spiati attraverso il telefono, nonché relativi alla preparazione di ordigni, e l'assunzione di una condotta animata da finalità terroristica, necessaria per la configurabilità del reato, era stata in positivo dimostrata dal comportamento tenuto dallo stesso dopo l'acquisizione delle informazioni: tentativo non riuscito di raggiungere la Turchia, programmazione di un viaggio in Belgio, ripetuti contatti con ambienti islamici radicali e con soggetti collegati a vicende afferenti l'impiego di armi ed esplosivi; per l'effetto la Corte ha rigettato il ricorso avverso la misura cautelare)». Cfr. anche Z. Zencovich, *Il reato di assoluzione*, in «CD», 2014, pp. 14 ss.

[25] Sui rapporti in giurisprudenza tra le fattispecie di cui agli artt. 270 *quater* e *quinquies* c.p. e 270 *bis* c.p., si veda Cass. Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 39430: «In tema di associazioni sovversive con finalità di terrorismo internazionale, la condizione dell'arruolato (che, in quanto tale, non risponde del reato di cui all'art. 270 *quater* cod. pen.) o dell'addestrato (punibile, invece, ai sensi dell'art. 270 *quinquies*) non preclude la responsabilità di questi ultimi in ordine al reato associativo di cui all'art. 270 *bis* c.p. qualora essi non siano solo tali ma entrino a far parte dell'organizzazione terroristica in nome e per conto della quale l'arruolamento o l'addestramento siano effettuati, considerato che con l'introduzione delle previsioni di cui agli art. 270 *quater* e quinquies c.p., il legislatore ha inteso estendere e non restringere l'area delle condotte penalmente sanzionabili». V. anche Cass. Sez. V, 11 giugno 2008, n. 31389, in <*dejure.it*>.

[26] Sul punto, cfr. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invin-*

dato giurisprudenziale secondo cui l'adesione all'associazione, *ex* art. 270 *bis* c.p., può essere *aperta*[27]. Alla luce di queste affermazioni, va altresì precisato che la punibilità delle condotte previste dalla norma di cui all'art. 270 *quinquies*.1 c.p. è indipendente dall'effettivo utilizzo dei fondi e sembra voler impedire qualsiasi sindacato del giudice in merito alla portata offensiva della fattispecie. Sotto questo profilo, assumono particolare rilievo anche le fattispecie di arruolamento con finalità di terrorismo *ex* art. 270 *quater* c.p. – estesa dal d.l. 7 del 2015 anche al soggetto arruolato – e quella di addestramento *ex* art. 270 *quinquies* c.p.[28].

Per quello che concerne l'ipotesi di cui all'art. 270 *quater* c.p., al di là della nozione indeterminata di "arruolamento", intesa dalla giurisprudenza come mero accordo qualificato dalla doppia finalità prevista dalla norma, tale fattispecie è stata oggetto di una pronuncia della Suprema Corte[29] che

cibile?, cit., pp. 51 s.

[27] Sul punto, Cass. Sez. V, 3 novembre 2017, n. 50189, in <dejure.it>: «Configura il reato di cui all'articolo 270 bis c.p. la costituzione di una "cellula" organizzativa di matrice *jihadista*, pur in presenza di uno schema di aggregazione minimo e di natura rudimentale (anche perché l'Isis e, più in generale, le moderne organizzazioni terroristiche di matrice Islamica radicale propongono una formula di adesione alla struttura sociale definibile come "aperta" e "*in progress*", sempre disponibile ad accogliere le vocazioni criminali provenienti da singoli e gruppi, secondo un modello spontaneista e privo di formalismi, spesso avulso da qualsiasi contatto fisico tra soggetti che siano esponenti riconosciuti dell'organizzazione terroristica islamistica di riferimento e persone aderenti ai gruppi o cellule che compiono poi gli attentati), in relazione alla quale emergano non soltanto l'ideologia eversiva di ispirazione, ma anche l'adozione della violenza terroristica come metodo di lotta che il sodalizio intende esercitare o si prefigura e l'effettiva possibilità di attuare anche una sola delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica di organizzazioni riconosciute e operanti come tali, quali la realizzazione di attentati terroristici contro obiettivi nel territorio dello Stato, la propaganda e il proselitismo, l'addestramento e l'autoaddestramento dei sodali alla guerra (ciò che nella specie è stato ravvisato, in sede cautelare, valorizzando quali elementi indiziari: la condivisione di *files*-video che inneggiano alla *jihad* e mostrano scene di uccisioni e di guerra, diffusi da organizzazioni terroristiche internazionali, come tali riconosciute, ovvero illustrano le istruzioni per la preparazione di ordigni *home-made*, nonché l'accertamento di attività di proselitismo e propaganda da parte dei sodali mediante i propri profili social, di addestramento e auto addestramento alla guerra e di programmazione, per quanto embrionale, della realizzazione di attentati veri e propri sul territorio dello Stato e, in particolare, nel luogo di effettiva residenza)».

[28] Cass. Sez. V, 19 luglio 2016, n. 6061; Cass. Sez. V, 14 luglio 2016, n. 48001, con nota di Salviani.

[29] Cass. Sez. I, 9 settembre 2015, n. 40699, in <*dejure.it*>: «In ordine alla configurabilità del delitto di cui all'art. 270 *quater* c.p., la nozione di "arruolamento" è equiparabile a quella di "ingaggio", da intendersi come raggiungimento di un serio accordo tra soggetto che propone il compimento, in forma organizzata, di più atti di violenza ovvero di sabotaggio con finalità di terrorismo e soggetto che aderisce» e p. 9 della stessa sentenza,

ne ha estremizzato la tendenza all'anticipazione della tutela penalmente rilevante. Pur configurando l'arruolamento sostanzialmente come un reato-contratto, di pericolo presunto, la Cassazione non ha escluso che questo possa manifestarsi in forma tentata, criminalizzando anche la mera attività "precontrattuale", tesa alla promozione e realizzazione dell'accordo[30].

Per quello che concerne, invece, la fattispecie di addestramento ad attività di terrorismo, è di tutta evidenza il ricorso alla criminalizzazione di condotte preparatorie. Anche qui la giurisprudenza ha ampliato il tipo, ritenendo punibile, già nella versione antecedente all'intervento legislativo del 2015, la condotta di auto-addestramento[31].

Invero, il d.l. 7/2015 non si è limitato a ratificare questo orientamento interpretativo estensivo, ma ha introdotto altresì una seconda fattispecie all'art. 270 *quinquies* co. 1, ultimo periodo, c.p. consistente nel porre in essere "comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270 *sexies* c.p.". In quest'ultimo delitto l'aver acquisito anche autonomamente le istruzioni necessarie non rappresenta la condotta penalmente rilevante, ma un suo presupposto.

Non occorre spendere troppe parole per evidenziare come questa nuova ipotesi delittuosa, ipersoggettivizzata e assolutamente indeterminata, rappresenti un vero e proprio punto di non ritorno rispetto all'assetto costituzionale dei principi del diritto penale.

Le norme menzionate e la loro interazione con i più recenti orientamenti giurisprudenziali dimostrano come sia diventato del tutto evanescente il confine tra le soglie del penalmente rilevante rispetto al mero proselitismo ed alla libera manifestazione del pensiero, potenzialmente suscettibili, tra l'altro, di criminalizzazione anche attraverso il "vecchio strumentario" del codice fascista, come è accaduto in una pronuncia di condanna da parte della Suprema Corte per apologia di associazione con finalità di terrorismo[32].

in cui si evidenzia come la genesi e le fonti internazionali di riferimento della stessa norma avrebbero un più ampio oggetto di tutela, essendo tesa a criminalizzare forme tipizzate di contiguità associativa non necessariamente comportanti l'immissione in possesso del soggetto reclutato. Non può pertanto escludersi, in via dogmatica, la realizzazione in forma tentata del delitto di arruolamento.

[30] Cfr. nota precedente e, in contrasto con la prevalente dottrina, cfr. C. Piemontese, *(sub) art. 270 quater*, in «c.p.», tomo I, V ed., a cura di Padovani, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1851 ss.; A. Valsecchi, *(sub) art. 270 quater*, in Dolcini, Marinucci, *Codice penale commentato*, II ed., Giuffrè, Milano 2006, pp. 1960 ss.

[31] Cass. Sez. I, 6 novembre 2014, n. 4433.

[32] Cass. Sez. II, 21 febbraio 2019, n. 22163, in <*dejure.it*>: «Integra il delitto di partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo internazionale *ex* art. 270-*bis* c.p., e non il delitto di istigazione a delinquere *ex* art. 414 c.p., la condotta di soggetti che, aperti sostenitori del c.d. Stato islamico e rispondenti alla chiamata al *jihad*, abbiano posto in

4. *Il complessivo inasprimento sanzionatorio ed il rafforzamento di istituti volti a favorire il ravvedimento* post delictum

Da un punto di vista sanzionatorio, la legislazione italiana in tema di terrorismo è espressiva dell'ormai usuale atteggiamento "schizofrenico" del legislatore, che oscilla tra interventi securitari, fortemente repressivi, da un lato, e asistematiche forme di premialità, dall'altro.

Una prima, scontata, osservazione induce a considerare che le cornici edittali in tema di terrorismo sono tra le più elevate della legislazione penale. Invero, tale configurazione sanzionatoria risponde, per lo più, a bisogni simbolici di conforto emotivo oltre che ad esigenze processuali[33] (le quali, in verità, in tema di terrorismo godono, *ex se*, di un regime derogatorio ed eccezionale, come si può evincere in tema di intercettazioni, misure cautelari, termini di indagine).

Il quadro sanzionatorio delineato dalla legislazione emergenziale in tema di terrorismo si completa con un denso coacervo di circostanze aggravanti le quali, per meri fini simbolico-repressivi, tentano di decifrare qualsiasi sfumatura casistica emotivamente allarmante, con forti rischi di irragionevolezza.

Basti pensare che gli artt. 1 co. 3, lett. b) e l'art. 2 co. 1 del d.l. 7 del 2015 hanno introdotto – rispettivamente, per il reato di addestramento, per l'istigazione privata di cui all'art. 302 c.p. e per quella pubblica di cui all'art.

essere condotte strumentali al consolidamento ed al rafforzamento dell'organizzazione sia mediante atti di propaganda apologetica rilevanti sul piano della concreta incentivazione dell'adesione al progetto criminoso (nella specie, uso del "*web*" e dei "*social media*" con pubblicazione di video relativi a gravi attentati terroristici per divulgare la chiamata al *jihad*; partecipazione a gruppi chiusi di condivisione dell'ideologia *jihadista*; adesione espressa alla rivista "*on line*" "*Dabiq News*" che fornisce consigli sui bersagli da colpire in occidente, sulla fabbricazione di ami e sulle modalità di emigrazione verso i territori conquistati dal c.d. stato islamico), sia con condotte volte ad agevolare il reclutamento e l'autoradicalizzazione (nella specie, evidenziando la conoscenza ed i pregressi contatti con soggetti combattenti nelle zone di guerra e fornendo ausilio a chi intendeva unirsi alle milizie *jihadiste*), nonché il convogliamento di risorse economiche-finanziarie verso l'organizzazione di matrice islamica». Sul punto, cfr. anche Cass. Sez. VI, 5 marzo 2019, n. 13421 relativa alla fase cautelare. V., altresì, Cass. Sez. I, 6 ottobre 2015, n. 47489; Cass. Sez. II, 22 maggio 2017, n. 25452; Cass. Sez. II, 25 maggio 2006, n. 24994; Cass. Sez. VI, 12 luglio 2012, n. 46308; Cass. Sez. V, 11 giugno 2008, n. 31389; Cass. Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 14503; Cass. Sez. V, 3 novembre 2017, n. 50189; Cass. Sez. I, 21 giugno 2005, n. 35427; Cass. Sez. V, 8 ottobre 2015, n. 2651; Cass. Sez. VI, 11 settembre 2018, n. 40348; Cass. Sez. I, 15 maggio 2017, n. 24103; Cass. Sez. V, 14 luglio 2016, n. 48001; Cass. SU, 12 luglio 2005, n. 33748.

[33] Sul punto, cfr. D. Curtotti, *Procedimento penale e* intelligence *in Italia: un'osmosi inevitabile, ancora orfana di regole*, in «Processo penale e giustizia», 3, 2018, pp. 435 ss.

414 c.p. – la circostanza aggravante del fatto "commesso attraverso strumenti informatici o telematici"; nell'ipotesi qualificata dell'istigazione ed apologia di delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità di cui all'art. 414 co. 4 c.p., l'aumento previsto dalla nuova aggravante è addirittura di due terzi.

Con l'art. 4, comma 1, lettera c) del suddetto decreto si sono aggiunte all'elenco dei reati aggravati dall'art. 71 del d. lgs. 159 del 2011 sia le fattispecie specificamente concernenti l'attività terroristica (artt. 270 *bis*, 270 *ter*, 270 *quater*, 270 *quater*.1, 270 *quinquies* c.p.), sia qualunque (*sic*!) delitto commesso «con le finalità di terrorismo di cui all'art. 270 *sexies* del codice penale».

Il proliferare di circostanze aggravanti, innestate, come si è visto, in un sistema di cornici edittali già molto severe, rappresenta un ulteriore fattore di esasperazione del rigorismo sanzionatorio.

Non va trascurato, inoltre, il problema del bilanciamento di circostanze eterogenee, notoria espressione di un'eccessiva discrezionalità giudiziale, eccezionalmente derogata in relazione a talune ipotesi di reato come quelle previste dagli artt. 280 e 280 *bis* c.p.

Una seconda considerazione che emerge dalle scelte sanzionatorie in tema di reati contro il terrorismo è improntata alla utilizzazione di forme di ravvedimento attivo, cioè di comportamenti successivi alla consumazione del reato, di segno opposto allo stesso, realizzati entro un preciso limite temporale. Il dato non è nuovo. Lo stesso codice Rocco conosceva istituti simili: si pensi alla non punibilità – *ex* art. 308 c.p. – degli autori di cospirazione politica mediante accordo o associazione se, anteriormente all'arresto o al procedimento, questi sciolgono il sodalizio, recedono o impediscono comunque che sia portata a compimento l'esecuzione del delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è stata costituita. Forme analoghe sono previste dall'art. 309 c.p., in relazione alla banda armata. La legislazione dell'emergenza ha finito per esaltare tale tendenza politico - criminale, prevedendo la non punibilità del colpevole di un delitto commesso con finalità di terrorismo o di eversione, che volontariamente impedisce l'evento e fornisce elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per l'individuazione degli eventuali concorrenti (art. 3 l. 29 maggio 1982, n. 304). Il modello del ravvedimento e della collaborazione processuale ispira altresì le ipotesi di non punibilità previste dall'art. 1 l. 29 maggio 1982, n. 304 per i reati associativi e quelli connessi, mentre l'art. 5 della medesima legge prevede una speciale esimente del recesso attivo, *ex* art. 56 co. 4 c.p., se accompagnato dalla collaborazione processuale.

Anche il d.l. 21 marzo 1978, n. 58 si mosse nel solco di questa strategia sanzionatoria complessa, cioè alternativamente caratterizzata da pene astrattamente severe e trattamenti premiali prevedendo, all'art. 289 *bis* co. 4 c.p., una diminuente per il reo che, dissociandosi dagli altri, si adoperi al fine di far riacquistare la libertà al soggetto passivo.

La legge 6 febbraio 1980 n. 15 di conversione del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625 prevede un'analoga circostanza attenuante per l'autore di delitti commessi con finalità di terrorismo o eversione che, dissociandosi, si adopera affinché l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero collabora con le autorità nella raccolta di prove o nella cattura dei concorrenti.

Un simile tenore presentava anche l'attenuante prevista dall'art. 2, l. 304 del 1982, per i *correi* che, dissociandosi, fornivano piena confessione di tutti i reati commessi e si adoperavano efficacemente durante il processo per impedire la commissione di reati connessi ovvero per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato. Infine, l'art. 3, l. 29 maggio 1982, n. 304 prevedeva un'attenuante basata sulla fattiva collaborazione da parte del *reo* di reati commessi con finalità di terrorismo o di eversione che, dissociandosi, rendeva piena confessione di tutti i reati commessi e collaborava con le autorità. La piena asistematicità di queste attenuanti nell'ambito di una razionale funzione della pena è resa ancor più evidente dal fatto che esse hanno avuto una portata temporanea per espressa volontà del legislatore, auto-dichiarando la loro natura estemporanea ed emergenziale.

La previsione di una strategia premiale in tema di reati contro il terrorismo comporta pesanti distorsioni sia da un punto di vista generalpreventivo che specialpreventivo. In primo luogo, attribuire rilevanza esimente o attenuante anche a comportamenti scollegati dal piano dell'offesa e improntati a mere condotte processuali trascende verso un diritto penale dell'autore, *sub specie* del "terrorista pentito". Eppure le ipotesi normative che configurano il cosiddetto ravvedimento attivo non necessariamente celano un sincero pentimento morale dell'autore, potendo semplicemente essere motivate da calcoli opportunistici del *reo*. Né, d'altronde, il processo penale sembra avere gli strumenti e la legittimazione a sondare la psiche dell'individuo fino a far emergere le sue reali motivazioni.

In secondo luogo, la congerie di tali trattamenti premiali - strettamente connessi, altresì, alla possibile applicazione di misure alternative alla detenzione, *ex* art. 4 *bis*, l. 26 luglio 1975, n. 354 - va spesso a sommarsi alle dinamiche di un sistema sanzionatorio ormai caotico e indulgenziale, indebolendo il messaggio di coesione dei consensi intorno ai valori

dell'ordinamento tutelati dalle norme penali.

Si tratta, come è stato saggiamente osservato, di una *giustizia contrattata*, ovvero di una gestione della penalità espressiva di una forte crisi della legalità e di valori[34]. La premialità viene adoperata come merce di scambio in una contrattazione strutturalmente asimmetrica tra ordinamento e autore del reato, al fine di ottenere da quest'ultimo determinate prestazioni, spesso del tutto slegate dal piano dell'offesa e dell'integrazione sociale del *reo*. Gli autori dei reati di terrorismo vengono beneficiati soltanto in quanto offerenti una collaborazione processuale, al fine di promuovere, attraverso le dinamiche di un diritto dell'autore che spesso prescinde dall'accertamento della verità e della responsabilità del *reo*, un'auspicata efficienza del sistema processuale. Efficienza processuale che spesso, attraverso i fenomeni di coazione indotta alla collaborazione e le distorsioni dal punto di vista generalpreventivo negativo e positivo, si rivela indimostrata se non addirittura inesistente.

5. *Lo strumentario delle misure di prevenzione per colpire il terrorista come tipo d'autore*

Un'ulteriore e preoccupante tendenza riscontrabile nella legislazione italiana in materia di terrorismo è rappresentata dalla cieca fiducia riposta dal legislatore nel sistema delle misure di prevenzione. Anche in quest'ambito non si è di fronte ad una completa novità. Come è noto, già con l'art. 18 della l. 22 maggio 1975, n. 152 si estese l'applicabilità delle misure previste dalla legge 31 maggio 1965, n. 575 per gli indiziati di mafia anche ai soggetti politicamente pericolosi, tra i quali rientravano coloro che avessero compiuto atti preparatori dei delitti con finalità di terrorismo (oggi, art. 4 co. 1 lett. d) d. lgs. 159 del 2011).

Lo sviluppo di un "doppio binario" di misure preventive e sanzionatorie nei confronti del terrorismo, in conformità al modello già sperimentato per la lotta alla mafia, non è quindi una novità del sistema. I più recenti interventi normativi hanno, tuttavia, confermato e potenziato l'incidenza delle misure di prevenzione nel contrasto al terrorismo.

Il d.l. 7 del 2015, al fine di contrastare il fenomeno dei *foreign fighters*, ha modificato la fattispecie di pericolosità prevista dall'art. 4, comma 1, lett.

[34] Sul punto, cfr. l'ancora attuale Aa.Vv., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998. In particolare, nel testo ora citato, cfr. Moccia, *Il dover essere della premialità*, pp. 203 ss., in pt. pp. 213 ss.

d) del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che risulta adesso riferibile anche a «coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270 *sexies* del codice penale».

Nell'art. 9 del d. lgs. 159 del 2011 è stato aggiunto un comma 2-*bis*, che attribuisce al questore, nei casi di necessità ed urgenza, il potere di ritirare temporaneamente il passaporto e sospendere la validità ai fini dell'espatrio dei documenti equipollenti, all'atto della presentazione della proposta di applicazione delle misure di prevenzione della sorveglianza speciale e dell'obbligo di soggiorno nei confronti delle persone riconducibili alla suddetta fattispecie di pericolosità.

Il nuovo art. 75 *bis* del d. lgs. 159 del 2011 introduce altresì una fattispecie di «violazione delle misure imposte con provvedimenti d'urgenza», sanzionata con la stessa pena prevista per la violazione delle misure concernenti il luogo di soggiorno del proposto (comma 2 del precedente art. 75), cioè la reclusione da uno a cinque anni.

Le misure di prevenzione trovano, proprio nell'ambito dei reati di terrorismo, un nutrito stuolo di sostenitori perché assicurano interventi celeri, deformalizzati, asseritamente efficaci.

Eppure, il loro potenziamento e la loro diffusione - in uno con una condivisione sempre più marcata di finalità e di struttura con le vere e proprie norme incriminatrici, per lo più incentrate su meri atti preparatori - non fa altro che acuire quei dubbi di legittimità costituzionale che rappresentano il loro "peccato originale" mai espiato, nonostante i proclami di costituzionalizzazione e giurisdizionalizzazione diffusi nella dottrina e nella giurisprudenza maggioritarie.

6. *Conclusioni: la legislazione antiterrorismo come esempio di un "diritto penale del nemico"*

Dall'analisi inevitabilmente sommaria che si è fin qui compiuta non può che emergere un risultato sconfortante circa l'attuale legislazione italiana in materia di terrorismo.

Questa è caratterizzata da un trattamento giuridico-penale differenziato nei confronti degli autori dei reati di terrorismo, in senso naturalmente derogativo rispetto ai principi fondamentali vigenti in tale ambito; ciò sembra, inoltre, raccogliere ormai sempre più consensi non soltanto tra l'opinione pubblica, i *mass media* e le classi politiche dirigenti, ma anche tra alcuni autorevoli esponenti del mondo accademico.

La legislazione italiana antiterrorismo rappresenta, infatti, una chiara concretizzazione della teoria di Günther Jakobs, che, come è noto, propone di distinguere un "diritto penale del cittadino" (*Bürgerstrafrecht*), rivolto a coloro che delinquono sporadicamente senza mai mettere in discussione i fondamenti dell'ordinamento giuridico in cui agiscono, da un diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*), riservato invece a coloro che si pongono in un sistematico ed insanabile contrasto con l'ordine costituito, non riuscendo ad offrire mai sufficienti garanzie di lealtà al diritto[35].

Il diritto penale del nemico, dunque, è volto alla tutela di rischi e pericoli, ed è svincolato dai fastidiosi ed intralcianti *limiti* posti dai principi fondamentali[36].

Jakobs, avallando tale distinzione, contesta la concezione universalistica dei diritti fondamentali dell'individuo, negando che questi – o alcuni di essi - vadano riconosciuti a talune categorie soggettive che etichetta come "nemici". Secondo l'autore, infatti, "l'affermazione secondo la quale chiunque deve essere trattato come una persona è semplicemente

[35] G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS* 2004, Heft 3, s. 88 ss., in part. s. 95 ss. Disponibile *on-line* su <*https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?seite=6*>.

[36] Per i rapporti tra diritto penale del nemico e diritto penale del cittadino, cfr. le belle pagine di W. Hassemer, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in Aa.Vv., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 83 ss., in pt. p. 89 ss. E in nota10, pp. 89-90: «Come l'economia confina i suoi problemi difficilmente risolvibili in una Bad Bank, così il legislatore penale confina le situazioni di minaccia difficilmente controllabili in un diritto penale del nemico». Più in generale, per una panoramica sui problemi legati alla questione securitaria, cfr. F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, *passim*.

un postulato, un modello astratto per una società" che "non corrisponde necessariamente ad una società esistente". Secondo Jakobs, il terrorista, estromettendosi dal Diritto, non presta pertanto la garanzia cognitiva minima necessaria per il trattamento alla stregua di persona.

In primo luogo "il diritto penale del nemico" di Jakobs risulta caratterizzato da una forte anticipazione dell'intervento penale rispetto alla concreta commissione di una fattispecie di reato realmente offensiva, in termini di lesività o messa in pericolo, di un bene giuridico meritevole di tutela, incriminando, al contrario, comportamenti solo potenzialmente pericolosi e temporalmente molto lontani dalla concreta offesa ad un determinato bene giuridico. La seconda caratteristica essenziale che contraddistingue la disciplina penale riservata al "nemico Jakobsiano" consiste nella predisposizione di un sistema sanzionatorio differenziato rispetto a quello riservato al "cittadino", e caratterizzato da pene che, anche in deroga al principio di proporzione, mirano unicamente alla neutralizzazione del "nemico". In terzo e ultimo luogo, la disciplina penalistica che Jakobs riserva al "delinquente-nemico" presenta un forte ridimensionamento delle garanzie processuali minime dello Stato sociale di diritto, fino ad arrivare, in casi estremi in cui sia necessario evitare un pericolo imminente a più vite umane, all'eventuale legittimazione della c.d. "tortura legale"[37].

Le caratteristiche delineate da Jakobs come elementi essenziali di un diritto penale del nemico - nonostante il loro palese contrasto con i principi costituzionali - sono tutte presenti nella legislazione italiana antiterrorismo, come si è cercato di evidenziare nei passaggi precedenti.

Eppure, il contrasto agito esclusivamente sul piano penale e poliziesco nei confronti del terrorismo non solo costituisce una strategia poco attenta

[37] Cfr. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft», 97, 1985, pp. 753 ss.; Jakobs, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, a cura di A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt, Monaco, 2000, pp. 51 ss. Più in generale, sul punto, fra gli altri, cfr. E. Demetrio Crespo, *Il "diritto penale del nemico"* darf nicht sein!, in «Studi sulla questione criminale», 2, 2007, pp. 39 ss.; Id., *Dal "Derecho penal liberal" al Derecho penal del enemigo"*, in «RDPCa», 2004, pp. 87 ss.; Aa.Vv., *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, M. Donini, M. Papa (a cura di), Giuffrè, Milano 2007; Aa.Vv., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini, R. Orlandi, Monduzzi, Bologna 2007; Aa.Vv., *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, a cura di R. Wenin e G. Fornasari, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2017; F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in «RIDPP», 2007, pp. 470 ss.; E.R. Zaffaroni, *El enemigo en derecho penal*, Buenos Aires, 2006.

alle reali esigenze di tutela dei diritti umani, ma si rivela altresì fallimentare sul piano dell'efficienza. E in questo quadro, non va dimenticato che, purtroppo, «Le istituzioni comunitarie (…) quando dismettono le vesti di sovrastrutture acentriche e meramente burocratiche, sono le prime a impugnare il diritto penale come strumento di moralizzazione e di omogeneizzazione eticamente orientata della società – delle società: quelle 'naturali' insediate nel perimetro dei singoli Stati nazionali e quella artificiale virtualizzata da un immaginario esponente rappresentativo dell'*in sé* morale del soggetto politico-istituzionale "Unione Europea"»[38].

Il terrorismo anche internazionale polarizza, per lo più, il consenso di persone culturalmente e/o psicologicamente emarginate e diseredate, che trovano in forti identità collettive una risposta ai disagi esistenziali derivanti dai contesti anomici postmoderni.

Accanto e ben prima della necessaria risposta penale è pertanto drammaticamente urgente approntare risposte in chiave di emancipazione sociale e culturale, di tutela dei bisogni fondamentali di tutte le persone. Dalle stesse fonti internazionali si desume una certa consapevolezza del legame intercorrente tra politiche sociali di integrazione ed effettivo contrasto al terrorismo: ad esempio, la risoluzione n. 2178/2014 del Consiglio di sicurezza dell'ONU, all'art. 16 invita gli Stati membri a prevenire l'estremismo e il terrorismo "[…] promuovendo l'inclusione e la coesione sociale".

Si tratta di interventi in chiave di integrazione sociale e culturale di ampio respiro, immediatamente attivabili, ancorché costosi sia dal punto di vista economico che in termini di consenso politico, a differenza del ben più economico diritto penale.

L'ossessione securitaria panpenalista, radicalizzando l'intervento repressivo in moduli normativi peraltro di scarsa qualità, comporta altissimi costi per i diritti umani, calcolabili in termini certi, al fine di ottenere risultati meno che probabili se non del tutto illusori in termini di efficacia.

Tali proposte, però, debbono tener conto del dato secondo cui se un argomento razionale può bucare il muro di irrazionalità del discorso dell'emergenza, non è certo l'appello a valori non negoziabili come i diritti: che sono non negoziabili solo per chi già ci crede, come intellettuali e giuristi. A tutti gli altri, invece, occorre mostrare che, anche bilanciando, non c'è partita fra i diritti individuali di ognuno di noi e l'astrazione

[38] Così, lucidamente, C.E. Paliero, *Legittimazione democratica* versus *fondamento autoritario: due paradigmi di diritto penale*, in Aa.Vv., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, cit., pp. 157 ss.

statistica della sicurezza[39].

Altrimenti bisognerà concordare con chi osserva come il desiderio di parecchi governi di conservare una parvenza di controllo sociale, che in un mondo sempre più globalizzato alcuni sentivano di stare perdendo, ha ora trovato una valvola di sfogo nella legislazione "antiterrorismo"[40].

Tale legislazione serve spesso solo a mostrare che esiste ancora un governo, ma finisce per insinuare il sospetto diametralmente opposto: che, in realtà, nessuno governi più nulla[41].

[39] In tal senso, condivisibilmente, M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, cit., p. 73.

[40] D. Lyons, *Massima sicurezza. Sorveglianza e guerra al terrorismo* (2003), trad. it, Cortina Raffaello, Milano 2005, p. XV.

[41] Ancora Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, cit., p. 112.

Maria Beatrice Magro*

Autodeterminazione terapeutica e autodeterminazione alla morte dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019

Sommario:1. Diritto all'autodeterminazione terapeutica e diritto all'autodeterminazione alla morte: un binomio inconciliabile? – 2. Il diritto umano all'aiuto a morire quale estensione dell'autodeterminazione terapeutica – 3. La decisione della Corte costituzionale n. 242 del 2019 – 4. I passi successivi: la sentenza della Corte di Assise di Massa del 27 luglio 2020 (caso Trentini) – 5. Il diritto di morire quale estrinsecazione del diritto alla personalità nella sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 26 febbraio 2020 sul § 217 *StGB* – 6. Assistenza al suicidio e assistenza a morire del malato: la differente "struttura" del diritto all'autodeterminazione terapeutica e del diritto all'autodeterminazione alla morte – 7. Autodeterminazione e omicidio del consenziente – 8. Motivi dell'agente e consenso della vittima nell'art. 579 c.p. – 9. Responsabilità penale del medico *ex* art. 579 c.p. nel contesto di trattamenti di "fine vita" – 10. *Suicidal vulnerability* e comunicazione medico-paziente – 11. Il labile *discrimen* tra omicidio del consenziente e suicidio assistito del paziente: l'ipotesi del "suicidio per mano altrui" del paziente totalmente incapace di autoprocurarsi la morte.

1. *Diritto all'autodeterminazione terapeutica e diritto all'autodeterminazione alla morte: un binomio inconciliabile*

La libertà di autodeterminazione terapeutica – e il suo strumento operativo costituito dal consenso informato – vive attualmente un periodo particolarmente felice, dovuto alla sua l'esplicita proclamazione sul piano dei principi per effetto della l. n. 219/2017[1], nonché al lungo processo di

* Ordinaria di Diritto penale, Università degli Studi di Roma "G. Marconi".

[1] La legge 219 del 22 dicembre 2017 esordisce dedicando alla libertà di autodeterminazione del paziente l'intero art. 1 dell'articolato nonché assumendo una precisa posizione anche rispetto alcuni profili problematici (ad esempio in ordine alla definizione di trattamenti sanitari, nel chiarire il diritto a non essere informato, e il diritto a revocare il consenso in ogni momento etc.). Tra i commenti alla legge n. 219/2017, si rinvia innanzitutto a S. Canestrari, *Una buona legge buona (DDL recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in «RIML», 2017, p. 975 ss.; Id., *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in

evoluzione della giurisprudenza civile e penale, recentemente confluito nella epocale sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019 in tema di assistenza al suicidio del paziente costretto a tollerare una insopportabile agonia[2].

Invero, la storia del diritto all'autodeterminazione terapeutica è assai stratificata, perché a iniziali timide affermazioni di principio, si sono accavallate nel tempo concrete applicazioni che ne hanno valorizzato a trecentosessanta gradi l'immediata portata precettiva. La tendenza evolutiva che si trae da una osservazione ormai spassionata del sistema normativo indirizza verso una piena estensione del fondamentale diritto di libertà alla salute anche nelle fasi finali della vita umana. In questo nuovo contesto di riferimento, si evidenzia una nuova dimensione di tutela della salute che si caratterizza per la sua originalità rispetto al passato: la sua protezione si orienta anche durante quella fase della vita che sta per spegnersi, ampliandosi nei suoi contenuti fino ad abbracciare il bisogno di una morte coerente con la propria esperienza esistenziale.

Da ultimo, per effetto dell'introduzione della normativa in tema di dichiarazioni anticipate di trattamento, si è consolidata l'idea di riconoscere inespugnabili spazi alla libertà di autodeterminazione del paziente anche qualora conseguenza della sua scelta sia il verificarsi consapevole della morte. Infatti non vi è dubbio che la nuova disciplina introdotta dalla legge n. 217/2019 sancisca la piena supremazia dell'autodeterminazione del paziente tanto nell'ipotesi di *rifiuto di cure salvavita*, ove invero il decorso causale che conduce alla morte si snoda "naturalmente" seguendo il suo corso fisiologico non riconducibile all'intervento umano, quanto maggiormente

«LP», dicembre 2018, p.11. Si segnalano inoltre, nella letteratura giuspenalistica, O. Di Giovine, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in «DPP», 2018, p. 917 ss.; G.M. Flick, *Dignità del vivere e dignità del morire. Un (cauto) passo avanti*, in «CP», 2018, p. 2302 ss.; L. Eusebi, *Decisioni su trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in «RIML», 2018, 4, pp. 15 ss. Nell'ambito di lavori monografici cfr. M. Foglia, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 10 ss.; U. Adamo, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia,* CEDAM, Padova, 2018 e le riflessioni di A. Nappi, *Principio personalistico e binomi 'indissolubili'. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018, p.188 ss.; A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018, pp. 55 ss.

[2] Corte cost., n. 242/ 2019. Ricordiamo che già la Corte nel 2006 aveva affermato che il consenso informato svolge la funzione di «*sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute*», Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in «FI», 2009, I, c. 1328.

nella equiparata ipotesi di *interruzione di trattamenti salvavita*, in cui l'azione positiva umana interviene sul decorso causale della malattia che conduce alla morte, ed è nel pieno dominio di chi agisce[3].

Il consenso informato, a maggior ragione durante la dolorosa e penosa fase del "fine vita", manifesta la sua intima essenza di atto di padronanza di sé e su di sé, e consente persino di sterilizzare la valenza penale della condotta del medico che, portavoce della volontà del paziente, interrompe le cure salvavita, anticipandone il decesso, con modalità che possono adattarsi al suicidio assistito (art. 580 c.p.) o all'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.).

Due notissime vicende giudiziarie, quella di Piergiorgio Welby e quella di Eluana Englaro, hanno segnato indiscutibilmente un percorso comune: il Giudice dell'udienza preliminare di Roma ha assolto il medico che ha disconnesso Welby dal respiratore, secondo la sua esplicita e contestuale richiesta, e la Corte di cassazione ha accolto il ricorso del padre di Eluana Englaro, che chiede, ispirandosi alle opinioni espresse dalla figlia, di essere autorizzato a interrompere l'idratazione e la nutrizione parenterale della figlia, che giace in stato vegetativo da quindici anni. In entrambi i casi vi è un'azione attiva del medico che interviene su mezzi artificiali di sostegno vitale e in entrambi i casi i giudici di merito (penale) e di legittimità (civile) riconoscono che il diritto alla salute non è condizionato dal rischio di morte del paziente[4].

In questa luce, può ritenersi che, in tema di fine vita, l'interruzione di terapie tipica ai sensi dell'art. 579 c.p. ma scriminata *ex* art. 32 comma 2 Cost. (ed ormai secondo la legge n. 219/2017), sancisca il primato del

[3] Ricordiamo che il comma 5 dell'art. 1 della legge n. 219/2017 si puntualizza che «*Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*». Questa chiara presa di posizione sulla qualificazione normativa della nutrizione e della idratazione artificiali come trattamenti sanitari conduce alla conclusione che possono essere oggetto di legittimo rifiuto anche con lo strumento delle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4, comma 1).

[4] In particolare il Giudice per l'udienza preliminare ha osservato che il medico ha posto in essere «una condotta causativa della morte del paziente, e che certamente integra l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente»; inoltre «del reato contestato sussiste anche l'elemento psicologico, poiché il dottor Riccio ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente», ma «nel caso concreto è possibile ravvisare l'esimente dell'adempimento di un dovere ai sensi dell'art. 51 c.p., dato che a seguito del rapporto instauratosi tra paziente e medico non può il secondo non tenere conto della volontà del primo che si avvale dell'art.32, comma 2 Cost. che deve comunque prevalere nel possibile contrasto con l'art. 579 c.p.» (G.i.p. Roma, sent. n. 2049 del 2007).

diritto all'autodeterminazione terapeutica rispetto ad una tutela oggettiva ed astratta del bene della vita umana, lasciando supporre che *anche* la scelta verso una morte inevitabile e più o meno prossima non sia in antitesi con la vita, non costituisca un diritto autonomo e contrapposto rispetto quello alla vita o allo sviluppo della persona o alla salute e al benessere, ma una sua *articolazione interna*, una sua derivazione o espansione logico-giuridica, senza però assurgere ad autonomo diritto[5]: il diritto alla vita, in quanto diritto a non essere privati da altri della vita, non implica affatto che il soggetto titolare sia tenuto a conservarsi in vita[6].

Assumendo il modello giusfilosofico in base al quale morte e vita costituiscono eventi di libertà, da interpretare in termini di possibilità, e non in termini di imponderabile necessità, a piccoli passi e senza grandi enunciazioni di principi, il sistema giuridico ha smantellato l'impianto teorico tradizionale, giungendo a riconoscere che l'individuo ha la prerogativa di potersi autodeterminare anche qualora le conseguenze estreme di tale libera scelta siano la sua morte.

Dunque, l'evoluzione del sistema normativo sembra orientata a comporre quello che è stato tradizionalmente interpretato un ossimoro: il rapporto – conflittuale, inconciliabile ed assolutamente incompatibile – tra morire e salute, tra autodeterminazione alla morte e la libertà di autodeterminazione terapeutica. Sembra cioè che, pur mantenendo ben saldo l'obiettivo superiore di tutelare la vita umana, si sia superato il pregiudizio che subordinava ogni interesse individuale a quello – pubblico e statalista – del mantenimento in vita e che assegnava alla vita biologica un primato assoluto, sempre prevalente in ogni condizione e a qualunque costo e sacrificio[7].

Il classico dogma, secondo cui la vita debba prevalere sull'autodeterminazione, poiché non vi è libertà senza vita biologica, sembra perdere le sue radici ideologiche e mostrare la sua fragilità, in quanto emanazione di un protagonismo statualista storicamente datato, di

[5] G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria,* UTET, Torino, 2020, p. 334 e pp. 353- 357.

[6] G. Fornero, *ivi*, p. 348.

[7] Tale processo, avviato dalla giurisprudenza penale e civile, è scolpito anche in una ormai non più recente pronuncia della giurisprudenza amministrativa, secondo cui «*proprio per questa sua insopprimibile e inviolabile dimensione intima e individuale, che muove dalla pura coscienza di sé, del proprio corpo e della propria individualità, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non può incontrare un limite, di fatto o di diritto, nemmeno allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita*», così ConSt. Sez. III, 2 settembre 2014, n. 44600, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2015, con nota di E. Palermo Fabris, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa. Il consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, par. 58.

una visione fortemente collettivistica e strumentale delle libertà individuali che, nell'appropriarsi di un concetto astratto e normativo di uomo, ne nega la sua concreta e materiale essenza, e di fatto ne comprime dignità e autodeterminazione.

Le questioni di fine vita, ove maggiormente si manifesta la relazione l'interferenza tra autodeterminazione terapeutica e autodeterminazione alla morte, lungi dall'essere relegate in uno "*spazio libero dal diritto*" ostile alle regole, refrattario ad una generalizzazione e categorizzazione, godono di uno statuto giuridico i cui contorni vanno via via definendosi[8].

Chi scrive, già in tempi non arroventati dal profluvio di interventi che si sono affollati negli ultimi anni, ha sostenuto che il principio di indisponibilità del corpo, della salute e persino della vita non possa reggere ad una valutazione in termini di coerenza e ragionevolezza del sistema normativo nel suo complesso. A quell'epoca la tematica si poneva esclusivamente in termini teorici, più che pratico-casistici. Adesso molto è cambiato. Il tessuto sociale è mutato e anche il dibattito, rinnovato nei toni, nella crescente diffusa sensibilità, nelle coordinate culturali, arricchito dalla drammaticità delle esperienze concrete, utilizza immagini, luoghi e linguaggi del tutto diversi. Il tempo ha giovato a favore della diffusione di una sensibilità che non lascia adito a dubbi sulla necessità di una regolamentazione normativa; è ormai aperta alla falla che apre il varco ad applicazioni giurisprudenziali, a volte omogenee, a tratti discontinue, chiamate a risolvere drammatici "casi pratici", e ad una normativa che se ne faccia carico.

Le esigenze connesse alle decisioni sulla fine della vita si fanno portavoce di una nuova accezione della tutela della persona umana che vuole cogliere la più intima delle sue dimensioni, in cui la tutela della vita non è solo focalizzata all'impedimento di atti che ne provocano un'interruzione anticipata e arbitraria, in relazione ad aggressioni esterne, ma interferisce anche con situazioni in cui è lo stesso beneficiario o titolare del diritto ad accettarne o persino affrettarne l'esito finale.

[8] M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in «CP», 2007,3, pp. 902-918; contra A. Massaro, la quale fa riferimento allo spazio libero dal diritto, *La Corte costituzionale di fronte al caso Cappato. Il sasso del suicidio medicalmente assistito è lanciato ma quanto lontano potrà arrivare?,* in *La corte costituzionale e il fine vita*, a cura di G. D'Alessandro e O. Di Giovine, Giappichelli, Torino, 2020, p. 303. Sulla necessità di una regolamentazione, mi si permetta il rinvio, M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2001.

2. *Il diritto umano ad esser aiutato a morire quale estensione dell'autodeterminazione terapeutica*

Passando al piano della giurisprudenza costituzionale, è consentito affermare che l'autodeterminazione terapeutica si estenda fino a comprendere l'assistenza medica al suicidio del paziente in agonia. In quest'ottica, l'assistenza al suicidio del paziente assurge a strumento fattuale o a estensione dell'esercizio dell'autodeterminazione terapeutica.

Invero, fino a poco tempo addietro, il diritto fondamentale dell'autodeterminazione terapeutica nel nostro ordinamento solo indirettamente ha incluso l'aiuto a morire[9]. L'evoluzione normativa in attuazione del dettato costituzionale non ha portato al riconoscimento di un diritto ad autodeterminarsi in ordine alla fine della propria esistenza, ossia all'equiparazione tra diritto al rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitario necessari alla propria sopravvivenza e diritto al suicidio[10]. Nel testo della Costituzione non si legge espressamente il diritto di anticipare la propria morte; sul punto il costituente è lacunoso. Quindi è assai complicato individuare la base legale della domanda sociale di ampliamento o di emersione di "nuovi" diritti umani che si affacciano nell'orizzonte della tutela della salute: talora la Carta costituzionale può non essere così esplicita[11].

L'avanzata di nuovi diritti si manifesta come riconoscimento a un maggior numero di soggetti di proprie specifiche rivendicazioni, innescando un continuo processo di realizzazione dell'uguaglianza e delle sue eccezioni, verso un continuo processo di ampliamento della portata originaria del principio costituzionale[12].

[9] Il diritto umano fondamentale della salute gode di un'espressa tutela costituzionale e legislativa che discende dalla tradizione di tutte le democrazie liberali dei diritti di *habeas corpus*, di cui l'interesse superiore all'intangibilità della propria sfera corporea ne costituisce il *prius* logico.

[10] Nella letteratura anglosassone, a favore del riconoscimento di un diritto costituzionale a morire, M. Spindelman, *Death, Dying, and Domination*, in *Michigan Law Review*, vol. 106, n. 8, *Symposium on Glucksberg and Quill at Ten: Death, Dying, and the Constitution*, giugno 2008, pp. 1641-1667. Nella letteratura italiana G. Maniaci, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in «Rivista AIC», 2019, n. 1, p. 36.

[11] In questo senso, C. Tripodina, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», n. 3, 2018, p. 140; M. Ronco, *L'agevolazione al suicidio davanti alla Corte Costituzionale. Documenti e considerazioni*, in «Riv. semestrale Centro Studi R. Livatino», 2018, sostiene l'inesistenza del diritto al suicidio; Id., Il *diritto di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Giappichelli, Torino, 2019.

[12] P. Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in *Il lato*

In questo senso, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. in relazione al caso di Dj Fabo è stata peculiarmente qualificata come richiesta, da parte di persone affette da un processo morboso non più curabile e totalmente dipendenti da sostegni vitali, di essere "aiutate" a morire rapidamente, senza essere costrette a tollerare una lunga agonia in stato di incoscienza[13].

3. *La decisione della Corte costituzionale n. 242 del 2019*

La vicenda processuale di Cappato ha profondamente messo in crisi la coerenza del tradizionale sistema di norme poste a tutela della vita umana in condizioni estreme, quando la dipendenza dalla tecnologia è la *ragione* della richiesta di morire ed anche la *condizione* della impossibilità di poter autodeterminare liberamente la propria morte senza un supporto esterno.

La richiesta di suicidio assistito di Antoniani non solleva, infatti, la questione etica della tollerabilità del *dolore fisico*, cui è possibile rimediare attraverso un'adeguata somministrazione di terapie di sedazione profonda. La sedazione profonda, come risposta al dolore fisico, non costituisce, nel caso della "*sofferenza psicologica insopportabile*" di Antoniani, una valida alternativa. Egli non vuole trovarsi nella condizione di *sopravvivenza* in stato di sedazione, privo di coscienza, in attesa di una morte naturale per un tempo tanto indeterminato tanto incommensurabile; cioè, egli rifiuta l'unica risposta della scienza medica ai bisogni dei pazienti morenti, ovvero

oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Universidad Carlos 3. de Madrid, Madrid, 2014, pp. 27 ss.; a cura di E. Diciotti, B. Pastore, *Il futuro dei diritti: proliferazione o minimalismo?*, in «Ragion pratica», n. 31, 2008, pp. 275-411.

[13] Il vero problema sollevato dalla Corte costituzionale, non è affatto quello del riconoscimento di un generico o indiscriminato «diritto di al supporto al suicidio», da parte di una persona libera, maggiorenne e capace di intendere e di volere; problema invece sollevato dalla Corte d'Assise di Milano con l'ordinanza di rimessione in data 14 febbraio 2018. La Corte ha scientemente scartato la proposta ermeneutica contenuta nell'ordinanza della Corte di Assise di Milano che ha sollevato la questione rispetto all'art. 2 Cost., e che vede solo nell'abusivo ingresso manipolatorio nella volontà di suicidio un atto criminalizzabile, non nell'aiuto a una persona già liberamente autodeterminatasi, così Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale* in «RIML», 2016, pp. 547 ss., poi in «DPC», 15 marzo 2017; Id., *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in «GC», 2018, pp. 2855 ss.

la cura del dolore fisico attraverso una sedazione profonda che annienta la coscienza c.d. "*di accesso*" di chi soffre e che abbandona il paziente in una condizione non naturale che può anche non essere conforme alla percezione soggettiva della propria dignità. L'attivazione della sedazione palliativa profonda e continua, infatti, comporta la cessazione dell'individuo, della sua capacità di relazione ed interazione con il mondo, mentre a sopravvivere, è il mero organismo con le sue funzioni vegetative, un corpo senza coscienza fenomenica, o peggio, una mente imprigionata dentro il corpo[14].

Qual è dunque la differenza tra l'interruzione di terapie salvavita cui deriva la morte con contestuale sedazione palliativa profonda, quale ultimo trattamento sanitario consentito quando la cura non sia più possibile (entrambi leciti *ex* l. n. 219/2017) e l'assistenza ad una morte autodeterminata (vietata dall'art. 580 c.p.)? È una richiesta arrogante quella di "morire rapidamente" e di non attendere che la morte sopraggiunga durante uno stato di sedazione profonda o di coma farmacologico?

Pur non sussistendo una norma che sancisca esplicitamente il diritto ad autodeterminare la propria morte, non si può frettolosamente concludere che non sussista alcuna libertà in tal senso. Al contrario. Se è vero che il morire non è un diritto, è anche vero che non esiste un dovere di vivere.

Pertanto, sulla base di queste premesse, la Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 25 settembre del 2019 ha riconosciuto al paziente la libertà di essere assistito al proprio suicidio ove la morte naturale sia inevitabile e dolorosa, e l'unica risposta medica alla sofferenza intollerabile sia la soluzione – non sempre e non da tutti accettabile – della sedazione terminale profonda, cioè la perdita irreversibile della coscienza per un tempo incommensurabile, in attesa della morte; ovvero in tutti i casi in cui l'interruzione di cure non determini una morte immediata, ma costringa il paziente forzatamente a quella che per lui è una "*sofferenza intollerabile*": rimanere sedato in attesa della morte naturale.

Ne è derivata la parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina colui che mette a disposizione del

[14] Tuttavia, la scienza non ci spiega completamente cosa accade quando non si è coscienti, quando non si sente alcun dolore fisico, quando manca la coscienza ma la nostra mente è ancora viva. In tal senso, mi sia consentito il rinvio a Magro, *The Last dance. Riflessioni a margine del Caso Cappato*, in «DPC», 2019 e in *Atti del Seminario "Suicidio assistito e valori costituzionali: un orizzonte da delineare*, a cura di Magro; seminario tenutosi il 15 marzo 2019 presso il Senato della Repubblica, con il patrocinio della Camera dei Deputati, organizzato da Accademia "Aletheia", Dipartimento di Scienze giuridiche e politiche dell'Università "G. Marconi" e Scuola Territoriale della Camera Penale di Roma, con le relazioni di T. Padovani, M. B. Magro, S. Canestrari, G. Nardone, C. Tripodina, in [*https://www.biodiritto.org/Dossier/Casi-e-materiali-sul-fine-vita-in-Italia*].

paziente, tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, privo totalmente di autonomia, e affetto da patologia irreversibile, fonte di sofferenze *fisiche o psicologiche* che egli reputa *intollerabili*, strutture e risorse mediche finalizzate non già ad eliminare le sofferenze, ma ad agevolare l'esecuzione del proposito suicida autonomamente e liberamente formatosi. Scrive la Corte costituzionale: «*Sono contesti fenomenologici assai complessi, in cui è necessaria una maggiore attenzione verso la libertà di autodeterminazione individuale, già menomata dalle condizioni di dipendenza dai supporti terapeutici*»[15].

In tema di diritti dei malati, la libertà di autodeterminazione si enuclea dal *genus* comune ed assume una sua specificità. La condotta partecipativa del terzo *extraneus* si inserisce in un episodio della vita molto specifico, segnato da una "*sofferenza intollerabile il paziente fisica o psicologica*", da patologie irreversibili, da condizioni di dipendenza dalla tecnologia medica, affinché possa finalmente morire, più rapidamente di quanto non avverrebbe rifiutando ed interrompendo terapie salvavita che determinerebbero il prolungamento di una vita in attesa della morte, sì senza dolore fisico, ma anche senza coscienza.

L'evoluzione del diritto vivente e della coscienza giuridica ha fatto la prospettiva soggettiva di osservazione dell'esperienza umana propria del paziente che chiede assistenza di fronte ad una morte lenta, incombente ed inesorabile, così segnando un netto distacco tra le situazioni di partecipazione al suicidio che il legislatore in origine ha disciplinato e quelle in cui si trova Antoniani. La Corte costituzionale ha infatti tratteggiato uno spazio in cui, in condizioni di malattia irreversibili, è possibile che il malato spossa essere supportato con presidi medici a cagionare la propria morte, poiché l'autodeterminazione, combinata con il diritto alla salute e con la tutela della dignità umana, risulta preminente rispetto al bene della vita, così trasformando quel particolare "suicidio" realizzato con determinate caratteristiche e con il supporto di terzi, da fatto illecito penalmente sanzionato a fatto lecito, in quanto propaggine e manifestazione del diritto umano all'autodeterminazione terapeutica.

[15] Corte cost., n. 242 del 2019, p. 4.

4. *I passi successivi: la sentenza della Corte di Assise di Massa del 27 luglio 2020 (caso Trentini)*

Il quadro normativo tracciato dalla sentenza della Corte costituzionale si è arricchito di ulteriori elementi che provengono sia dalla casistica nazionale che da quella estera.

In particolare, per quanto riguarda la l'esperienza nazionale, occorre fare riferimento alla pronuncia della Corte d'Assise di Massa (che si sa essere stata impugnata) che ha assolto gli imputati Cappato e Schett del reato di cui all'art. 580 c.p. per il suicidio di Davide Trentini, escludendo nel caso concreto la sussistenza tanto di condotte di rafforzamento o istigazione morale che di agevolazione materiale. In ordine al primo profilo, i giudici di prime cure giungono alla conclusione che la decisione di porre fine alla propria vita era stata assunta dal Trentini in modo autonomo e a prescindere da qualunque condotta di rafforzamento.

Per quanto riguarda la condotta di agevolazione materiale, la Corte di Assise ha ritenuto sussistenti i requisiti scolpiti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019, posto che il Trentini era affetto da grave patologia irreversibile (sclerosi multipla) che provocava dolori insopportabili e il cui unico rimedio era la somministrazione di farmaci antidolorifici a dosaggi sempre maggiori, pur non essendo dipendente da trattamenti medici necessari per la sopravvivenza, come l'idratazione, l'alimentazione artificiale, l'emotrasfusione.

La sentenza in particolare si connota per il tentativo di 'forzare' il richiamo a "*trattamenti di sostegno vitale*" quale presupposto cui agganciare la soglia minima di legittimità delle condotte di aiuto al suicidio che, invero, si era rivelato il vero tallone di Achille della pronuncia costituzionale, non solo per la sua indeterminatezza sotto il profilo scientifico e giuridico, ma anche per la sua discutibile arbitrarietà in tutti i casi di pazienti affetti da patologie gravissime che non implicano necessariamente la dipendenza da una macchina[16].

Invero, pare che la Corte costituzionale abbia richiamato la disciplina delle Dat contenuta nella legge n. 219/2017 a proposito dei trattamenti necessari alla sopravvivenza liberamente rinunciabili *ab initio* o passibili di

[16] Per questi rilievi, G. Cocco, *È lecito evitare l'agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita?,* in «Responsabilità civile e previdenza», 2020, n. 2, p. 38; S. Vinciguerra, *L'aiuto al suicidio dopo il giudizio di costituzionalità. Una risposta e qualche domanda*, in «FI», 2020, I, 843; Donini, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male,* in *La corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, cit., p. 224.

interruzione successiva, quali presupposti per una positiva richiesta di aiuto a morire, purché ricorrano le ulteriori condizioni scolpite dalla Corte.

La pronuncia è di interesse in quanto accede ad una interpretazione di "trattamento di sostegno vitale" comprensiva anche di quei trattamenti di tipo farmacologico, interrotti i quali si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida. I giudici di merito hanno ritenuto quindi che il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vita non significa quindi esclusivamente "dipendente da una macchina" ma comprende la dipendenza da qualunque trattamento farmacologico come ad esempio i farmaci antispastici, cardiologici e antidolorifici la cui riduzione avrebbe potuto determinare un peggioramento dell'insufficienza respiratoria che avrebbe accelerato il processo di morte. Nel caso dell'agevolazione al suicidio di Davide Trentini, la permanenza in vita del paziente era sostanzialmente dipendente da un delicatissimo equilibrio nel dosaggio di farmaci di vario tipo, la cui riduzione avrebbe determinato ulteriori e atroci sofferenze, se non lo scompenso cardiaco, mentre un ulteriore incremento ne avrebbe accelerato il decorso clinico fino alla morte.

5. *Il diritto di morire quale estrinsecazione del diritto alla personalità nella sentenza del* Bundesverfassungsgericht *del 26 febbraio 2020 sul § 217 StGB*

Nel dibattito internazionale il primato dell'autodeterminazione viene proclamato nella sua massima estensione, anche a prescindere dalla sua applicazione in ambito terapeutico. In particolare, nell'ordinamento tedesco, è recentissima la pronuncia del Tribunale costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice di condotte di assistenza al suicidio, inquadrando giuridicamente il diritto ad autodeterminare la propria morte come estrinsecazione del generale diritto della personalità umana, scelta a carattere personalissimo espressione della dignità umana[17].

[17] Il Tribunale costituzionale tedesco, con pronuncia del febbraio 2020, ha dichiarato la incostituzionalità del § 217 *StGB*, norma che puniva condotte materiali e morali di partecipazione al suicidio, connotate da un lato dal dolo specifico costituito dall'intenzione di favorire il suicidio altrui e dall'altro dal carattere commerciale o organizzato. In proposito, si veda il mio commento, Magro, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in «*Diritto penale del 21° secolo*», fasc. 1, 2020, n. 36 e, nello stesso numero della rivista, la traduzione di F. Camplani. Per un commento 'a caldo', G. Fornasari,

La premessa giuridico-filosofica sottesa alla proclamazione del diritto ad una morte autodeterminata è il trionfo della concezione personalista secondo cui la persona umana è un essere moralmente e intellettualmente capace di esercitare la propria libertà in modo responsabile e in piena autonomia, nel rispetto della dignità umana, da concepirsi come valore giuridico che mai può rappresentare un limite alla libertà di autodeterminazione perché ne è la sua ragione, il suo presupposto. Pertanto, le decisioni sulla propria vita e sulla propria morte, in quanto da esse promanate, trovano in essa ragione ontologica.

Sulla base di queste premesse, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha ritenuto che l'incriminazione delle condotte di assistenza organizzata al suicidio violi i diritti fondamentali dell'individuo, e in particolare il diritto alla personalità (art. 2 co. 1° e co. 2° coordinati con l'art. 1 co. 1° *GG*) da cui desume il diritto alla morte autodeterminata. L'insopprimibile dignità dell'essere umano implica che questi debba essere sempre riconosciuto quale soggetto autoresponsabile. In particolare, la dignità presuppone che l'essere umano possa disporre di sé a propria discrezione e non sia costretto a forme di vita che si pongono in un conflitto irrisolvibile con l'immagine che egli ha di sé, in quanto trova il suo fulcro e fine nel rispetto *dell'identità dell'individuo*, in quanto espressione dei suoi modelli mentali, della sua biografia[18]. La decisione di porre fine alla propria vita riveste un profondo ed insondabile significato esistenziale: essa è emanazione della propria idea di sé e della propria identità personale. La libertà di autodeterminarsi, anche verso la propria morte, in quanto ricerca di un percorso anzitutto esistenziale, assicura che l'individuo possa determinarsi conformemente alla propria immagine e, in tal modo, realizzare la propria personalità.

Ne segue che la Carta costituzionale, nell'affermare il diritto alla vita, all'incolumità personale e all'autodeterminazione, comprenderebbe, quale

Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto, in «SP», 11 giugno 2020; G. De Francesco, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con l'altro*, in «LP», 16 marzo 2020; A. Manna, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in «disCrimen», 26 maggio 2020; Nappi, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in «LP», 16 marzo 2020, 11; L. Risicato, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione timida fuga lo spettro delle chine scivolose*, in «LP», 16 marzo 2020; V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in «LP», 2 marzo 2020, p. 4.

[18] In proposito F. Knauer, *Der Schutz der Menschenwuerde im Strafrecht*, in «ZSTW», 2014, 126, pp. 305-336.

libertà negativa di agire, la facoltà di disporre della propria vita, quindi la libertà di non vivere, poiché l'autodeterminazione verso la propria morte non può essere negata in quanto rinuncia ai presupposti della medesima autodeterminazione come posizione soggettiva positiva, bene potendo comprendere anche il profilo negativo.

6. *Assistenza al suicidio e assistenza a morire del malato: la differente "struttura" del diritto all'autodeterminazione terapeutica e del diritto all'autodeterminazione alla morte*

Ma quale è il peso dell'autodeterminazione, e quali i suoi limiti? Che spazio residua all'intervento regolatore dello Stato quando il risultato dell'esercizio di questa libertà può coincidere con il totale annientamento della persona umana? Dobbiamo concludere che, per un perverso gioco degli opposti, al primato della indisponibilità della vita si sia sostituito l'assioma dell'autodeterminazione (e l'illusione di un assoluto libero arbitrio) cui lo Stato deve supinamente soggiacere, non solo disinteressandosi di eventuali strumentalizzazioni, pressioni indirette, occulti condizionamenti a danno delle vittime più vulnerabili, ma anche restando obbligato a mettere a disposizione strutture sanitarie e servizi sociali che ne permettano l'effettivo esercizio[19]? È possibile equiparare sotto ogni profilo, compreso quello della dimensione giuridico-sociale, il diritto alla autodeterminazione terapeutica e il diritto ad autodeterminare la propria morte?

Invero, anticipando gli esiti del ragionamento, occorre tracciare una profonda differenziazione tra libertà di autodeterminazione terapeutica e libertà di autodeterminazione alla morte, tale da sbaragliare il radicato paradigma di pensiero secondo cui il riconoscimento del diritto a non vivere equivalga alla corrispondete configurazione di un corrispondente dovere giuridicamente vincolante di prestazione positiva da parte di terzi

[19] Sul punto in particolare S. Seminara, *L'art. 580 c. p. e il diritto di morire*, in *Il caso Cappato. Riflessioni al margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 217 del 2018*, a cura di F. Marini, C. Cupelli, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, p. 325, secondo cui la preoccupazione della vulnerabilità dei più deboli costituisca un eccesso di tutela rispetto al fine. Una volta stabilito che l'aiuto al suicidio può attenere solo alla fase di realizzazione di un altrui proposito già autonomamente e definitivamente deliberato, perde di fondamento la tesi che l'art. 580 c.p. tuteli il diritto di autodeterminazione individuale: se la norma comprende qualsiasi agevolazione all'esecuzione di un suicidio, già fermamente deciso dalla persona interessata, in realtà essa mira a impedire a quest'ultima non di autodeterminarsi, ma di realizzare la propria volontà, sanzionando ogni intervento diretto a consentirne l'attuazione.

(medici o estranei) e a carico dell'amministrazione sanitaria. Paradigma che ha condizionato il discorso giuridico in tema di disponibilità della vita e l'analisi delle norme penali.

Ciò, se è perfettamente calzante con riferimento al diritto alla salute, non lo è con riferimento al diritto a non vivere.

La salute, nella sua dimensione di diritto umano, presenta delle forti ricadute sul piano dei doveri dell'amministrazione pubblica[20]. La salute non costituisce solo un *diritto di libertà negativa* (a non essere sottoposto a trattamenti sanitari), ma rappresenta anche un *diritto sociale* alla cui tutela e promozione devono contribuire le istituzioni sociali in termini di diritti di cura e doveri di prestazioni sanitarie a carico dell'amministrazione pubblica. Questo piano della gestione delle risorse e delle politiche pubbliche rischia di ampliare a dismisura i compiti dello Stato, affinché siano assicurate le condizioni materiali per l'esercizio effettivo dei diritti e il soddisfacimento del sottostante bisogno[21].

L'attuazione del diritto alla salute, proprio per la sua peculiare conformazione e anche nella sua forma di libertà negativa dalla cura, passa attraverso la necessaria intermediazione dell'attività prestata dall'Amministrazione sanitaria e, quindi, attraverso la doverosità di tale prestazione e il contenuto obbligatorio di questa, non essendo il paziente, anche quello capace di esprimere la sua volontà, in grado di soddisfarlo da sé, senza la obbligatoria collaborazione del Servizio Sanitario Nazionale[22].

Diversamente, il diritto di libertà a autodeterminare la propria morte non si atteggia a *diritto a prestazioni sociali*, non impone alcuna prestazione positiva da parte dell'amministrazione sanitaria, né in capo a terzi privati

[20] In proposito, N. Vettori, *Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria*, in «RIML», 2016, p. 1124.

[21] Si profila il rischio che le nuove pretese di tutela della salute, grazie all'evoluzione tecnologica, si traducano in precise richieste di prestazioni nei confronti delle istituzioni pubbliche che implicano un ampliamento del tradizionale ambito di intervento della medicina convenzionale, comprendendo tutto ciò che è possibile fare ben oltre il ripristino di una funzionalità biologica compromessa. Dal diritto di libertà alla salute può quindi scaturire un dovere di prestazione positiva da parte dell'Amministrazione, il cui contenuto sostanziale rischia di ampliarsi straordinariamente con l'evolversi delle tecnologie mediche. Perciò, si suole dire che l'affermazione del diritto alla salute, nella sua dimensione di diritto umano, manifesta una natura "insaziabile", consentendo di dare accesso a qualsiasi richiesta di giuridicizzazione e di soddisfazione di qualunque bisogno o aspettativa che rispecchia la prospettiva in prima persona del malato.

[22] «*In capo all'Amministrazione sanitaria, dunque, sussiste un vero e proprio obbligo di facere, poiché solo mediante la prestazione della struttura sanitaria è possibile che il diritto del paziente, di fronte al rifiuto del singolo medico, trovi attuazione*», così il Consiglio di Stato, par. 47, a proposito del caso Englaro.

né a soggetti pubblici. Al diritto ad autodeterminare la propria morte non corrisponde alcun dovere a supportare materialmente tale decisione che rimane affidata alla cooperazione spontanea.

Il diritto di libertà impone esclusivamente un dovere di astensione da condotte che ne impediscano o intralcino il legittimo esercizio, ovvero doveri postivi di rispetto e di garanzia nel libero esercizio. Ma nulla più. Il diritto ad autodeterminare la propria morte, in quanto *diritto di libertà negativa*, non incardina una corrispondente pretesa di prestazione positiva in capo a terzi o allo Stato, neppure quando, per la sua concreta e materiale fruizione, sia richiesto il supporto di terzi. Questa facoltà, a differenza di quella di rifiutare in modo vincolante per i terzi le misure che mantengano in vita, esplica una limitata efficacia vincolante che si estrinseca in doveri di non impedimento, rimanendo affidata esclusivamente all'apporto spontaneo e non obbligato del terzo: la libertà di morire (senza interferenze da parte d'altri) è una dimensione giuridica che non coincide affatto con il diritto di morire come pretesa esigibile nei confronti di terzi.

La differenza ontologica le due posizioni soggettive si coglie nella diversa condizione del titolare del diritto: solo *un'insopportabile sofferenza* può attivare un obbligo solidaristico in capo alla Stato. La libertà di autodeterminazione terapeutica incardina precisi obblighi in capo all'amministrazione sanitaria di accettarne le scelte *anche* nella consapevolezza della certa conseguente morte, non potendo addurre una propria ed autoritativa visione della cura o della prestazione sanitaria che contempli e consenta solo la prosecuzione della vita e non, invece, l'accettazione della morte da parte del consapevole paziente.

Perciò, mentre si configura giuridicamente un diritto all'assistenza a morire del paziente (in quanto manifestazione dell'autodeterminazione terapeutica del malato) *non si configura alcun diritto ad esigere l'assistenza al suicidio* (in quanto manifestazione dell'autodeterminazione *tout court* che può prescindere da pregresse condizioni patologiche).

Sussistono, dunque ineliminabili differenze tra *assistenza al suicidio tout court*, a prescindere da condizioni di sofferenza e di malattia, e *assistenza al suicidio prestata in favore di malati* in gravi condizioni di salute, il cui decorso del processo di morte non rispecchierebbe la propria idea di dignità. Le due situazioni hanno in comune il fatto di implicare la condotta attiva di un terzo estraneo che causalmente conduce ad un abbreviamento della vita, ma il diritto al suicidio non incardina alcun dovere di aiuto materiale nella fase esecutiva, che può essere prestato solo spontaneamente e senza alcun obbligo di prestazione. L'aiuto a morire, a differenza del diritto al suicidio,

per definizione presuppone una condizione di sofferenza e un decorso mortale già avviato che può mancare nell'assistenza al suicidio, e che è la ragione ontologica e giuridica su cui si incardina il dovere di assistenza in capo all'amministrazione sanitaria. Questa condizione di sofferenza connota in modo differente il contenuto e la azionabilità delle due libertà: il diritto a morire del malato è espressione di un diritto sociale, il diritto a non vivere dell'individuo è emanazione di una sua libertà negativa. Perciò il "suicidio", anche sul piano giuridico, è una libertà monadica non accompagnata da pretese di realizzazione o di partecipazione empatica.

La configurazione del diritto al suicidio assistito come un diritto di libertà che non obbliga a una prestazione positiva, ma semplicemente al suo non impedimento, all'obbligo di non interferenza da parte dei terzi, impone rispetto e garanzie *formali* da parte dello Stato (accessibilità dei costi, documentazione e verifica dei presupposti, informazione e consulenze mediche, etc.); non implicando alcun sindacato sotto il profilo sostanziale, nella determinazione dei suoi presupposti e condizioni, non determina nessun obbligo di prestazione positiva neppure nei casi in cui il processo di formazione della volontà del suicida sia impeccabile e del tutto autodeterminato. Questo diritto di libertà si atteggia a *status negativus* che non si accompagna alla pretesa di fruizione corrispondente ad un ambito di tutela positivo, che non rivendica pretese immediate e dirette al finanziamento da parte dello Stato con corrispondenti obblighi di prestazione, il cui contenuto è un'astensione da parte dei terzi e dei pubblici poteri, con evidente rispetto delle libertà di coscienza e di professione di un'intera categoria di cittadini, quali gli operatori sanitari[23]. Quando l'esercizio di un diritto fondamentale dipende dal coinvolgimento di terzi e da ciò dipenda anche il libero sviluppo della persona, non è conforme ai principi costituzionali limitarne l'ambito di esercizio vietando a soggetti terzi di offrire un sostegno o un supporto[24]. Ai soggetti intenzionati a suicidarsi spetta il diritto di decidere liberamente sul "come e quando" la loro vita debba finire avvalendosi del supporto materiale di terzi, soprattutto quando, in certe condizioni, per l'attuazione di questo diritto l'aiuto è imprescindibile. Questo non significa che i diritti di libertà non abbiano bisogno di un corredo di prestazioni sociali positive per essere garantiti e

[23] BVerfGE, 26 febbraio 2020, n. marg. 155 e n. marg. 284.

[24] Di segno opposto è la concezione dominante nel nostro sistema penale, ove il suicidio è accettato (o tollerato) solo nella misura in cui si realizzi in un teatro di solitudine assoluta, sul presupposto che la richiesta di supporto, di assistenza, alla ricerca di un consiglio, esprima una debolezza di quel proposito, quindi uno spazio di non coerenza e perfetta identificazione con il proposito.

anche per essere fruiti ma ad essi, vale la pena ribadirlo, non corrispondono obblighi giuridicamente azionabili[25].

Se così non fosse, cioè se al diritto di morire corrispondesse un correlato obbligo di cagionare la morte del richiedente, la fattispecie che punisce il delitto di omicidio del consenziente sarebbe del tutto destituita di alcun fondamento logico e giuridico: sarebbe paradossale punire colui che si è impegnato con la stessa vittima! Ma non è così. Il riconoscimento giuridico del diritto ad una propria morte non travolge la razionalità delle norme che puniscono l'omicidio del consenziente. E ciò non solo perché la morte dell'uomo è cagionata, sul piano causale materiale, da un estraneo e non dallo stesso titolare, ma anche perché, in radice, non può configurarsi alcun dovere giuridicamente vincolante di prestare assistenza alla realizzazione della propria morte.

7. *Autodeterminazione e omicidio del consenziente*

Il reato di omicidio del consenziente, quale figura autonoma di delitto, riproduce la "classica" dicotomia tra morte e autodeterminazione. Esso è posto a tutela della vita umana, ma non dell'autodeterminazione della vittima, il cui peso – privato dell'effetto scriminante generalmente previsto per gli atti di disposizione di beni a carattere individuale – viene degradato ad elemento specializzante attenuante, senza alcuna altra specificazione in ordine alle condizioni in cui verte la vittima o il *reo*[26].

Infatti, all'epoca della redazione del codice penale, la dottrina del tempo negava che la vita umana fosse un bene di esclusiva pertinenza del singolo, essendo in auge la teoria della *duplicità di tutela*, secondo cui la vita rappresenta anche un interesse diretto dello Stato a promuovere la stirpe. Coerentemente, si riteneva che con il consenso, il titolare del diritto potesse rinunciare alla propria "quota" di interesse protetto, ma non certamente all'interesse statuale, esorbitante dalla propria titolarità, con la conseguenza di lasciare residuare il danno immediato e diretto arrecato all'interesse demografico statuale, che ne giustifica così la punibilità. In virtù del consenso, perso il riflesso soggettivo, si riteneva persistente il profilo oggettivo e pubblicistico di tutela, come dimostra la minor pena prevista

[25] Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., pp. 770-776.

[26] S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2008, p. 135.

e la deroga all'applicazione dell'art. 50 c.p., non essendo la vita un bene di titolarità esclusiva del singolo[27].

Il legislatore, nel definire il regime di disponibilità del bene della vita umana attraverso la descrizione della fattispecie legale, ha inteso dunque, una volta per tutte ed in astratto, operare una composizione degli interessi riconducibili al singolo titolare (l'autodeterminazione) e alla collettività (la vita), dando prevalenza a quelli pubblicistici, senza negare in radice quello individuale, ma riconoscendogli il limitato ruolo di incidere sul tipo di illecito e sul disvalore del fatto. Da qui la scelta di introdurre una fattispecie speciale con una cornice edittale sensibilmente inferiore (da sei a quindici anni) rispetto a quella prevista per l'omicidio comune, ma leggermente superiore a quella prevista per l'istigazione o aiuto al suicidio.

Le ragioni tecnico-giuridiche dichiaratamente addotte a favore dell'attenuazione della risposta sanzionatoria sono dal Legislatore individuate nella «*indiscutibile influenza minoratrice del consenso dell'offeso sulla gravità del delitto di omicidio, sotto il profilo dell'elemento psicologico e della capacità a delinquere del* reo».

Tuttavia, proprio queste ragioni che hanno ispirato il legislatore a riconoscere l'indiscutibile influenza attenuante del consenso della vittima sul dolo (meglio: sulla colpevolezza) e sulla pericolosità del *reo*, non sono così facilmente desumibili ad una attenta analisi della struttura della fattispecie astratta. Anzi, la norma sembrerebbe negarle. A dispetto delle dichiarate intenzioni espresse nella relazione ministeriale sul progetto del codice penale, il *novum* legislativo riflette l'esigenza di correggere la troppo indulgente prassi liberale che si era diffusa nella vigenza del precedente codice, incline a punire la fattispecie concreta come aiuto al suicidio piuttosto che come omicidio.

A ben vedere, l'omicidio con il consenso della vittima tratteggiato nel primo comma dell'art. 579 c.p. è totalmente avulso da qualunque contesto sociale e relazionale che ne denoti una minore gravità e pericolosità, dai motivi e dalle condizioni che inducono la vittima a prestare il consenso, dai motivi che animano l'agire dell'autore ad assecondare tale volere e che attenuano il disvalore del suo agire. Ciò che la norma punisce in modo più attenuato è – semplicemente – l'omicidio realizzato con il consenso di una persona libera, capace, perfettamente sana nella mente e nel corpo che, per qualunque motivo e in qualsiasi contesto di vita, accetti lucidamente di

[27] L'art. 579 c.p. introduce una vistosa eccezione al principio di tradizione romanistica *volenti non fit injuria*. Perciò un suo ridimensionamento sarebbe perfettamente compatibile con la tradizione giuridica, così Arth. Kaufmann, *Euthanasie-Selbsttötung-Tötung auf Verlangen*, in *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, 1983, p. 137.

morire per mano altrui, prestando il suo consenso.

Ritengo che questa valorizzazione dell'autodeterminazione della vittima non sia affatto sintomatica di una minore colpevolezza o di una minore pericolosità del *reo*: nulla si specifica quanto alle condizioni della vittima né a quelle del *reo*; nulla trapela in ordine al contesto di vita – e psicologico – in cui matura questo insolito "accordo" tra autore e vittima. Non possiamo trarre elementi che consentano di contestualizzare e ricostruire la drammaticità della vicenda umana sottesa – sintomatica di una minore colpevolezza e capacità a delinquere del *reo* – neppure dalla lettura del comma secondo, che pone il divieto di applicazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 61 c.p. (peraltro richiamato nella sua interezza, non sempre in modo pertinente), dettato unicamente dalla ragione tecnica di consentire una effettiva diminuzione della pena che non sia compensata dal bilanciamento con eventuali circostanze aggravanti.

La neutralizzazione delle aggravanti e l'irrilevanza di contesti di vita, compresi quelli che denotano una maggiore capacità a delinquere del *reo* e una maggiore colpevolezza, può spiegarsi solo assumendo una concezione pseudo-liberale in cui la autodeterminazione "autolesionista" della vittima, ferma restando la assoluta indisponibilità della vita, sia espressione di uno sterile formalismo che induce a riconoscere una sorta di "limitata disponibilità negoziale" che incide solo sul trattamento sanzionatorio ma che mai può scalfire l'interesse statuale ed oggettivo alla tutela della vita umana.

8. *I motivi dell'agente e il consenso della vittima nell'art. 579 c.p.*

Occorre mettere in chiaro l'omicidio del consenziente, quale figura speciale e attenuata rispetto quella comune, così come scolpito nel primo comma dall'art. 579 c.p., ben può comprendere tanto quello animato da motivi altruistici e/o pietistici, contestualizzato in vicende di vita di "*sofferenza insopportabile*" del paziente affetto da patologia irreversibile, che chiede e vuole la sua morte, ormai imminente e straziante, tanto quello che si svolge in un teatro ben diverso, innescato da un'iniziativa dell'autore, mosso da motivi egoistici, di lucro, di gioco, di sfida, di onore, abbietti o futili (pensiamo all'ipotesi di scuola dell'anziano che consente la propria morte per lasciare i propri beni all'erede, etc.).

Peraltro, proprio la scelta terminologico-linguistica operata dal nostro

legislatore – di tipo negoziale-paternalistico – sembra supporre una sorta di "iniziativa" interessata dell'autore che propone o quantomeno *chiede* e, dall'altra parte, una mera, *passiva accettazione* della vittima, che si limita ad acconsentire al programma criminoso, senza partecipare in alcun modo alla sua ideazione (così anche la relazione al Codice). Non è un caso che la giurisprudenza più tradizionale, nel tratteggiare i confini tra artt. 580 e 579, richiedeva un ruolo attivo del *reo*, oltre che «*sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva*»[28].

Invero, la condotta del *reo* sembra comprendere un *quid pluris* rispetto una mera obbediente esecuzione materiale della volontà della vittima; essa sembra tratteggiare un'attività di proposta, di progettazione, di blando convincimento e suggerimento, se non ancora – ma ciò segna i labili confini di applicabilità della norma a favore della fattispecie generale – di violenza, minaccia, induzione in errore, istigazione, determinazione e persino di suggestione, a conferma dell'ipotesi ricostruttiva secondo cui la condotta del *reo* ben può essere animata da un interesse egoistico a cagionare la morte della vittima, a prescindere da motivi altruistici o pietistici o da un contesto fenomenologico connotato da sofferenza insopportabile della vittima.

Si tenga presente inoltre che il legislatore chiede che l'agente non solo si rappresenti il consenso, ma anche che interferisca sul processo motivazionale dell'agente, determinando una volontà che altrimenti non si sarebbe formata o si sarebbe formata diversamente: l'autore può anche essere spontaneamente motivato da un'autonoma risoluzione ma, indipendentemente dalle personali motivazioni, deve essere consapevole del consenso della vittima, affinché si determini, in quanto, pur non essendo richiesta alcuna causalità psichica, il consenso può anche non essere il *motivo determinante* il processo volitivo che sorregge l'azione[29].

Coerentemente ad una logica di formale liberismo, in omaggio ad una sorta di libertà negoziale in cui vi è una parte proponente e una parte accettante, la libertà di autodeterminazione della vittima che si manifesta nel consenso esplica il suo effetto attenuante solo a condizione che sia espressione del suo libero arbitrio e che il consenziente non verta in condizioni di infermità di mente o di capacità cognitive e volitive affievolite.

Il maggiore disvalore dell'azione connotata da violenza, minaccia, induzione in errore e suggestione, a fronte di una più compromessa autodeterminazione della vittima, costituisce il *discrimen* tra omicidio

[28] Cass. Sez. I, 6 febbraio 1998, n. 3147.

[29] Per contro si è sostenuto in dottrina che il consenso, se oggettivamente accertato, sia rilevante ai fini della configurazione della fattispecie anche se ignorato dall'autore, F. Ramacci, *I delitti di omicidio*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 145.

comune e fattispecie speciale, a cui si ispira il comma 3 che rinvia alle disposizioni relative all'omicidio, operando come causa di esclusione della tipicità della norma speciale e lasciando riemergere tutte le potenzialità punitive delle circostanze aggravanti previste dall'art. 61 c.p. Al di là di queste ipotesi di omicidio comune, si conferma e riacquista la sua specialità la fattispecie attenuata, che ben può essere calata in un contesto di vita connotato da un malevolo e egoistico interesse del proponente a cagionare la morte della vittima con il suo consenso.

Dunque, il quadro che si desume da queste osservazioni contraddice vistosamente la vocazione pietistica-altruistica dichiarata dal legislatore dell'epoca il quale sembrava riferirsi a situazioni in cui la vittima sia persona sofferente o affetta da malattia incurabile, e il reo sia mosso da sentimenti di pietà. La scelta compromissoria contenuta nell'art. 579 c.p. limita fortemente le originarie intenzioni, impedendo che possa essere invocata nei casi più diffusi ed accettati socialmente.

9. *Responsabilità penale del medico* ex *art. 579 c.p. nel contesto di trattamenti di "fine vita"*

A livello teorico, l'art. 579 c.p. ben potrebbe essere richiamato in contesti medicalizzati, qualora il processo causale che conduce alla morte avvenga per mano del medico, e il paziente consenziente sia ormai prossimo alla morte o affetto da processi patologici irreversibili, straziato da una "sofferenza insopportabile": ovvero quando a "chiedere" o a "proporre" la morte non è l'autore (il medico), ma la vittima-paziente che manifesta la propria autodeterminazione in ordine al proprio stato di salute nelle fasi finali della propria vita.

È inevitabile constatare che l'evoluzione del sistema giuridico in favore di una massima esplicazione dell'autodeterminazione terapeutica anche nelle fasi finali della vita in prossimità della morte imprime una forte deviazione all'originaria vocazione repressiva della norma, assai lontana da una prospettiva di tutela della vita umana di tipo personalistico, quale interesse volto a consentire il pieno sviluppo della persona.

Contestualizzando il frammento di esperienza umana nell'ambito dei trattamenti medici di fine vita, occorre riconoscere che la linearità del quadro normativo è ormai compromessa dall'evoluzione del diritto vivente, che ha espunto dall'ambito di applicazione della norma le ipotesi in cui la morte

sia cagionata dal medico con un comportamento omissivo puro, o omissivo mediante azione, previo rifiuto di cure salvavita del paziente, annullando la distinzione tra agire e omettere. In caso di rifiuto di trattamenti medici salvavita, *ab initio* o già intrapresi, l'omicidio del consenziente non si configura, prima per l'operatività della causa di giustificazione *ex* art. 51 c.p., poi per dettato normativo (l. n. 219/2017).

Ne segue che, per quanto concerne i trattamenti di fine vita, le proposte di riforma dell'art. 579 c.p. devono tenere conto dell'evoluzione normativa che ha *di fatto* delimitato l'ambito applicativo della norma alle sole ipotesi in cui la condotta del medico (omissiva pura o impropria) di interruzione di terapie salvavita, cagioni, direttamente ed esclusivamente per suo tramite, la morte del paziente che rifiuta tali cure, ove questi sia condannato ad una morte lenta e dolorosa dopo l'interruzione di terapie salvavita.

Inoltre, la specificità del contesto mal si addice al lessico tipico dell'art. 579 c.p. e all'asettico schema dello scambio tra proposta-accettazione, poiché la relazione terapeutica tra medico e paziente è improntata a principi di alleanza, comunicazione, fiducia, informazione.

È abbastanza evidente che quel consenso adesivo all'azione criminosa nulla abbia a che vedere con quel consenso informato prestato dalla vittima nella veste di paziente prossimo alla morte, che è manifestazione della libertà fondamentale di autodeterminazione individuale e che costituisce una condizione imprescindibile di legittimità del trattamento medico. Ancora più lontano esso sembra, quanto a ruolo e peso, dal consenso – rifiuto che si trasfonde nelle c.d. Dat e che oggi è proclamato dalla legge n. 219 del 2017: un consenso che presuppone un'interazione comunicativa e dinamica tra il medico e il paziente, un'informazione tecnica sulle alternative terapeutiche, sulle concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita, che rafforza la relazione di cura e confluisce nel la pianificazione delle cure.

Al contrario, l'art. 579 c.p. fotografa un consenso statico, istantaneo, che sembra ispirarsi ad un sorta di cieco ed indifferente liberismo negoziale, piuttosto che essere espressione dell'autodeterminazione e della dignità umana, soprattutto durante le fasi finali della vita; lontano dal quel processo di scambio emotivo, informativo, esperenziale che dovrebbe connotare una paritetica relazione di cura, da una consapevole comprensione delle condizioni reali che dovrebbero denotare una "minore colpevolezza" del *reo*. Perciò l'applicazione del 579 c.p. in ambito medico può richiedere un adeguamento rispetto queste nuove realtà.

10. Suicidal vulnerability *e comunicazione medico-paziente*

Risulta quantomeno arduo ricostruire un fondamento di legittimazione della norma di cui all'art. 579 c.p. che valorizza al massimo l'autodeterminazione se non ricorrendo ad una *ratio* giustificativa di tipo paternalistico debole, ovvero fondata sulla presunzione – invero più intuitiva che scientifica – della carenza di genuinità e autenticità della decisione sottesa alla richiesta di morte, sebbene essa appaia seria, inequivocabile, e non viziata da uno stato di incapacità.

Tuttavia, anche la preoccupazione di tutelare il consenziente incapace, suggestionabile, esposto a minacce e violenze e frodi, ad una attenta analisi, sembra essere estranea alle finalità della norma, che invece appresta una tutela paternalistica forte ed oggettiva della vita umana persino qualora della serietà e autenticità del consenso non si possa in alcun modo dubitare.

Infatti, l'art. 579 c.p. richiama le norme sull'omicidio comune se la vittima consenziente è "*inferma di mente o in condizioni di deficienza psichica determinata da un'altra infermità o dall'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti*". In altre parole, il legislatore ripristina le disposizioni dell'omicidio ogni qual volta che la manifestazione di volontà del consenziente sia viziata in conseguenza di presunzione legale o di accertamento in fatto, allargando la "cintura di protezione" dei soggetti vulnerabili attraverso l'uso di un'espressione assai più generica, meno tecnica e più ampia rispetto quella di "*capacità di intendere e di volere*".

La validità del consenso prestato dal malato ancora cosciente deve dunque essere vagliata con particolare cautela, richiedendosi requisiti di capacità troppi vaghi per poter essere ricondotti, anche latamente, alla tradizione legislativa in tema di imputabilità. Ne rappresenta un esempio l'ipotesi del terzo comma *sub* 3 che fa riferimento ad un "*consenso estorto con suggestione*", le cui reminiscenze con il reato di plagio, dichiarato incostituzionale, ne compromettono fortemente la necessaria tassatività e determinatezza. La condotta di *suggestione* vorrebbe aprire il varco ad ogni attività persuasiva che fiacchi la volontà della vittima al punto da renderla succube (c.d. omicidio dell'apparente consenziente), la cui verifica di fatto, tuttavia, ridimensiona fortemente l'applicazione del comma 1 dell'art. 579.

È evidente che proprio l'inclusione delle condotte di "*suggestione*" (più blande di quelle di istigazione o determinazione) sembra rimettere pericolosamente in discussione la coerenza del quadro appena tratteggiato in ordine ai rapporti tra norma generale e norma speciale, negando l'applicazione della seconda proprio ogni qual volta vi sia stata un'attività di convincimento messa in atto dall'autore. Il che rende la comprensione della

ratio mitigatrice del "consenso" ancora più oscura e avulsa da qualunque contesto plausibile. L'informazione, quale atto del medico di partecipazione della propria conoscenza, è a sua volta dinamicamente inserita in un processo comunicativo-relazionale carico di emotività che può produrre, con un inestirpabile circolo vizioso, atteggiamenti difensivi del medico: sarebbero pressioni psicologiche, o solo suggestive, le conversazioni durante le quali il medico informa il paziente incurabile sulle reali alternative terapeutiche, sulle cure del dolore e sui loro limiti, che prospetta la sedazione terminale profonda, adempiendo al dovere di informare il paziente ai sensi del comma 8 dell'art. 1 secondo cui "*Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*"? Nel contesto di una relazione "disomogenea" o "diseguale", si prospetta una nuova tipologia di errore che si inserisce nella fase comunicazionale del rapporto paziente e medico Su questo aspetto della comunicazione insistono peraltro i codici deontologici con riferimento alla procedura di acquisizione del consenso del paziente, che presenta sempre i medesimi rischi di errore o di abuso o errore, soprattutto qualora si tratti di terapie salvavita o di scelte di fine vita, ove si pone in maggior misura il problema delle garanzie della spontaneità e libertà della volontà e di una maggior ponderatezza della decisione del paziente[30].

Non va dimenticato inoltre che il riferimento alle condizioni di "*deficienza psichica determinate da un'altra infermità*" sembra ampliare il rinvio alla norma generale dell'art. 579 c.p. a tutti i casi di individui consenzienti, terminali o affetti da malattie incurabili e irreversibili, trattati con analgesici narcotici, la cui qualità della vita è assai compromessa.

Infine, così come formulata, sembra che non occorra affatto verificare se il consenso della vittima sia stato condizionato o causato dallo stato cognitivo e volitivo affievolito, o sia del tutto indipendente da esso. La conseguenza è, ancora una volta, una forte mutilazione della rilevanza del consenso del paziente proprio nell'ambito dei trattamenti medici di fine vita.

Insomma, le previsioni contenute nei commi successivi escludono la possibilità di applicazione della norma alla stragrande maggioranza dei casi, in cui il consenso (o il rifiuto di terapie salvavita) è prestato da malati terminali dilaniati dal dolore o attoniti dai farmaci o in stato di semi-coscienza. La norma prescinde da qualunque particolare fenomenologia di sofferenza, anzi, sembra meglio attagliarsi solo a situazioni alquanto improbabili e comunque assai lontane da quelle concernenti il tema dell'evoluzione tecnologica e delle scelte di fine vita e di autodeterminazione del paziente.

[30] Magro, *Sul limite. Testamento biologico e decisioni di fine vita,* Aracne, Roma, 2012, p. 39.

11. *Il labile* discrimen *tra omicidio del consenziente e suicidio assistito del paziente: l'ipotesi del "suicidio per mano altrui" del paziente totalmente incapace di autoprocurarsi la morte*

Il confine tra omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio viene tradizionalmente rinvenuto sul piano causale, e in particolare nella misura dell'apporto causale della vittima, affinché la morte possa essere qualificata come suicidio, e non come omicidio. Questo criterio suppone una rigida e schematica ripartizione dei ruoli, in cui l'evento morte è interamente riconducibile alla condotta dell'agente nel 579 c.p., mentre all'inverso, nell'assistenza al suicidio, esso è riconducibile primariamente all'azione della medesima vittima, ove il concorrente fornisce un supporto necessario, ma non sufficiente, a cagionare la morte. Così per fare una esemplificazione, se la vittima chiede di morire e fornisce il mezzo letale ad un terzo che lo usa per cagionare la sua morte, è si configura il delitto di omicidio del consenziente, mentre se la vittima usa da sola il medesimo strumento stavolta fornito dal terzo si configura l'art. 580 c.p.

Tuttavia, è il caso di interrogarsi se, sotto il profilo del disvalore dell'azione, la scelta di morire tramite l'agire altrui non sia prossima a quella del suicidio. Considerando l'autore un mero esecutore materiale della volontà della vittima, da un punto di vista sostanziale, l'omicidio del consenziente può apparire come una sorta di "suicidio per mano altrui" e, quindi, venire eventualmente attratto all'interno della sfera liceità del suicidio. Se assumiamo la prospettiva (soggettiva) di osservazione della vittima, prestare il consenso ad essere ucciso o suicidarsi potrebbero esprimere la medesima, drammatica, esperienza esistenziale. In una prospettiva opposto, può acquistare una gravità pari o persino maggiore di quella di un comun omicidio volontario.

Perciò, la differenza criminologica tra *cagionare* la morte con il consenso della vittima e *prestare assistenza* materiale al suicidio si coglie solo assumendo la prospettiva (oggettiva) del terzo osservatore, ove l'agire del *reo*, a parità di disvalore dell'evento (si tratta in entrambi i casi di offesa autodeterminata al bene vita) assume una diversa connotazione in forza del suo diverso contributo materiale; ma dal punto di vista soggettivo-qualitativo, ovvero dal punto di vista dell'esperienza soggettiva della vittima coinvolta nella vicenda, la distinzione sotto il profilo pratico e in casi estremi, può essere molto flebile, soprattutto se si fa riferimento a condizioni di scarsa autonomia della vittima.

Vi sono infatti contesti materiali nei quali il soggetto non chiede

necessariamente una "morte di mano propria", ma la cessazione delle sofferenze attraverso l'interruzione della vita, che avvenga per mano propria o per mano altrui, tanto che non è neppure calzante parlare di suicidio ma, al massimo, di "*suicidio per mano altrui*"[31].

Non si può negare, dal punto di vista etico-pratico, che in un contesto fortemente medicalizzato e in condizioni di dipendenza farmacologica e da trattamenti di sostegno vitale, la distinzione tra omicidio del consenziente e assistenza materiale al suicidio possa persino svanire o confondersi, a causa dell'assenza di questo "filtro" o ostacolo costituito dalla naturale inibizione determinata dall'istinto di autoconservazione.

Inoltre, anche sul piano causale, le due fattispecie si lambirebbero fino quasi a sovrapporsi: si pensi ai casi caratterizzati da una notevole frammentazione della condotta principale suicida, in cui solo l'ultimissimo atto viene realizzato in autonomia dalla vittima. È sufficiente fornire un piccolissimo e minimo contributo, affinché la fenomenologia possa essere, francamente e senza finzioni terminologiche, qualificata come un vero e proprio suicidio? Quell'atto finale minimo, l'unico possibile ad un paziente le cui condizioni di autonomia e di comunicazione con l'esterno sono ridotte all'osso, può qualificarsi ancora come "suicidio"?

Di queste difficoltà si fanno carico alcuni sistemi giuridici che mettono a nudo la rigidità della differenziazione: ad esempio nell'ordinamento austriaco le due fattispecie di omicidio del consenziente e aiuto al suicidio sono perfettamente equiparate sotto il profilo sanzionatorio (con una pena peraltro assai più mite rispetto i livelli draconiani previsti dal codice Rocco) a conferma della indiscutibile difficoltà pratica di distinguere con precisione le due ipotesi criminose, soprattutto nei casi in cui la realizzazione causale dell'evento è talmente frammentata da rendere artificiosa la distinzione tra agire di mano propria o di mano altrui, ove la vittima sia un paziente affetto da patologie irreversibili, ospedalizzato, dipendente da supporti artificiali, in cui manca il dominio dell'azione a causa della malattia.

A questo proposito si colloca il tema dei rapporti tra assistenza materiale al suicidio e omicidio su richiesta realizzato mediante la somministrazione di un farmaco che produca più velocemente la morte di un paziente dipendente da un sostegno vitale, sottraendolo ad una lunga agonia o ad una vita in stato di incoscienza.

Con la sentenza n. 242 del 2019 la Corte costituzionale ha individuato

[31] Nel senso che non si tratti di una vera e propria richiesta di suicidio assistito, ma di aiuto a morire, richiamo il mio scritto nonché le considerazioni in tal senso di Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in «RIML», n. 2/2016, pp. 555-581.

una circoscritta area di non conformità dell'art. 580 c.p. qualora la persona sia a) affetta da una patologia irreversibile b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche per lui intollerabili c) tenuta in vita a mezzo di trattamento di sostegno vitale ma d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli, condizioni in cui il divieto indiscriminato di aiuto al suicidio punito dall'art. 580 c.p. finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, imponendogli un'unica modalità per congedarsi dalla vita. L'esclusione della antigiuridicità della norma che punisce l'aiuto al suicidio è subordinata ai casi in cui il paziente sia dipendente da supporti artificiali che ne consentono la respirazione, l'alimentazione e idratazione artificiale, la cui autonomia fisica, assai compromessa a causa della malattia, si riduce nella facoltà ormai residua di compiere l'ultimo atto finale (ingerire il farmaco, spingere lo stantuffo, etc.) solo con l'assistenza materiale di altri e in un contesto medicalizzato.

Esigenze di ragionevolezza potrebbero indurre a ritenere che, a maggiore ragione, in caso di dipendenza totale da trattamenti di sostegno vitale, in cui al paziente manchi totalmente la facoltà materiale (e libertà) di compiere anche solo l'ultimo frammento finale della catena causale e di cooperare alla realizzazione della propria morte (per esempio sia in stato *locked-in*), ma sia in grado di comunicare ed esprimere le proprie volontà anche attraverso raffinate tecnologie, il diritto all'autodeterminazione terapeutica possa comprendere anche la somministrazione del farmaco letale, in alternativa all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale e alla sedazione terminale profonda, in attesa che sopraggiunga la morte naturale. Anche in questi casi (come in quelli di assistenza al suicidio) l'unica risposta medica alla richiesta di aiuto sarebbe la soluzione, non da tutti accettabile, della sedazione terminale profonda, cioè la perdita totale e irreversibile dello stato di coscienza fino al momento del decesso, in associazione alla terapia del dolore e all'interruzione di terapie salvavita.

Adelmo Manna[*]

I delitti ambientali tra storia, dogmatica e politica criminale[**]

Sommario: 1. Introduzione: storia della legislazione in materia – 2. Il d.lgs. 231/2001 in tema di responsabilità da reato degli enti e la ragione dell'iniziale esclusione, in particolare, dei reati ambientali – 3. La direttiva 2008/99 CE – 4. La predilezione comunitaria per il danno o per il pericolo concreto – 5. L'inquinamento ambientale e l'"abusivamente" – 6. La tesi del "rischio consentito o permesso" e sua confutazione – 7. Il reato ambientale come a "condotta seriale" – 8. Il disastro ambientale ed i rapporti con l'art. 434 c.p. – 9. Il "ripristino dello stato dei luoghi" come possibile causa estintiva del reato? – 10. I delitti ambientali come reati-presupposto della responsabilità da reato degli enti ed i relativi limiti strutturali – Conclusioni.

1. *Introduzione: storia della legislazione in materia*

Grazie, in primo luogo, agli organizzatori di questo convegno per l'invito. Sussistono importanti novità giurisprudenziali, su cui soprattutto vi intratterrà il cons. Luca Ramacci.

A noi spetta di tracciare un quadro di carattere generale circa questi delitti ambientali che, sia chiaro, aspettavamo da tanto tempo, perché si discute della materia almeno a partire dalla fine del c.d. secolo breve, per una ragione molto semplice. La normativa pre-intervento del legislatore, che ha appunto introdotto, nel 2015 - a seguito di una direttiva comunitaria di cui poi si tratterà *ex professo* - i delitti ambientali, era guidata dalla legge Merli ed affidata anche ad altri *corpus* normativi, però il modello che veniva utilizzato dal legislatore era quello "contravvenzionale". Tale modello soffre, tuttavia, di una notevole dose di ineffettività anche se, sino ad ora, a nostro avviso, non si è trovata in generale una soluzione soddisfacente[1], non c'è

[*] Ordinario di Diritto penale, Università degli studi di Foggia.

[**] Testo, aggiornato e con l'aggiunta delle note, della Relazione tenuta al Convegno della ANF Roma, 22 ottobre 2018, sui "Reati ambientali".

[1] Sul tema sia consentito, per la relativa problematica, il rinvio a A. Manna, *La c.d.*

dubbio, però, che il *termine prescrizionale*, di questo si tratta, in materia di contravvenzioni è molto breve, 3 anni, 4 anni e mezzo, con gli atti interruttivi.

Accade, quindi, che reati di questo tipo - che spesso comportano la necessità di consulenze tecniche non solo da parte pubblica ma, anche, evidentemente, pure da parte privata, se non, addirittura, incidenti probatori o perizie dibattimentali che necessitano di notevoli aggravi di tempo - scontano il fondatissimo pericolo che non si riescano a concludere i rituali tre gradi di giudizio e allora ciò significa che la tutela penale legata a tale modello risulta per lo più inefficace.

La prescrizione, infatti, dopo la riforma costituzionale dell'amnistia del 24 ottobre 1990, che richiede ora una maggioranza addirittura di due terzi, praticamente irraggiungibile, ha preso il posto della stessa, che lascia comunque aperte tutte le questioni di carattere risarcitorio, che possono anche risultare di non poco momento.

L'inefficacia della tutela penale con il modello contravvenzionale ne consegue evidente e questo è il punto che ci preme in particolare segnalare.

Già da molto tempo, infatti, la Commissione Pagliaro[2], istituita quando era Ministro di Giustizia il prof. Giuliano Vassalli, che infatti la nominò per la riforma del codice penale, per la prima volta propose l'introduzione dei *delitti ambientali* ove, anche qui per la prima volta, si trattò dell'alterazione dell'"eco-sistema", che ritroveremo poi nell'ambito delle fattispecie criminose, almeno delle due più importanti introdotte nel 2015.

Si può ricordare anche la Commissione Ronchi, dal nome dell'allora Ministro dell'Ambiente, e siamo quasi al termine del c.d. secolo breve, composta da docenti universitari, magistrati ed avvocati. Il sottoscritto ha avuto l'onere e l'onore di coordinare quella Commissione, dove però avevamo scelto un approccio di tipo diverso, cioè dividere i singoli componenti dell'ambiente in acqua, aria, suolo, sottosuolo, fauna, flora e materiale archeologico, proprio per non ricorrere a questo concetto omnicomprensivo di "alterazione dell'eco-sistema" che, fra l'altro, crea, a nostro avviso, anche notevoli problemi a livello interpretativo[3].

sospensione del termine prescrizionale dopo il giudizio di primo grado tra politica e diritto, in «disCrimen», 10 febbraio 2020.

[2] Circa il Progetto Pagliaro del 1992, sia consentito di nuovo il rinvio a Manna, *La legge sui c.d. eco-reati: riflessioni e critiche di carattere introduttivo*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale e speciale, Riforme 2008-2015*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milanofiori Assago, 2015, pp. 971 ss. e, quivi, pp. 973 ss..

[3] Cfr., in argomento, di nuovo Manna, *Realtà e prospettive della tutela penale dell'ambien-*

Bisogna infatti, intendersi su cosa significhi "alterazione dell'eco-sistema": si intende una tale alterazione, anche con riferimento ad un piccolo eco-sistema come può essere un lago alpino, oppure bisogna considerare tale alterazione in senso, si potrebbe aggiungere, macro-economico, con, tuttavia, maggiori e ben più rilevanti difficoltà probatorie che riguardano la prova dell'alterazione di tutti insieme gli elementi del sistema, cioè acqua, aria, suolo, sottosuolo, flora, fauna e materiale archeologico, ma su questo punto purtroppo il legislatore tace ed ecco perché noi avevamo voluto evitare il riferimento all'eco-sistema in generale, che è pure stato previsto, di recente, in Costituzione, ma ciò non significa che debba anche essere necessariamente utilizzato nel diritto penale, perché altrimenti rischieremmo di cadere nei tanto deprecati "obblighi costituzionali di tutela penale"[4].

Ci riunimmo all'epoca con la Confindustria che avrebbe dato il via libera a quel progetto, però pretendeva in cambio una sorta di "amnistia" per il pregresso. Noi rifiutammo, forse non fummo sufficientemente lungimiranti a livello politico, ma non ci sembrava giusto lo "scambio"; pur tuttavia il progetto di legge, che pure fu fatto proprio da vari partiti che allora esistevano, e comunque se ne discusse assai, purtroppo poi si arenò.

Per quanto accadde dopo, come spesso avviene in Italia, se non sussiste una direttiva comunitaria, cioè se non c'è il legislatore comunitario che impone un obbligo di incriminazione, oppure un intervento del diritto penale su questa materia, possiamo illuderci che intervenga da solo il legislatore nazionale, perché, in realtà, in materia di delitti ambientali bisogna individuare un difficile equilibrio tra due beni giuridici totalmente distinti e separati. Da un lato il problema della vita e della salute dei cittadini, che sono definiti "beni finali", che dovrebbero solo essere messi in pericolo, per utilizzare la ben nota teoria della "seriazione dei beni giuridici" del collega Antonio Fiorella[5], e dall'altro, quello che costituisce il bene strumentale, cioè quello che viene immediatamente leso, ovverosia, appunto, il bene ambiente.

La suddivisione tra beni strumentali e beni finali in rapporto all'ambiente deve, però, per altro verso, coniugarsi con le opposte esigenze relative alla produzione industriale e quindi, evidentemente, non è facile "mettere d'accordo" grandezze così totalmente antitetiche.

Constatiamo, infatti, ad es., ciò che ne consegue già quando si verificano

te in Italia, in «RTDPE», 1998, pp. 851 ss. e, spec., pp. 857 ss..

[4] Cfr. in argomento, per tutti, D. Pulitano', *Obblighi costituzionali di tutela penale?* in «RIDPP», 1983, pp. 484 ss.

[5] Cfr. A. Fiorella, voce *Reato in generale*, in «ED», XXXVIII, Milano, 1987, pp. 793 ss.

problemi di salubrità dell'aria nelle grandi città, e quindi ciò comporta il divieto di circolazione, mentre per le imprese immaginate cosa significa se vengono fatti valere diritti ambientali che possono incidere fortemente sulla produzione, tanto è vero che abbiamo una riprova puntuale per quanto riguarda proprio la responsabilità da reato dell'ente, perché alla fine il legislatore ha introdotto fattispecie di questo genere anche nella 231/2001 ma con notevoli difficolta a livello sia di introduzione, che di implementazione.

2. *Il d.lgs. 231/2001 in tema di responsabilità da reato degli enti e la ragione dell'iniziale esclusione, in particolare, dei reati ambientali*

Quando, infatti, si diede luogo all'attuazione della legge-delega in materia di responsabilità da reato dell'ente e quindi al d.lgs. n. 231 del 2001, ciò fu reso possibile perché lo Stato italiano aveva ratificato ben due convenzioni a livello europeo, ovverosia la Convenzione Ocse sulla corruzione dei funzionari stranieri e comunitari ed il secondo protocollo della Convenzione Pif, che significa, come è noto, "protezione degli interessi finanziari della Comunità europea". La ratifica obbligava quindi anche lo Stato italiano ad introdurre una "responsabilità da reato dell'ente"[6].

Successe però che noi avevamo inserito come "reato-presupposto" – infatti lo scrivente faceva parte anche di questa commissione e quindi conosce bene gli *interna corporis* di quello che successe – anche i reati ambientali, per cui, quando si fece girare per tutti i Ministeri il testo della 231, dove erano ricompresi, come reati-presupposto non solo quelli riguardanti l'omicidio e le lesioni colpose a causa di infortuni sul lavoro, ma, appunto, pure i *reati ambientali,* giunse quindi il progetto di d.lgs. alla fine anche al Ministro dell'Industria. Costui lo girò subito all'allora Presidente della Confindustria, D'Amato, il quale sostanzialmente si convinse nel senso del timore che con gli infortuni sul lavoro e con i reati ambientali si rischiasse che le imprese stessero dinnanzi al giudice penale decisamente troppo spesso.

Fu quindi inviato dal D'Amato un famoso telegramma all'allora Ministro della Giustizia, che era l'on. Piero Fassino, ove si esprimeva

[6] Cfr. in argomento, ad es., O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti – Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di G. Lattanzi, 2ª, Milano, 2010, spec. pp. 131 ss.; Scarcella e Chilosi, *Reati ambientali*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, Levis, Perini, Bologna, 2021, 859 ss..

sostanzialmente, quasi con una grida di manzoniana memoria: "*Questo decreto non ha da passare*".

Si era in quel periodo infatti in piena campagna elettorale e si aveva timore, ovviamente anche dalla parte della sinistra di allora, che la Confindustria si schierasse da parte avversa e quindi l'on. Piero Fassino non intendeva più varare il decreto stesso proprio perché c'erano inseriti sia i reati ambientali, che quelli sulla sicurezza del lavoro, e ciò dimostra quanto il tema fosse fortemente condizionato da interessi di carattere politico.

Noi della Commissione andammo a parlamentare con il Ministro palesando il rischio, in caso di mancata ratifica delle Convenzioni, della contestazione di un'infrazione a livello della Comunità europea nei confronti dello Stato italiano. Trovammo, infine, un *compromesso all'italiana*, per cui l'accordo consistette nella soppressione di quel segmento del decreto legislativo 231 che, guarda caso, riguardava, da un lato, i reati connessi agli infortuni sul lavoro e, dall'altro, proprio i reati ambientali.

Gli stessi furono poi reintrodotti, successivamente, quando ormai il clima politico era chiaramente più tranquillo, tant'è che furono infatti introdotti prima quelli relativi agli infortuni sul lavoro e, da ultimi, i delitti ambientali.

3. *La direttiva 2008\99 CE*

Arriviamo così ai giorni nostri, per cercare di capire perché il legislatore abbia inserito questa tipologia di fattispecie e come sono costruite a livello strutturale ed infine quali problemi danno, ovviamente, luogo, soprattutto in giurisprudenza.

Iniziamo con la direttiva 2008\99 CE[7] che costituisce un po' il punto d'arrivo rispetto alla Convenzione di Strasburgo, combinata con alcune decisioni della Corte di giustizia, su cui non entriamo nel merito perché troppo specifiche. Ciò che, tuttavia, più rileva è che questa direttiva comunitaria non sposa la tesi dell'alterazione di un intiero eco-sistema, perché preferisce, invece, una "*scissione*", in quanto si riferisce, ad es., a sostanze radioattive nell'aria, nel suolo o nelle acque, di raccolta, trasporto, recupero, smaltimenti di rifiuti etc., quindi scinde le varie componenti di quello che viene definito l'eco-sistema e pertanto non può ricavarsi

[7] Cfr. A. Manna, V. Plantamura, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?,* in «RIDPP», 2007, pp. 1075 ss.; del V. Plantamura, v. anche, più in generale, ID, *Diritto penale e tutela dell'ambiente: tra responsabilità individuali e degli enti*, Bari, 2007.

dalla direttiva un obbligo comunitario di tutela penale di quello che viene definito "eco-sistema", perché invece la direttiva comunitaria mostra di andare verso una "costruzione separata" dei singoli elementi e questo non è, a nostro avviso, di poco momento.

4. *La predilezione comunitaria per il danno o per il pericolo concreto*

Quello che, però, più interessa, soprattutto sotto il profilo strutturale, il legislatore comunitario è di evidenziare una chiara predilezione per la previsione di fattispecie di danno o, al più, di pericolo concreto, in quanto, evidentemente, per il legislatore comunitario il modello del pericolo presunto non convince, però non è che qui si sposa la tesi del reato di danno *tout court* perché si mette, accanto al modello strutturale orientato al danno, anche quello relativo al pericolo concreto e qui pure verificheremo il senso di una clausola di illiceità speciale, che però, riguarda la violazione normativa c.d. di settore e constateremo poi che su questa clausola di illiceità speciale si è sviluppata una notevole discussione a livello della legislazione nazionale perché l'"abusivamente" ha poco a vedere con eventi "affetti da gigantismo", come constateremo meglio in seguito e, infine, residuerà anche la tematica relativa alla responsabilità da reato dell'ente.

5. *L'inquinamento ambientale e l'"abusivamente"*

Fin qui l'Europa: interviene ora il legislatore nazionale, con la Legge 22 maggio 2015, n. 68, e introduce una serie di delitti contro l'ambiente[8]. Esistono anche in altri codici penali, ad es. in quelli tedesco e spagnolo, ed in un volume diretto dai colleghi Luigi Cornacchia e Nicola Pisani si tratta anche proprio sia del diritto comunitario, che del diritto comparato, ovverosia un volume interessante anche per chi volesse rendersi conto *funditus* delle differenze[9].

[8] Sia consentito, in argomento, il rinvio a *Il nuovo diritto penale ambientale (Legge 22 maggio 2015, n. 68)*, a cura di Manna, Roma, 2016, e gli AA. e la giurisprudenza ivi citati; nonché, più di recente, A. Maniccia, *I reati ambientali*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di R. Rampioni, 3ª, Torino, 2019, pp. 457 ss.

[9] L. Cornacchia, N. Pisani, *Il nuovo diritto penale dell'ambiente. Le riforme del diritto italiano*, Bologna-Roma, 2018.

Ci interessa però ora approfondire un problema a livello strutturale, ovverosia come sono state costruite tali fattispecie di reato. Prendiamo la prima: *Inquinamento ambientale*, *ex* art. 452 *bis* c.p.: "*E' punito con la reclusione da due a sei anni con la multa da euro diecimila a centomila chiunque abusivamente cagiona: a) una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili delle acque, o dell'aria, o di porzioni estese e significative del suolo o del sottosuolo; b) di un eco-sistema della bio-diversità, anche agraria, della flora e della fauna. Quando l'inquinamento prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico, o archeologico, ovvero, in danno di specie animali, o vegetali protette, la pena è aumentata*".

Dobbiamo ora cercare di comprendere già a livello esegetico che cosa significhi tutto ciò. Il primo problema, che ritroveremo anche nell'altra fattispecie – che dovrebbe integrare, in un certo senso, una sorta di "progressione criminosa", ma ciò non è più così sicuro – cioè con riguardo al disastro ambientale, a causa della maggiore eterogeneità delle condotte, pur nel segno della maggiore gravità.

Sussiste, in primo luogo, il *busillis* del significato da attribuire al termine "abusivamente". Trattasi di un requisito di *illiceità speciale*, che dovrebbe far comprendere che cosa collega il diritto penale ambientale con il suo "referente", che è quello, evidentemente, del diritto amministrativo.

Ciò sta a significare che il legislatore non sposa un modello di diritto ambientale "puro"[10], bensì un modello di diritto ambientale "misto"[11], ove la fattispecie criminosa è integrata, appunto, da riferimenti soprattutto di diritto amministrativo. Tutto ciò a livello teorico funziona, ma verifichiamo *nel concreto* cosa significhi "abusivamente". In ciò, a nostro giudizio, ha perfettamente ragione il cons. Gianfranco Amendola[12] ove sull'abusivamente ha scritto parole veramente di profonda critica, perché il termine in oggetto comporta che, evidentemente, se questa fattispecie si è verificata, ma preesisteva un'autorizzazione di carattere amministrativo, ovverosia da parte della P.A. per un'area regionale, oppure di più vasta portata,

[10] Cfr., invece, in tal senso, G. Insolera, *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente*, in *DPP*, 1997, pp. 738 ss.

[11] In tal senso, in particolare, M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996; dello stesso v. anche ID., *L'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre*, in *Riv. quadr. ambiente*, 2015, pp. 34 ss.

[12] G. Amendola, *Ma che significa veramente disastro ambientale abusivo?,* in *www.lexambiente.it;* ID, *Viva Viva il disastro ambientale abusivo*, in *ibid, cit.*; ID, *Il disastro ambientale abusivo non è stato imposto dalla UE ma per introdurre nella nostra legislazione ambientale una restrizione della normale responsabilità penale delle industrie,* in *ibid.*.

ciò non costituisce reato. Il vero *punctum pruriens* che si annida consiste tuttavia nel quesito, evidentemente di carattere teorico, se possa esistere un'autorità amministrativa che consenta tutto ciò, cioè la compromissione o il deterioramento, *significativi o misurabili*, dell'acqua, dell'aria, di porzione estese e significative del suolo o sottosuolo e, addirittura, di un eco-sistema della bio-diversità, anche agraria, della flora e della fauna. Certo nella direttiva ed anche nel progetto di legge si faceva riferimento alla violazione di norme di carattere amministrativo e qui sono state condensate nell'"abusivamente". V'è, però, da domandarsi se fosse necessario inserire questo avverbio e ciò sarà ancora più evidente nell'ambito del disastro ambientale. Per parafrasare l'esempio amendoliano sarebbe come stabilire: "chiunque cagiona abusivamente la morte di un uomo" nel senso che ci si deve ulteriormente domandare se possa mai esistere un omicidio "autorizzato", anche se con la legittima difesa presunta ci siamo purtroppo andati, per volontà del legislatore, assai vicino, pur se la giurisprudenza ha giustamente trasformato la presunzione di liceità da assoluta a relativa[13].

Con ciò vogliamo significare che, di fronte ad eventi affetti da tale "gigantismo" appare molto difficile che una Pubblica Amministrazione autorizzi fattispecie di questo genere.

6. *La tesi del "rischio consentito o permesso" e sua confutazione*

Sussiste, tuttavia, una diversa opinione espressa dal collega Ruga Riva[14], il quale sostiene come trattasi di un'ipotesi di "rischio consentito o permesso", ma la tesi non convince, giacché il rischio consentito o permesso integra un'ipotesi di liceità che riguarda il delitto colposo[15], che, quindi, c'entra assai poco con questo tipo di delitti ambientali.

Il tipo del rischio consentito o permesso riguarda, infatti, la classica ipotesi in cui alcuni TIR portino la benzina dal Nord al Sud con il limite di velocità di circa 80 km l'ora, ed è quest'ultimo che integra il rischio consentito o permesso.

Ciò in quanto, evidentemente, lo Stato con i suoi organi si rende conto

[13] Sia consentito, a livello manualistico, il rinvio a Manna, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 5ª, Milano, 2020, pp. 309 ss. e, *quivi*, pp. 314 ss. con i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

[14] C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016.

[15] Sul rischio consentito o permesso, sia di nuovo consentito, nella manualistica, il rinvio a Manna, *op.ult.cit.,* pp. 239 ss. con ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

che deve consentire quel rischio per la circolazione stradale, cioè per far circolare quegli enormi camion, in quanto solo in tal modo o, soprattutto così, si riesce a portare il combustibile dalle Alpi alla Sicilia.

Tanto ciò è vero che l'aumento del rischio e quindi il delitto colposo si verifica laddove un TIR viaggi, ad es., a 100 km l'ora e provochi così un incidente, per cui scatta la norma penale sotto il profilo dell'omicidio colposo stradale, se si verificano decessi, oppure lesioni colpose stradali, se solo feriti.

Come si può arguire, il rischio consentito o permesso riguarda solo questo aspetto dei reati colposi, che hanno ben poco a che vedere con i reati dolosi, che sono la maggioranza dei delitti ambientali, per cui questa è la ragione per cui la tesi in oggetto, seppure finemente argomentata, a nostro avviso, non persuade.

7. *Il reato ambientale come a "condotta seriale"*

Quanto alla struttura di questa norma il legislatore sceglie tra due opzioni, prediligendo, però, proprio quella del reato di danno, e ciò pare assolutamente indubitabile, avendo utilizzato il verbo "cagionare" che si collega, infatti, ad un evento, in genere, di danno; il reato di danno, però, sotto il profilo ambientale, provoca notevoli problemi di carattere probatorio, rilevanti per la scarsa implementazione della fattispecie. Come, infatti, scrisse a suo tempo un grande penalista scomparso, del calibro di Giorgio Marinucci[16], il reato ambientale è sovente il frutto di una condotta "*seriale*", nel senso che se, ad es., scaricano i liquami varie imprese in una medesima falda acquifera, l'inquinamento sarà il frutto inevitabile dell'insieme di tali condotte, per cui diventa impossibile individuare un concreto soggetto attivo del reato.

Se, quindi, si utilizza il rapporto causale e si deve individuare l'impresa che ha *cagionato* quel tipo di inquinamento, ma se lo stesso è frutto di una condotta seriale, non si troverà mai una singola impresa perché l'inquinamento come evento è frutto di una condotta congiunta di tutte le imprese coinvolte ed ecco la vera ragione per cui in materia di reati ambientali il rapporto di causalità diventa una sorta di *probatio diabolica*[17].

[16] G. Marinucci, *Relazione di sintesi*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile, Napoli, 1985, pp. 338 ss.

[17] Su analoga falsariga si è mosso anche, di recente, M. Catenacci, *La legge sugli eco-reati ed i suoi principali nodi problematici,* in *Il nuovo diritto, etc. cit.*, a cura di Manna, 5 ss.

Ne abbiamo avuto un esempio eclatante nel caso del processo Enimont di Porto Marghera. Tanto ciò è vero che il p.m., dott. Felice Casson, nel processo di primo grado, che cosa aveva escogitato per far rientrare la fuoriuscita di un gas, ovverosia il cloruro di vinile monomero, che crea un aumento del rischio di verificazione di eventi tumorali di carattere epatico, nel rapporto causale, se non il ricorso alla c.d. *causalità generale*, sostenendo come, a livello causale, bastasse che ci fosse stato un "aumento del rischio" della verificazione di eventi tumorali.

Giustamente i difensori, tra i quali l'indimenticato Federico Stella, risposero di no[18], giacché gli artt. 40 e 41 del c.p. si riferiscono ad una *causalità individuale,* nel senso che si sarebbe dovuto dimostrare che un *singolo* operaio era morto a causa del cloruro di vinile monomero e non già per cirrosi epatica, dove quindi bisogna verificare se sussistano *fattori alternativi,* come insegna la Cassazione a Sezioni Unite penali del 2002, ricorrente Franzese[19] seppure in chiave di omissione e, se essi sussistono, non possiamo provare il nesso di causalità perché confliggiamo con il *principio della certezza oltre ogni ragionevole dubbio*. Tanto ciò è vero che il Tribunale di Venezia assolse i principali imputati nel processo Enimont, che pur tuttavia, prima dell'inizio del dibattimento, avevano risarcito il danno alle parti civili[20].

Bisogna a questo punto iniziare a porsi una serie di quesiti ermeneutici. Che differenza c'è tra una compromissione ed un deterioramento? La giurisprudenza pare li consideri una sorta di endiadi[21]. In effetti sembrano abbastanza simili, però per il legislatore, con la disgiuntiva "o", afferma che trattasi di due fenomeni distinti, anche se entrambi finalizzati ad una maggiore "concretizzazione" della norma. L'idea di considerarli *endiadi* non risulta, tuttavia, del tutto fuor di luogo, se vista sotto l'angolo visuale di cercare di rendere in qualche modo concretamente applicabili queste norme, altrimenti residua un diritto penale puramente simbolico-espressivo.

Secondo quesito: cosa vuol dire "significativi e misurabili", riferiti, ovviamente, alla compromissione o al deterioramento? Qui il giudice "passa la palla" ad un perito, ma anche il perito e/o consulente, se trattasi del p.m.

e, quivi, pp. 9 ss.

[18] F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002.

[19] Con nota di Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, II, pp. 601 ss.

[20] Trib. Venezia, 2 novembre 2001, in «CP», 2003, pp. 267 ss.

[21] Cfr. Amendola, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, su *www.lexambiente.it*

o della parte privata, come scioglie questi nodi in modo scientifico e, se sì, attraverso quali linee-guida? Si rimanda ad una quantità, ma non la si determina.

Ulteriore quesito: c'è il deterioramento, ma di che cosa? Deterioramento dell'acqua, dell'aria o di porzioni *estese o significative* (del suolo e del sottosuolo).

Qui *repetita non iuvant*!

Sarà interessante ascoltare ovviamente il cons. Luca Ramacci, della III Sezione penale della Suprema Corte di cassazione, il quale ha emesso la prima sentenza, cioè "la sentenza pilota", proprio sull'inquinamento ambientale, ed ha cercato, in qualche modo, di correggere quelle che sono le difficoltà di applicazione della norma in oggetto[22].

Trattasi, invero, di una norma di difficile applicazione, non solo: ma ci si aggiunge anche un ecosistema non previsto dalla direttiva; anzi si aggiunge più di un ecosistema ed allora come si fa a determinare una compromissione od un deterioramento significativo e misurabile in un ecosistema che comprende flora, fauna, suolo, sottosuolo, acqua, aria, e anche i c.d. beni culturali? Come facciamo a determinare se l'ecosistema sia solo quello del laghetto montano, oppure di uno inteso in senso assai più generale? Il legislatore non prende posizione; sembrerebbero quindi ricompresi tutti e due, perché entrambi fanno riferimento all'ecosistema; diventa, però, davvero una *probatio diabolica* anche con riguardo alla biodiversità agraria della flora e della fauna.

Bisogna quindi iniziare a domandarsi il perché il legislatore abbia usato una norma di così difficile applicazione.

La risposta non è particolarmente difficile da individuare; dovremmo fare però un passo indietro, tornando addirittura al codice penale. Il legislatore del '30 ha operato un unico intervento codicistico in materia economica: trattasi dei reati contro l'economia pubblica. Pensate come già allora il fascismo era sensibile all'opinione degli industriali, giacché erano quelli che, insieme ai latifondisti, avevano dato il supporto, soprattutto economico, affinché il fascismo prendesse piede. Era scontato, quindi, che il Governo non sarebbe andato loro contro. Puntualmente, infatti, nei reati contro l'economia pubblica troviamo quello che avviene oggi, cioè gli eventi affetti da *gigantismo*. Quando gli eventi sono affetti da gigantismo? Lasciamo la parola al più grande esperto di diritto penale dell'economia, purtroppo non più vivente, Cesare Pedrazzi[23] il quale ha affermato che sono

[22] Amendola, *La prima sentenza della Cassazione, etc. loc. cit.*.

[23] C. Pedrazzi, voce *Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro la)*, in «ED»,

reati destinati a non essere applicati, tanto è vero che, se andate a sfogliare i repertori di giurisprudenza, trovate ben poco in materia, e non a caso, se non con riguardo alla frode in commercio.

Degli altri non ci sono precedenti apprezzabili perché se il legislatore utilizza eventi affetti da gigantismo, è ovvio che il giudice penale, e prima ancora il pubblico ministero, incontrerà enormi difficoltà ad applicarli ed ecco allora spiegata la vera ragione: *esistono perché non devono essere applicati*. Si ha, quindi, l'impressione che il legislatore abbia utilizzato un sistema di questo genere, cioè eventi affetti da gigantismo, perché sussistono eventi di danno e di pericolo concreto. Con gli eventi di danno si deve provare un rapporto causale con la *condicio sine qua non,* mediante la "legge generale di copertura", che è estremamente difficile da rinvenire se i termini sono così vaghi, tanto è vero che Federico Stella era a favore per i *mass disasters* di una depenalizzazione o di una utilizzazione dell'illecito civile, perché posseggono uno *standard* probatorio di minor livello rispetto a quello penale.

8. *Il disastro ambientale ed i rapporti con l'art. 434 c.p.*

È ora di passare all'altra fattispecie che interessa particolarmente approfondire, cioè il *disastro ambientale*. Qui c'è una clausola di riserva, "fuori dai casi previsti dall'art. 434 c.p.". L'art. 434 è il famoso "disastro innominato", previsto dal codice penale, ma interpretato dalla Corte costituzionale[24], che, si badi, non l'ha solo interpretato, ma ha operato una sentenza "additiva", cioè l'ha riscritto totalmente, perché il codice penale parla di disastro innominato e, quindi, non lo nomina, non lo descrive, e ci ha pensato la Corte costituzionale, come reato di pericolo.

Qui, invece, la norma, cioè il novellato 452 *quater*, insiste sul reato di danno "*Chiunque abusivamente cagiona un disastro ambientale è punito con la reclusione da 5 a 15 anni*". Andiamo quindi su pene molto elevate. Sussiste, però, per la disposizione, una norma definitoria: costituisce disastro ambientale alternativamente: 1) *l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema: probatio diabolica!* 2) *L'alterazione di un equilibrio di un ecosistema: la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali: idem!*

XIV, Milano, 1965, pp. 278 ss.

[24] C. cost., 1° agosto 2008, 237 in «GC», 2008, pp. 359 ss.; in argomento A. Miriello, *Disastro ambientale*, in *op. cit.,* a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, 1028 ss. e, quivi, pp. 1030 ss.

Di chi però non è dato sapere, dovrebbe essere della famosa autorità amministrativa, quella dell'"abusivamente", la quale dovrebbe concedere il provvedimento eccezionale, perché si possa eliminare, seppure con estrema difficoltà, l'alterazione di un equilibrio di un ecosistema.

Ulteriore quesito: quando è che l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema risulti particolarmente onerosa?

Cosa significa "particolarmente onerosa"? Qui la norma risulta di estrema vaghezza, né aiuta la Cassazione, perché non se ne è mai occupata, almeno allo stato, in quanto non è pervenuto ancora alla Terza penale della Suprema Corte alcun caso di disastro ambientale. Dobbiamo, però, ricordare che la norma penale, come sosteneva addirittura ai primi dell'Ottocento il grande Cesare Beccaria, deve risultare "chiara", giacché, altrimenti, si provoca un conflitto con il principio di stretta legalità, perché non è riconoscibile[25] dalla generalità dei consociati e, quindi, non consente "libere scelte di azione".

3. "*L'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi, ovvero per il numero delle persone offese o esposte al pericolo*". Qui, però, cambia il bene giuridico. Non è più il bene ambiente, bensì siamo di fronte a beni che riguardano la vita e l'integrità fisica. Che significa persone offese o esposte al pericolo? Vuol dire che si devono essere verificate lesioni? Vuol dire che ci devono essere stati morti? È evidente come la norma risulti assai generica, in quanto il termine "offesa" qui può significare morte oppure lesioni, per cui se teniamo conto della disgiuntiva "o", vuol dire che trattasi di due fenomeni diversi, tuttavia accomunati nell'ambito di un'unica fattispecie.

Trattasi di un'ipotesi criminosa ben particolare perché sembrerebbe tutelare la pubblica incolumità, sembrerebbe quindi avere ancora a che fare con la tutela dell'ambiente, però poi si riferisce ai "beni finali" cioè alla vita e all'integrità fisica delle persone, quindi una norma "anfibia", perché si mettono assieme beni strumentali e beni finali. In conclusione, allo stato la Cassazione è intervenuta solo sulla prima delle due fattispecie, per di più in fase cautelare ma non è ancora giunta ad interessarsi della seconda e ciò, evidentemente, non costituisce un puro caso. Si ha, quindi, difficoltà ad arrivare almeno ad un primo grado[26], o ad un secondo grado, o addirittura a un terzo grado di giudizio. La giurisprudenza della Cassazione, come ci ha

[25] In argomento, da ultimo, P. Pomanti, *La riconoscibilità della norma penale. Tra conformità al tipo e prevedibilità*, Napoli, 2019.

[26] Se si eccettua la ormai famosa sentenza di primo grado del processo relativo all'ILVA di Taranto, ove, infatti, si è applicato anche il delitto di disastro ambientale, come reato-scopo di quello di cui all'art. 416 *bis* c.p.: cfr. Corte d'Assise di Taranto, 31 maggio 2021, Riva ed altri, inedita.

riferito il cons. Ramacci, è intervenuta solo in fase cautelare, e ciò preoccupa ancora di più, perché denota la difficoltà di concludere almeno un primo grado di giudizio.

9. *Il "ripristino dello stato dei luoghi" come possibile causa estintiva del reato?*

Ultimi rilievi: un primo è quello relativo non tanto al ravvedimento operoso, quanto al *ripristino dello stato dei luoghi*, perché l'art. 452 *decies*, comma 2, c.p. prevede il ripristino nelle indicate modalità.

Come ravvedimento operoso si stabilisce una diminuzione di pena da un terzo alla metà, cioè solo una circostanza attenuante, ma se ciò non avviene prima del dibattimento, dopo diventa *obbligatorio*.

Ci siamo sempre chiesti, che se il ripristino dello stato dei luoghi avviene prima del dibattimento, per di più con un congruo lasso di tempo per dare la possibilità all'imprenditore di ripristinare lo stato di luoghi, perché si prevede, dato il costo notevole, solo un'attenuante? Non ha, infatti, senso continuare, a nostro avviso, un processo penale, se sussiste la reintegrazione del bene giuridico offeso.

Avevamo proposto infatti, ma senza successo, un progetto di legge, nell'ambito della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, con una Commissione composta da magistrati, avvocati e professori universitari, quando era a capo della Procura il dott. Giuseppe Pignatone, che faceva diventare il ripristino, più correttamente, una causa di non punibilità[27].

10. *I delitti ambientali come reati-presupposto della responsabilità da reato degli enti ed i relativi limiti strutturali – Conclusioni*

L'ultimo profilo è quello della responsabilità da reato dell'ente sotto un duplice profilo. Il legislatore ha letteralmente "dimenticato" proprio due reati, come reati-presupposto della responsabilità da reato dell'ente, cioè *l'impedimento del controllo e l'omessa bonifica*.

Appare, infatti, del tutto irragionevole che i tipici reati d'impresa,

[27] Ciò nell'ottica, già magistralmente indicata, a suo tempo da T. Padovani, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in «RIDPP», 1981, pp. 534 ss.

cioè l'impedimento del controllo e l'omessa bonifica, non rientrino tra i reati-presupposto, per cui siamo di fronte ad un possibile contrasto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza[28].

Bisogna poi chiedersi la ragione per cui per i reati ambientali-presupposto della responsabilità da reato dell'ente, sono previste solo sanzioni pecuniarie e non anche le sanzioni interdittive.

Noi, infatti, nella Commissione di cui abbiamo trattato nell'ambito della 231, avevamo addirittura previsto la chiusura dello stabilimento, che poi non si è inserita nella 231 proprio perché mancavano i delitti ambientali, ma ora che sono stati inseriti, residua il quesito di questa irragionevole disparità di trattamento.

Soprattutto se il reato, come affermava Franco Bricola[29], è "espressione di una politica d'impresa" bisognava prevedere anche sanzioni interdittive, pure perché il pagamento soltanto di sanzioni pecuniarie può far sì che il reato possa essere "portato a conseguenze ulteriori".

Se, infatti, si riflette su casi così gravi come quello di Porto Marghera, come l'inquinamento dell'Eni di Manfredonia e soprattutto quello dell'ILVA di Taranto, ci si può facilmente rendere conto di come il legislatore abbia perso una notevole ed importante occasione per introdurre delitti che potessero avere una più facile e plausibile applicazione a livello penalistico. È, questo, un ulteriore esempio, dispiace affermarlo, di diritto penale "simbolico-espressivo", su cui a questo punto, è ovvio soltanto che la giurisprudenza possa, a livello correttivo, cercarne qualche possibilità di applicazione. Anche se ciò può porsi in linea di conflitto con la legalità penale, costituisce il prezzo da pagare ad un legislatore invero così sciatto[30].

Il problema, però, è molto più complesso, perché abbiamo l'impressione che la sciatteria non costituisca una mera "distrazione", bensì sia intenzionale, giacché nel conflitto tra il bene ambiente e quello relativo alle esigenze della produzione industriale, soprattutto in un periodo di populismo imperante, prevarranno sempre le seconde - tant'è che gli USA e la Cina non hanno

[28] Sulla responsabilità da reato degli enti con riguardo ai delitti ambientali, cfr., in analoga direzione, di Giuseppe, *Responsabilità da reato ambientale alla luce della nuova legge n. 68/2015*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, 2ª, Milano, 2019, II, pp. 3579 ss. e, spec., pp. 3594 ss.; dello stesso v. anche ID, *Luci ed ombre della L. 68/2015 in materia ambientale*, in A. Manna (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, 2ª, Milano, 2018, pp. 1015 ss.

[29] F. Bricola, *Il costo del principio* "societas delinquere non potest" *nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in «RIDPP», 1970, pp. 651 ss.

[30] V., da ultimo, in argomento AA.VV., *La legge sugli ecoreati 5 anni dopo; un primo bilancio*, in *Lexambiente*, 2020, n. 2, pp. 111 ss.

firmato i protocolli in materia di ambiente di Kyoto – salvo lasciare, ma solo di nuovo a livello "simbolico-espressivo", il palco dell'ONU ad una coraggiosa ragazza svedese che continua ad ammonire circa i mega disastri ambientali che renderà la più giovane generazione, quella cui appartiene la Thunberg[31], l'ultima che vedrà ancora in condizioni quasi accettabili il pianeta Terra. Si ha, tuttavia, l'impressione che per la classe industriale valga, paradossalmente, il monito finale di miss Rossella O' Hara in "Via col vento", ovverosia "*Tomorrow becomes to be another day*", cioè… "*Domani è un altro giorno*".

[31] G. Thunberg, S. Thunberg, B. e M. Ermann, *La nostra casa è in fiamme – La nostra battaglia contro il cambiamento climatico,* Roma, 2019, sec. pp. 89 ss. (1ª ed., 2018).

Ilaria Merenda*

Mafia & corruzione? Un binomio da sciogliere

Sommario: 1. Il recente *trend* politico-legislativo – 2. L'art. 416-*bis* c.p. tra interpretazioni evolutive e applicazioni analogiche – 3. Avvalimento del metodo mafioso e impiego del metodo corruttivo.

1. *Il recente* trend *politico-legislativo*

Il tema dei rapporti tra mafia e corruzione, esploso con la nota vicenda di Mafia Capitale, è in realtà una questione tutt'altro che nuova, perché le mafie hanno da sempre fatto ricorso alla corruzione quale strumento per realizzare le proprie finalità illecite. Anche nelle aree di insediamento tradizionale i mafiosi impiegano frequentemente metodi corruttivi, «mettendo a frutto l'altra specializzazione che li caratterizza, insieme a quella relativa all'uso della violenza: la capacità di accumulare e utilizzare "capitale sociale", vale a dire massimizzare risorse di tipo relazionale che traggono origine da rapporti di contiguità, collusione e anche, in senso proprio, di corruzione»[1]. È quello che avviene nella c.d. "area grigia", espressione con la quale si fa riferimento a quel reticolo di relazioni che prendono vita da una perversa commistione tra lecito e illecito[2] e che costituiscono il terreno privilegiato di congiunzione tra mafia e corruzione: una zona in cui le organizzazioni criminali si muovono istaurando una varietà di alleanze e accordi caratterizzati essenzialmente dalla logica dello scambio e capaci di alimentare nel corso del tempo meccanismi di interazione tra mafiosi e attori diversi – politici, imprenditori professionisti

* Associata di Diritto penale, Università degli Studi di Roma Tre.

[1] Così R. Sciarrone, *Politica e corruzione. Partiti e reti di affari da Tangentopoli a oggi*, Donzelli, Roma, 2017, p. 21.

[2] Cfr. Sciarrone, *op. ult. cit.*, p. 22, per il quale nell'area grigia «i confini tra sfera legale e illegale diventano opachi e porosi, si determinano situazioni di vera e propria con-fusione […]. Questa confusione è una caratteristica strutturale dell'area grigia, ciò che ne permette la riproduzione ed espansione»; sulla capacità di «*networking*» delle organizzazioni mafiose, v., anche, Id., *Mafie vecchie, mafie nuove*, Donzelli, Roma, 2009, p. 49 ss.

e pubblici funzionari – che si fondano su obblighi e favori reciproci[3].

Del resto, un contesto permeato dalla corruzione è indubbiamente quello che ha meglio favorito l'espansione territoriale delle mafie anche in numerose Regioni del Nord[4], dove le organizzazioni mafiose si muovono evitando azioni eclatanti che possono attirare l'attenzione della collettività e preferiscono ricorrere ai rapporti collusivi con i pubblici poteri e alle prassi corruttive, più che alla tradizionale intimidazione violenta. Si può dire quindi che «l'incrementata presenza di "colletti bianchi" nell'area della criminalità mafiosa può essere intesa come il risultato tutto sommato fisiologico di un'evoluzione delle modalità operative delle associazioni criminali»[5].

Allo stesso tempo, se volgiamo lo sguardo al settore della corruzione latamente intesa, vale a dire della criminalità politico-amministrativa, le analisi delle vicende corruttive della realtà italiana negli ultimi decenni hanno fatto emergere come la corruzione abbia molte volte un retroterra organizzato, sia cioè un fenomeno strutturato che coinvolge reti complesse di soggetti che appartengono ad ambiti diversi[6]. Un contesto quindi in cui «si attenua quell'alterità dei ruoli che caratterizza la corruzione classica, sostituita dall'adesione ad un'unica organizzazione illecita: i funzionari pubblici e i corruttori non appaiono più parti contrapposte ma protagonisti di un unico progetto che, fra l'altro, assume spesso i caratteri di un programma indeterminato e seriale di attività illecite»[7]. Ne è una conferma il fatto che sempre con maggiore frequenza vicende di corruzione, soprattutto

[3] Sul punto, A. Vannucci, *Tra area grigia e «mondo di mezzo»: anatomia di Mafia Capitale*, in «Meridiana», 2016, n. 87, p. 42, che parla dell'area grigia come «territorio di incubazione del "cattivo" capitale sociale necessario alle organizzazioni criminali per estendere […] la loro sfera d'azione mediante legami "laschi", adattivi, persistenti. Criterio di accesso e permanenza in questa arena sotterranea è la disponibilità condivisa a intese cooperative e scambi informali – che occasionalmente si fanno apertamente illegali – cementati da ricattabilità incrociata, segnali di affidabilità e reputazione, comprovata disponibilità ad accettare regole non scritte e meccanismi che ne garantiscono l'adempimento».

[4] Sul tema, per tutti, E. Ciconte, *'Ndrangheta Padana*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2010; E. Ciconte, F. Forgione, I. Sales, *Al Nord dove la mafia c'è, ma la vedono in pochi*, in *Atlante delle Mafie*. *Storia, economia, cultura e società*, II, Rubettino, Soveria Mannelli, 2013, p. 9 ss.

[5] L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo di intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, in «DPC», 9 giugno 2016, p. 3.

[6] G. Fiandaca, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in «RIDPP», 2000, p. 895.

[7] R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione*. *Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, p. 62.

di tipo sistemico[8], sono affrontate in sede giudiziaria ricorrendo a fattispecie riconducibili ai reati associativi[9].

Una consapevolezza maturata anche in ambito internazionale, dove, in vista dell'elaborazione di una disciplina fondata su basi comuni, si è evidenziata la grave minaccia rappresentata dalle prassi corruttive quale «strumento di infiltrazione dei gruppi della criminalità organizzata nei settori pubblico e privato»[10], rilevabile anche in una dimensione transnazionale[11].

Se quindi è innegabile che tra la criminalità di tipo mafioso e quella corruttiva possano registrarsi significative convergenze anche di tipo operativo, non per questa ragione si giustifica una sovrapposizione tra i due fenomeni che rimangono realtà criminali autonome e ben distinte. Bisogna quindi, rifuggire dalla tendenza a legare indissolubilmente mafia e "corruzione organizzata", perché, da un lato, si rischia di far perdere al concetto di associazione mafiosa «la sua tragica specificità, che ne determina la pericolosità e la differenzia dalle altre organizzazioni criminali: la disponibilità della violenza»[12]; e, dall'altro lato, conseguentemente, si finisce con l'applicare il trattamento repressivo e sanzionatorio estremamente severo previsto per i reati di mafia anche alle "normali" forme di corruzione, realizzando così un'equiparazione difficilmente giustificabile alla luce dei principi costituzionali di uguaglianza e proporzione[13].

Proprio partendo da queste premesse non può che suscitare forti perplessità il *trend* politico-criminale che si è invece affermato nelle ultime riforme legislative e che sottintende una sorta di assimilazione tra i due fenomeni, estendendo ai reati di corruzione molti istituti nati come strumenti di contrasto alle associazioni di tipo mafioso[14].

[8] Sulla corruzione come sistema, v. Vannucci, *Atlante della corruzione*, Gruppo Abele, Torino, 2012, p. 249.

[9] Sul punto, si veda l'analisi di Sciarrone, *Politica e corruzione*, cit., 20, dalla quale emerge che nell'ultimo decennio il ricorso ai reati associativi raggiunge il 45% del totale delle vicende selezionate ai fini della ricerca; sulle analogie tra la c.d. corruzione sistemica e il crimine organizzato, v. V. Mete, R. Sciarrone, *Mafia Capitale e dintorni: espansione criminale e azione antimafia*, in «Meridiana», 2016, n. 87, p. 9 ss.

[10] *Relazione della Commissione europea sulla lotta alla corruzione*, 3 febbraio 2014.

[11] Cfr. V. Mongillo, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in «DPC–RT», 2019, n. 1., p. 158 ss.; sul tema, v. anche G. Di Vetta, *L'assimilazione tra corruzione e criminalità organizzata nel declino della categoria del* white collar crime, in *Studi sulla questione criminale*, 2020, fasc. 3, p. 45 ss.

[12] Così G. Pignatone, *Le nuove fattispecie corruttive*, in «DPC» , 22 marzo 2018, p. 10.

[13] V., al riguardo, Di Vetta, *Il nido del cuculo. La tendenza ad assimilare criminalità amministrativa e criminalità organizzata*, in «AP», 2020, n. 2.

[14] Cfr. Di Vetta, *L'assimilazione tra corruzione e criminalità organizzata*, cit., p. 31 ss.

Come è noto, tale processo è stato avviato in materia di confisca allargata *ex* art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992 (ora art. 240-*bis* c.p.) estesa con la legge n. 296/2006 ad una vasta gamma di delitti contro la p.a., tra cui anche la corruzione, e poi ha riguardato il settore delle misure di prevenzione, personali e soprattutto patrimoniali, che sono espressamente applicabili, a partire dal 2017, agli indiziati di alcuni reati contro la p.a. (tra cui la corruzione ma perfino anche un mero peculato), purché commessi in forma associata. Il risultato è stato quello di dar vita ad una discutibile omologazione tra realtà profondamente diverse[15]: un conto è infatti radicare la presunzione di accumulazione illecita su una fabbrica di proventi illegali stabile e duratura quale è l'organizzazione mafiosa; altro conto è incardinare la medesima presunzione su una semplice associazione finalizzata alla corruzione che non ha alle spalle lo stesso *background* criminale[16].

La compenetrazione tra la lotta alla corruzione e la lotta alla mafia appare un tratto distintivo anche della recente legge anticorruzione del 2019[17], dove sono stati inseriti tutta serie di istituti mutuati dall'esperienza in materia di criminalità organizzata e operativi sia sul piano investigativo – si pensi all'utilizzo dell'agente sotto copertura o dei captatori informatici – sia, sul piano penitenziario, come l'inserimento dei principali delitti contro la pubblica amministrazione nel catalogo dei c.d. reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., con tutto ciò che ne consegue rispetto alla possibilità di fruire sia della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva sia di successive misure alternative al carcere[18].

Si tratta dell'estensione di un modello penale di intervento concepito per

[15] C. Visconti, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in «DPP», 2018, n. 2, p. 146.

[16] Critico sull'estensione anche agli indiziati di delitti contro la P.A. delle «presunzioni di pericolosità pensate per contesti di criminalità organizzata qualificata: fondate, perciò, vuoi sulle coperture che offrono le dinamiche associative di tipo mafioso, vuoi sulla massima di esperienza (suscettibile di superamento all'esito del positivo adempimento dell'onere di giustificazione patrimoniale) secondo cui il coinvolgimento nella rete dell'agire criminoso organizzato contamini di illiceità le accumulazioni di ricchezza», V. Maiello, *La corruzione nel prisma della prevenzione* ante delictum, in «DiScrimen», 4 dicembre 2018.

[17] V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in «DPC», 2019, n. 5., p. 251 ss.

[18] Cfr. V. Manes, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in «DPC», 2019, n. 2, p. 105; sul tema di centrale rilevanza la sentenza della Corte costituzionale, n. 32 del 2020 che ha dichiarato l'illegittimità dell'applicazione retroattiva del regime ostativo dell'art. 4. *bis* Ord. penit. ai delitti contro la pubblica amministrazione di cui alla L. 3/2019: v. al riguardo, L. Spinelli, *Riflessioni a margine della legge "Spazzacorrotti". Tra presunzioni irragionevoli e nuove precisazioni sul principio di irretroattività della legge penale*, in «DiScrimen», 29 maggio 2020.

la criminalità organizzata di tipo mafioso come modello tendenzialmente speciale, di un diritto penale c.d. di "lotta", che si fonda su un forte sbilanciamento tra garanzie personali ed esigenze di prevenzione e repressione e che, come tale, sarebbe più opportuno impiegare in una logica di assoluta eccezionalità[19]. La recente tendenza a replicare tale sottosistema anche al settore dell'anticorruzione sottintende, invece, una pericolosa strumentalizzazione politica del diritto penale e delle sue valenze simboliche, nel contrasto ad un fenomeno avvertito sempre più come "emergenziale", che porta a prediligere soluzioni non opportunamente ponderate in termini di razionalità, efficacia e adeguatezza rispetto agli scopi prefissati[20].

2. *L'art. 416*-bis *c.p. tra interpretazioni evolutive e applicazioni analogiche*

L'esigenza di contenere il ricorso alla legislazione antimafia si traduce innanzitutto nella necessità di vigilare su un corretto utilizzo della fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p., e quindi, in altri termini, sull'impiego stesso della parola "mafia". Perché, ha ragione chi dice che «viviamo in un paese affetto da bulimia mafiosa, in cui senza la parola "mafia" di mezzo le cose non ci sembrano abbastanza gravi da occuparcene con dispendio di tempo o di energie»[21]. E su questo la recente esperienza di "Mafia Capitale" è indubbiamente emblematica, soprattutto per quello che è emerso sul piano della comunicazione mediatica, se si considera che una volta caduta l'etichetta di mafiosità, la vicenda sembra quasi essere stata archiviata come un fatto pressocché ordinario[22].

[19] Mongillo, *Il contrasto alla corruzione. Tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, in «RIDPP», 2000, n. 2, p. 973 ss.

[20] Sul tema, in una prospettiva generale, F.C. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, p. 55; Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «Criminalia», 2013, p. 95 ss.

[21] Visconti, *"La mafia è dappertutto". Falso!,* Laterza, Bari, 2016, XII.

[22] Sul punto, per un'analisi della recente sentenza della Cass. Sez. VI, 22 ottobre 2019 (12 giugno 2020), n. 18125, v. G. Amarelli, C. Visconti, *Da 'Mafia capitale' a 'Mafia corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazione per delinquere plurime*, in «SP», 18 giugno, 2020; A. Apollonio, *Essere o non essere "Mafia Capitale"*, in «Giustizia insieme», 20 giugno 2020; E. Mezzetti, *Quel che resta di Mafia Capitale*, in «DiScrimen», 25 novembre 2020; L. Della Ragione, *"Mafia capitale" e "mafia corrotta": la parola definitiva della Suprema corte nel processo di stabilizzazione giurisprudenziale dell'associazione di tipo mafioso*, in *La legislazione penale*, 21 ottobre 2020; in dottrina, sul tema, con riferimento ai precedenti gradi di giudizio, v. Fiandaca, *Esiste a Roma una*

Ora, le difficoltà che pone l'interpretazione dell'art. 416-*bis* c.p. – che da tempo impiegano la nostra giurisprudenza – derivano dal fatto che l'associazione di tipo mafioso è un reato c.d. a tipicità debole[23], e cioè una figura criminosa che si fonda su elementi costitutivi che sono scarsamente determinati: "forza d'intimidazione","condizione di assoggettamento e omertà" sono requisiti essenzialmente di stampo sociologico-ambientale, tarati sul fenomeno delle mafie storiche operanti nel meridione, che era quello che aveva in mente il legislatore nel 1982 quando inserì la norma nel codice penale[24].

Proprio questo carattere debolmente tipizzato della fattispecie le garantisce però una notevole duttilità di impiego, tanto che lo sforzo giudiziario degli ultimi anni è stato quello di proporre una sorta di interpretazione evolutiva dell'art. 416-*bis* c.p. che ne permettesse l'applicabilità anche a contesti criminali diversi da quelli tradizionali[25].

È quello che è avvenuto, ad esempio, con le mafie straniere, come quella cinese o quella nigeriana, considerate appunto "nuove mafie", di dimensioni più ridotte, che non esercitano un vero e proprio controllo sul territorio ma un'intimidazione per lo più riservata agli appartenenti ad una specifica comunità; in questi casi, infatti, la giurisprudenza ha avallato una rilettura della fattispecie incriminatrice che, senza forzarne i limiti di tipicità, ha però alleggerito l'accertamento fattuale dei requisiti oggettivi del reato, consentendo all'art. 416-*bis* c.p. di affrancarsi dal prototipo criminoso delle grandi organizzazioni mafiose meridionali[26].

Quello che però bisogna evitare è che prendano piede delle interpretazioni analogiche della norma, che finiscano con lo stravolgere il significato criminoso della fattispecie, in ragione di esigenze repressive

Mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa, in «FI», 2018, II, 176; Fornari, *Il metodo mafioso,* cit.; Amarelli, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in «GI»., 2018, p. 956 ss.; C. Greco, *Mafia Capitale: il banco di prova dell'art. 416 bis c.p.,* in «DPC», fasc. 6, 2019, p. 95 ss. Riguardo ai profili corruttivi della vicenda, ed in particolare sul *discrimen* tra le ipotesi di cui agli artt. 318 e 319 c.p., M.C. Ubiali, *Sul confine tra corruzione propria e corruzione funzionale: note a margine della sentenza della Corte di cassazione sul caso "mafia capitale",* in «RIDPP», 2020, n. 2, p. 662 ss.

[23] Recentemente, Fiandaca, *Mafia capitale: metodo mafioso e metodo corruttivo non vanno sovrapposti*, in «FI», *(Foronews),* 26 giugno 2020.

[24] G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 29 ss.

[25] Al riguardo, sia consentito il rinvio a I. Merenda, C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis*, in *La legislazione antimafia*, a cura di E. Mezzetti, L. Lupária, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 37 ss.

[26] Ampiamente, Visconti*, Mafie straniere e 'ndrangheta al nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416* bis*?*, in «DPC-RT», 2015, n. 1, p. 354 ss.

e di semplificazione probatoria. Un rischio ben evidente se si guarda a quell'orientamento giurisprudenziale maturato con riferimento al fenomeno delle c.d. "mafie delocalizzate" – in particolare articolazioni periferiche dell"ndrangheta calabrese insediatesi in aree non tradizionali – che ha sostituito all'accertamento del metodo mafioso come dato effettivo che deve essere riscontrato nei territori in cui il sodalizio viene a radicarsi, la verifica di alcune caratteristiche di tipo organizzativo della nuova associazione che dimostrino che il gruppo criminale sia potenzialmente capace di esercitare intimidazione, senza la necessità di appurare che realmente si sia prodotta una condizione di assoggettamento e di omertà nei consociati[27].

In questa prospettiva, infatti, in presenza di determinati elementi strutturali considerati intrinsecamente indicativi del carattere mafioso dell'associazione (tipici rituali di affiliazione e ripartizione dei ruoli, segretezza del vincolo, rispetto dei rapporti gerarchici), si è ritenuto sufficiente, ai fini dell'applicabilità dell'art. 416-*bis* c.p., fornire la prova della sussistenza di un collegamento con organizzazioni radicate nel meridione e dotate di una consolidata fama criminale, giacché in virtù di tale legame la nuova formazione associativa si rivelerebbe pericolosa «già in sé per l'ordine pubblico, indipendentemente dalla manifestazione della forza di intimidazione»[28].

Si tratta, a ben vedere, di una lettura che finisce con il forzare la tipicità della figura criminosa, assimilando l'associazione di tipo mafioso ad un'associazione per delinquere semplice, in cui ciò che rileva è appunto l'esclusiva dimensione organizzativa finalisticamente orientata alla realizzazione del programma criminoso[29]. Va considerato, invece, che il disvalore espresso dall'art. 416-*bis* c.p. ruota proprio attorno al concetto di "metodo mafioso" e quindi, alla necessità, ai fini dell'integrazione del reato, di provare che gli associati "si avvalgano della forza di intimidazione": si tratta senza dubbio di un'espressione che richiede un uso effettivo e concreto di tale forza, affinché, conseguentemente, si produca, nei contesti dove opera l'associazione, una condizione di assoggettamento ed omertà. Assoggettamento ed omertà che non possono esaurirsi in episodi occasionali ma devono tradursi in una condizione di generale/diffusa succubanza, di soggezione psicologica[30], che per le mafie tradizionali si traduce nel c.d.

[27] Cfr., sul tema, Amarelli, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in , «RIDPP», n. 3, 2019, p. 1197 ss.

[28] Cass. Sez. V, 3 marzo 2015 (21 luglio 20159), n. 31666, in CED, n. 264471.

[29] Parla di «'scollamento' con i requisiti della fattispecie di cui all'art. 416 *bis*», E. Mezzetti, *Quel che resta di Mafia Capitale*, cit., p. 13.

[30] V., tra gli altri, M. Ronco, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale porta-*

controllo del territorio, ma che può riguardare anche una cerchia più limitata, purché indeterminata di soggetti, che hanno timore di danni alla propria incolumità personale o alle essenziali condizioni esistenziali – tra cui anche quelle lavorative – perché sono consapevoli della natura prevaricatrice e violenta del vincolo associativo e quindi si adeguano alle volontà dell'organizzazione[31].

È proprio in un simile danno alla libertà morale dei consociati che si concretizza, infatti, il significato offensivo della fattispecie; del resto, un rigore punitivo come quello riservato ai partecipi ad un'associazione mafiosa si giustifica sul piano sistematico solo in presenza di un *quid pluris* rispetto al paradigma classico del reato associativo, cui ricollegare un contenuto di disvalore aggiuntivo sul piano dell'offesa agli interessi tutelati[32]. Ebbene, quello che si rimprovera ai sodali, indipendentemente dalla realizzazione del programma criminoso, è di dar vita ad un'associazione che per il solo fatto di esistere compromette la capacità di autodeterminarsi liberamente dei cittadini che vi si imbattono, attraverso lo sfruttamento attivo della forza di intimidazione[33].

Per questo è essenziale che la forza di intimidazione derivi dal gruppo nel suo complesso, dalla sua fama criminale e non dal prestigio di un singolo associato: avere tra i propri partecipi un soggetto di riconosciuta fama criminale non fa sì che l'associazione sia per ciò solo di tipo mafioso, perché la forza di intimidazione costituisce un dato che qualifica il sodalizio e che deve promanare dal vincolo in quanto tale, con la conseguenza, quindi, che anche qualora venissero «isolati e sterilizzati i personaggi dotati di fama criminale personale», l'organizzazione manterrebbe intatto il suo potere di condizionamento sui terzi[34].

ta applicativa, in A.A.V.V., *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di B. Romano, G. Tinebra, Giuffrè, Milano, 2013, p. 74 ss.

[31] V., Cass. Sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535, in CED, n. 264126.

[32] C. Visconti, I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa*, cit., p. 40.

[33] Sulla qualificazione della fattispecie *ex* 416 *bis* c.p. come reato associativo "a struttura mista", proprio per evidenziare questa duplice dimensione pericolo/danno che costituisce l'essenza dell'incriminazione e che produce conseguenze decisive dal punto di vista applicativo, G. Spagnolo, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, Franco Angeli, Milano, 1987, p. 156.

[34] Sul punto, per la rilevanza della questione nella recente vicenda di "Mafia Capitale", v. Cass. Sez. VI, 22 ottobre 2019, cit., p. 284. In dottrina, al riguardo, v. L. Della Ragione, *"Mafia capitale" e "Mafia corrotta"*, cit., p. 27.

3. *Avvalimento del metodo mafioso e impiego del metodo corruttivo*

È chiaro che il concetto di intimidazione richiama inevitabilmente gli estremi della violenza e della minaccia. Su questo punto però occorre fare una distinzione tra le mafie tradizionali e le c.d. nuove mafie che – come nell'ipotesi della recente vicenda romana – sono estranee al classico paradigma meridionale[35].

Nel primo caso, infatti, è ben possibile che, anche in assenza di specifici comportamenti violenti o minatori, l'associazione sia talmente radicata e conosciuta nel territorio che per mantenere assoggettamento e omertà possa anche essere sufficiente la mera spendita del nome dell'organizzazione, almeno qualora essa sia dotata di sicura forza evocativa, in ragione della fama criminale già acquisita nel tempo[36]. Nel caso, invece, delle organizzazioni di nuova formazione, che non possono contare su una consolidata consuetudine di prevaricazione, difficilmente si potrà prescindere dall'avvenuta consumazione di specifici atti di violenza o minaccia, quali condotte strumentali che, se coltivate sistematicamente, consentono di acquisire quella capacità di intimidazione diffusa che costituisce elemento fondante dell'associazione di tipo mafioso.

Come si inserisce in questo contesto il metodo corruttivo? In primo luogo, va ribadito che quell'impostazione che predica un'incompatibilità concettuale tra mafia e corruzione, affermando che la mafia presuppone l'intimidazione e la corruzione invece un rapporto paritario tra corrotto e corruttore, ci porta fuori strada e deve essere respinta[37]. Si è visto, infatti, che le moderne organizzazioni criminali affiancano frequentemente ai tradizionali

[35] Chiarissima al riguardo, Cass. Sez. II, 16 marzo 2020 (29 novembre 2019), n. 10255, in *Sistema penale*, 24 marzo 2020, con nota di Visconti, *"Non basta la parola Mafia": la cassazione scolpisce il fatto da provare per un'applicazione ragionevole dell'art. 416 bis c.p. alle associazioni criminali autoctone,* che osserva come «le associazioni che non hanno una connotazione criminale qualificata sotto il profilo "storico", dovranno essere analizzate nel loro concreto atteggiarsi, in quanto per esse "non basta la parola" (il *nomen* di mafia, camorra, 'ndrangheta, ecc.)»,

[36] Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., p. 15; in giurisprudenza, nel senso che le condizioni di assoggettamento e di omertà indotte nella popolazione e richieste per l'integrazione dell'art. 416 *bis* c.p. costituiscono «più che l'effetto di singoli atti di sopraffazione, la conseguenza del prestigio criminale dell'associazione che, per la sua fama negativa e la capacità di lanciare avvertimenti, anche simbolici ed indiretti, si accredita come temibile, effettivo ed autorevole centro di potere»: Cass. Sez. V, 16 marzo 2000 (20 aprile 2000), n. 4893, in CED, n. 215965; nello stesso senso, più recentemente, Cass. Sez. VI, 12 ottobre 2017 (19 giugno 2018), n. 28212, in CED, n. 273537.

[37] Cfr. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunzie di "mafia capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia solo giuridica*, in «CP», 2016, p. 125.

metodi mafiosi, l'impiego di modalità corruttive; del resto, l'utilizzo della forza di intimidazione è un dato che caratterizza l'organizzazione in quanto tale, e ciò però non significa che il metodo mafioso debba sempre essere impiegato in tutte le attività programmate e realizzate dagli associati.

A riprova di quanto appena osservato basti considerare che la giurisprudenza ritiene applicabile l'aggravante di cui all'art. 416-*bis* 1 c.p.[38] – che ricorre quando il delitto è commesso avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo – anche ai soggetti che già sono puniti in quanto partecipi del sodalizio, sul presupposto che «il metodo mafioso previsto dall'art. 416-*bis* c.p. e quello di cui alla disposizione che sancisce l'aggravamento di pena integrano due distinte entità: il primo connota il fenomeno associativo ed è, al pari del vincolo, un elemento che permane, indipendentemente dalla commissione dei vari reati; il secondo costituisce eventuale caratteristica di un concreto episodio criminoso, ben potendo succedere, di converso, che un associato attui una condotta penalmente rilevante, e pur costituente reato fine, senza avvalersi del potere intimidatorio del *clan*»[39].

È quindi possibile che un partecipe non impieghi il metodo mafioso, ossia il potere di pressione del gruppo cui appartiene, in tutte le attività realizzate per conto della compagine associativa. Anzi, l'evoluzione delle dinamiche operative delle moderne organizzazioni criminali rende perfettamente plausibile pensare che «lo stesso sodalizio utilizzi tecniche di corruzione e conoscenze politiche fin dove riesce ad arrivare in tal modo, e ricorra invece a strumenti di intimidazione 'tradizionali' rispetto ad altri soggetti che non appartengono alla cerchia dei corruttibili o non intendano adeguarsi»[40]. Fin tanto che questo secondo elemento di vera e propria intimidazione continua a sussistere, anche se con minore frequenza e intensità, si può ritenere applicabile l'art. 416-*bis* c.p. Si fuoriesce, invece, dal tipo criminoso tratteggiato dall'associazione mafiosa quando si arriva a concepire la prassi corruttiva quale presupposto di per sé idoneo a determinare forme di condizionamento intimidatorio, di assoggettamento, di omertà, e pertanto alla stregua di elemento equivalente ed eventualmente sostitutivo del metodo mafioso in senso stretto[41].

[38] Recentemente, sul tema, De Blasis, *La circostanza aggravante del metodo e del fine per reati connessi ad attività mafiose. L'attenuante della «dissociazione attuosa»*, in «La legislazione antimafia», cit., p. 178 ss.

[39] Cass. SU, 28 marzo 2001 (27 aprile 2001), n. 10, in CED, n. 218377-01.

[40] Greco, *Mafia Capitale: il banco di prova dell'art. 416 bis c.p.*, cit., p. 119.

[41] Visconti, Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa*, cit., p. 52; parla di un sostanziale "svuotamento della tipicità per sottrazione o ridimensionamento" (di ele-

È vero senz'altro che le pratiche corruttive sono uno «strumento attraverso il quale si realizza il controllo dell'ambiente economico e imprenditoriale, premiando i soggetti fedeli e affidabili e punendo, estromettendoli dal mercato, coloro che non si prestano a transazioni illegali»[42]. In questi termini, si può dire quindi che la corruzione, specie quando prende le forme di una prassi consolidata, si trasforma in un mezzo di pressione e controllo, in grado di creare un clima di assoggettamento e di omertà in senso lato: denunciarla, infatti, potrebbe rivelarsi assolutamente controproducente sia per gli operatori economici che a tale sistema ancora non partecipano, e che vedrebbero definitivamente sfumata la loro possibilità di inserirsi nel meccanismo collusivo[43]; sia per chi vi è già direttamente coinvolto e quindi sottoposto al ricatto di un possibile coinvolgimento in una denuncia penale. Si tratta però di un risultato che è il prodotto del normale esplicarsi delle azioni corruttive; basti pensare che da sempre uno dei fattori che rende particolarmente complessa l'emersione dei fatti di corruzione è proprio la garanzia della reciproca segretezza dello scambio di consensi che lega i protagonisti del patto illecito.

In questi casi, quindi, siamo al fuori dell'ambito applicativo dell'art. 416-*bis* c.p. che, presuppone, invece, l'esercizio effettivo ed attuale di una forza di intimidazione derivante dalla consapevolezza diffusa della natura prevaricatrice del sodalizio; né, in via compensativa, è possibile appellarsi ad una "riserva di violenza", intesa come potenzialità di futuro dispiegamento di un metodo mafioso non ancora in atto, cui ricorrere in via eventuale nei confronti dei soggetti che si mostrino ostili all'organizzazione[44]. Un concetto, infatti, che richiama quella capacità potenziale di intimidazione, già invocata da parte della giurisprudenza in relazione alle mafie delocalizzate, che – come si è visto – finisce con lo «sfigurare il volto»[45] dell'art. 416-*bis* c.p., rinunciando al riscontro degli estremi tipici dell'agire mafioso[46].

Va detto però che questa distinzione che appare netta sul piano delle

menti strutturali), attuata mediante un processo di smaccata semplificazione probatoria, Mezzetti, *Quel che resta di Mafia Capitale*, cit., p. 3.

[42] Così Mete, Sciarrone, *Mafia Capitale e dintorni*, cit., p. 6.

[43] Così Greco, *Mafia Capitale*, cit., p. 106.

[44] Fornari, *Il metodo mafioso*, cit., p. 18.

[45] Si esprime così Visconti, *La mafia "muta"*, cit., p. 3.

[46] Sul punto, v. le osservazioni di G. Insolera, T. Guerrini, *Diritto penale della criminalità organizzata*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 84, secondo i quali un simile orientamento «conduce alla perdita di qualsiasi capacità connotativa del concetto di mafia. Antimafia diviene la coperta da stendere su ogni fenomeno che desti allarme sociale. […] e il termine mafia si connota in senso extragiuridico, morale».

definizioni astratte, diviene poi molto più sfocata sul versante applicativo, perché, una volta abbandonato il prototipo classico dell'associazione mafiosa radicata nel meridione, i mutevoli contesti nei quali si muovono le "nuove" organizzazioni criminali rendono particolarmente complesso tracciare un univoco percorso interpretativo. La questione si sposta inevitabilmente sul piano probatorio: qual è la dose di violenza e di minaccia che permette di considerare consolidata la fama criminale di un'organizzazione tanto da qualificarla come associazione di tipo mafioso[47]? Quanto deve essere diffuso il potere di intimidazione, e quindi quanti soggetti devono essere intimiditi, affinché si raggiunga quella soglia di riscontro ambientale che occorre verificare per ritenere integrato il tipo criminoso[48]? Si tratta di elementi dai confini incerti, che sono inevitabilmente esposti a variabili valutative; e questo a dimostrazione di come «la gestione giudiziale dell'art. 416-*bis* c.p. rientri tra i più significativi campi di osservazione del rapporto difficile che oggi intercorre tra il tradizionale principio di legalità penale e un diritto giurisprudenziale sempre più incline a interpretazioni "creative"»[49].

[47] Osserva, infatti, Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 137, che «la presenza di atti intimidatori concreti può anche non essere, di per se stessa, indicativa di una struttura mafiosa, dal momento che atti di tal genere possono provenire anche da gruppi teppistici, o terroristici, o comunque da gruppi criminosi privi di un apparato strutturale fondato sull'intimidazione diffusa».

[48] In questi termini, Visconti, *A Roma una Mafia c'è. E si vede…,* in «DPC», 15 giugno 2015.

[49] G. Fiandaca, *Esiste a Roma una Mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*, in «FI», 2018, II, p. 181.

Nicola Pisani*

La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione

Sommario: 1. Introduzione. Populismo penale a doppia velocità – 2. Merito e discrezionalità nella nuova fattispecie di abuso di ufficio – 2.1. (*Segue*) Eccesso di potere e violazione di norme di legge – 3. La fonte primaria: solo norme di legge o atti aventi forza di legge – 4. Il requisito strutturale delle regole di comportamento. Se l'art. 97 Cost. possa fungere da regola comportamentale. Critica – 5. L'omessa astensione. L'asimmetria dell'intervento di riforma – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione. Populismo penale a doppia velocità*

Con questo mio scritto rendo onore alla carriera accademica e al ruolo di Maestro del Prof. Antonio Fiorella. La recente riforma dell'abuso d'ufficio - con lo strumento della decretazione d'urgenza (d.l. n. 76/2020 convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120) - è per certo figlia dell'emergenza pandemica[1]. E si potrebbe aggiungere, che essa si inscrive a buon diritto nel *trend* del c.d. populismo penale degli ultimi tempi[2], replicandone uno dei caratteri dominanti: la matrice emergenziale. Il legislatore interviene per rispondere ad esigenze che sarebbero rese indifferibili dall'emergenza sanitaria, e in vista di specifici obbiettivi, perseguendo così una "strategia" di consenso politico attuata attraverso la politica criminale[3]. Nel caso della riforma dell'abuso di ufficio l'obiettivo politico-criminale che il Governo legislatore si prefigge è quello della semplificazione amministrativa. Qui siamo però di fronte a un

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Teramo.

[1] V. Valentini, *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio*, in «GP», 2020 (parte seconda: diritto penale), p. 508.

[2] Si veda l'ampio studio monografico di E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020.

[3] Gli effetti del populismo penale sono la creazione di un diritto penale compulsivo-emozionale, e la curvatura eticizzante delle fattispecie criminose; a ciò si aggiunge il ruolo decisivo che gioca il discorso pubblico sull'insicurezza: si può definire populismo penale, in questa prospettiva, "quella politica che punta ad assecondare e ad alimentare i timori e le paure collettive quale principale fonte di consenso a misure penali in materia di sicurezza".

populismo penale selettivo o a "doppia velocità": perché? Intervenendo per la semplificazione amministrativa, intesa come sburocratizzazione, volta a velocizzare la macchina amministrativa nell'interesse delle imprese e dell'economia, sul versante della responsabilità degli amministratori si manda un chiaro messaggio: per favorire la ripresa economica bisogna ridurre al minimo la sfera di controllo del giudice penale sugli atti della pubblica amministrazione. Con ciò, muta la risposta populistica, caratteristica del diritto penale compulsivo-emozionale: l'emergenza non impone questa volta di parlare ai cittadini in funzione securitaria per contrastare il grave fenomeno corruttivo attraverso la minaccia di pene draconiane; oggi lo scopo selettivo è "curare" l'insicurezza dei pubblici agenti destata dall'attivismo giudiziario che, stando al messaggio veicolato, talvolta paralizza e, talaltra, sterilizza l'azione amministrativa[4]: così, "dal volto feroce della legge spazza-corrotti si passa al più mite e comprensivo del decreto semplificazioni"[5].

Insomma, il "discorso pubblico" promanante dalla politica penale, sembra aver smarrito quella funzione taumaturgica assegnata al diritto penale inteso come "religione di massa"[6] per fargli acquistare i tratti, sempre irrazionali e fideistici, di uno strumento di pacificazione selettiva di alcune categorie sociali. Senonché un simile andamento distonico della risposta legislativa in materia di reati contro la pubblica amministrazione non è privo di conseguenze: da una parte la spazzacorrotti imprime un incremento significativo dei limiti edittali della corruzione per l'esercizio della funzione che, guarda caso, ha il suo campo di coltura privilegiato proprio nel mercimonio della discrezionalità[7], presupponendo quindi un abuso delle funzioni; dall'altra la riforma in commento pretende di erigere una sorte di "cinta immunitaria"[8] attorno alle funzioni amministrative discrezionali, ancorché connotate dalla violazione di norme di legge ed eccesso di potere. Questa prima discrasia nel trattamento penale delle forme di discrezionalità amministrativa rischia di proiettare sull'art. 323 c.p. una prima ombra di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di ragionevolezza.

[4] T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in «Giurisprudenza penale web», 2020, 7-8, p. 1.

[5] G.L. Gatta, *Da "spazza-corrotti" a "basta paura": il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo "salve intese" (e la riserva di legge?)*, in «SP», 17 luglio 2020.

[6] Così M. Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in «SP», 2020, p. 1.

[7] Sul rapporto tra discrezionalità amministrativa ed esercizio della funzione nella c.d. corruzione funzionale cfr. G. Fidelbo, *La corruzione "funzionale" e il contrastato rapporto con la corruzione propria*, in «Giustizia insieme», 14 maggio 2020.

[8] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 9.

2. *Merito e discrezionalità nella nuova fattispecie di abuso di ufficio*

Conviene allora affrontare di petto la prima questione: qual è l'assetto che il legislatore prefigura nel delicato rapporto tra ambito del controllo del giudice penale e discrezionalità amministrativa? Nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p., scompare la violazione di norme a carattere regolamentare ma, soprattutto, si prevede che la violazione di norme di fonte primaria debba riguardare "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

Ora, è evidente che se l'*intentio legis* fosse proprio quella di espungere dall'area di rilevanza penale dell'abuso di ufficio le funzioni amministrative discrezionali nella loro variegata tipologia, verrebbe praticamente annullato lo spazio per un controllo penale sull'esercizio funzionale pubblico, connotato da eccesso di potere[9].

In realtà simili finalità di contenimento della risposta penalistica avevano ispirato l'intervento di riforma del 1997: si era voluto ancorare la condotta tipica alla violazione di norme di legge o di regolamento, con l'obbiettivo di "vincolare l'illiceità alla presenza di una illegittimità formale sull'atto o sul provvedimento"[10], che si traduceva sostanzialmente nei vizi dell'atto/provvedimento, e in particolare in alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Anche la trasformazione da reato a consumazione anticipata in reato di evento, e la previsione di un "dolo rafforzato" erano espressione di quelle medesime finalità, che evidentemente, nella mente dell'attuale legislatore, non devono essere andate a segno[11].

Volendo per un attimo staccarsi dal dibattito penalistico, uno sguardo alla nozione nel diritto amministrativo di discrezionalità nella sua contrapposizione con l'attività amministrativa vincolata, può essere di ausilio nell'interpretazione di quello che, una parte della dottrina, ha definito come

[9] Sul punto Francesco Palazzo ha osservato: "a misura che le funzioni amministrative cessano di essere prevalentemente esecutive e assumono carattere di penetrante e generale discrezionalità il controllo del giudice anche penale, non può che andare a spingere lo sguardo in aree di esercizio funzionale, limitrofe al merito": così F. Palazzo, *Relazione svolta al Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca*, nei giorni 17-18 novembre 2011, sul tema Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri, 3.

[10] S. Seminara, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, in «Studium iuris», 1997, p. 1252.

[11] Così R. Greco, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, in «Giustizia insieme», 22 luglio 2020, p. 2.

un elemento negativo del fatto tipico della nuova fattispecie: la presenza di un potere discrezionale, comunque esso si atteggi, escluderebbe *a priori* il configurarsi della nuova fattispecie di abuso di ufficio[12]. Per converso, la condotta abusiva dovrebbe radicarsi sull'esercizio di un potere vincolato.

Storicamente, nell'ottocento francese, l'attività discrezionale si caratterizzava per essere il risultato di una scelta libera della P.A., come tale insindacabile[13]: essa era espressione della piena divisione dei poteri, dalla quale discendeva l'insindacabilità dell'atto amministrativo, concepito come atto esclusivo della Amministrazione pubblica. Questa originaria impostazione dava luogo ad una vera e propria antinomia tra legalità formale dei provvedimenti nei quali si esercitano i poteri pubblici - oggetto quest'ultima di cognizione giudiziale - e discrezionalità amministrativa, sottratta al controllo. L'evoluzione successiva, in Francia con la scoperta del *détournement de pouvoir* del provvedimento amministrativo[14] e con il sindacato sui motivi dell'atto, ha portato al consolidarsi di altra distinzione fondamentale, anche ai nostri fini, tra scelta libera e scelta discrezionale, a base della quale si colloca il principio che l'attività discrezionale deve soggiacere ai limiti positivi imposti dalla legge. Di qui la definizione ampiamente condivisa di discrezionalità come "scelta effettuata dall'amministrazione, all'esito di un giudizio di comparazione tra un interesse pubblico primario, degli interessi pubblici secondari nonché degli interessi privati – dell'interesse pubblico concreto da perseguire"[15]. In questa prospettiva si potrebbe dire che la discrezionalità "è l'agire libero della funzione"[16] e come tale essa rappresenta la stessa essenza del potere pubblico: non potendo la legge per il suo contenuto generale e astratto individuare la migliore modalità di tutela dell'interesse pubblico, dalla stessa prevista, anche per assicurare il rispetto del principio costituzionale di buon andamento, all'amministrazione viene assegnato il compito di effettuare la descritta scelta discrezionale all'esito di un giudizio comparativo degli interessi calibrato sulla specificità della vicenda amministrativa[17]. Si può affermare dunque che l'*ubi consistam* della discrezionalità amministrativa, risieda proprio nel giudizio di ponderazione

[12] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 10.
[13] V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 545.
[14] M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 265.
[15] Id., p. 49.
[16] Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 78.
[17] Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 546.

tra interessi in vista del perseguimento dell'interesse primario pubblico, valutazione funzionalizzata che deve conformarsi al modello regolativo fissato dalla legge attributiva del potere.

Fermiamoci a questo dato. La più autorevole dottrina penalistica, nel vigore della precedente disciplina dell'abuso d'ufficio[18], occupandosi del problema del controllo del giudice penale sugli atti amministrativi attraverso il prisma dell'art. 323 c.p., aveva fissato un primo limite "negativo" al sindacato penale sull'attività amministrativa, derivante dalla distinzione tra merito amministrativo e discrezionalità - distinzione che ha un preciso correlato nel diritto amministrativo.

La nozione di merito amministrativo, infatti, individua un nucleo della discrezionalità, che coincide con lo spazio libero di quest'ultima nelle scelte di opportunità[19], non regolate dalla legge attributiva del potere[20], e che attiene alla vera e propria cura dell'interesse[21]. È significativo, del resto, che il merito amministrativo, in senso stretto, sia insindacabile anche in sede di controllo di legittimità del giudice amministrativo.

In sostanza, il controllo sul merito non implica un giudizio sulla condotta illecita del pubblico agente, proiettandosi sugli effetti *ex post* che il giudizio di ponderazione degli interessi produce[22].

Alla materia penale - si è da più parti detto - non può essere riservato un controllo di merito sui risultati delle scelte discrezionali, poiché l'accertamento dell'abuso riguarda il modo di atteggiarsi della pubblica funzione e, quindi, "le modalità di formazione dell'atto, il suo nascere obbedendo ad una causa privata, anziché, come era dovuto, a una causa pubblica"[23]. Perciò,

[18] Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in «CP»., 2012, pp. 1610 ss.; A. Pagliaro, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in «DPP»,1996, pp. 1405 ss.

[19] Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 485.

[20] Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 584.

[21] P. Lazzara, *Discrezionalità e merito*, in «Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore», a cura di S. Patti, 2007, V, Milano, p. 461.

[22] E ciò in quanto il sindacato di merito "concerne il risultato dell'atto amministrativo e cioè la circostanza che l'atto abbia raggiunto, nel modo più idoneo e conveniente il risultato che l'amministrazione si proponeva" (Pagliaro, cit.).

[23] A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale. I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 341 ss.

È "il principio della separazione dei poteri, del resto, ad imporre di ritenere che il giudice penale non possa penetrare le scelte di merito dell'amministrazione, anche perché un diverso assetto della disciplina penale, che "incriminasse un vizio nel giudizio di ponderazione degli interessi sarebbe in contrasto con l'art. 102 Cost, poiché attribuirebbe

un atto viziato nel merito, in virtù di una errata ponderazione di interessi, ben potrebbe fuoriuscire dal campo di applicazione dell'abuso d'ufficio, se la scelta errata non sia frutto di sviamento dalla causa pubblica. Eppure questa distinzione concettuale tra merito amministrativo e merito criminoso non si è affatto consolidata nella giurisprudenza penale sull'art. 323 c.p. appena riformato: si era ritenuto in più occasioni legittimo da parte del giudice penale, un sindacato che si addentrasse nel merito dell'atto, sino ad attingere gli effetti della valutazione ponderata degli interessi[24]. Lo schema argomentativo si fondava su un giudizio a ritroso, affetto da *bias* cognitivi non dissimili da quelli che inficiano l'accertamento della colpa per l'evento, allorquando la regola cautelare inosservata sia forgiata *ex post* sull'evento; e non a caso la casistica dell'abuso d'ufficio, cui si fa riferimento, colpiva proprio quei provvedimenti amministrativi fissativi di "direttive cautelari", frutto di fisiologiche ponderazioni di opposti interessi, rivelatesi *ex post* inidonee a prevenire un dato evento ad esempio in materia di sanità o di tutela della pubblica incolumità: è evidente che il controllo del giudice penale sull'atto amministrativo, così concepito, si proiettava sul risultato della tal scelta amministrativa, anziché sul momento genetico dell'atto in sé. Funzionale a questa soluzione è la tesi che fa rientrare nel vizio di violazione di legge anche la c.d. frustrazione del fine perseguito dalla normativa di riferimento[25], arrivando ad ammettere un sindacato sugli effetti *ex post* delle scelte della P.A., anche in carenza di una reale difformità delle modalità di esercizio del potere discrezionale, rispetto alla fattispecie legale attributiva del potere in concreto al pubblico agente[26].

Sotto questo primo profilo, la riformulazione dell'art. 323 c.p. ha come conseguenza l'esclusione del sindacato del giudice penale sul c.d. merito amministrativo. Si pensi alle scelte di opportunità che ineriscono agli atti di alta amministrazione, connotati dall'ampio spazio riservato agli

una potestà non giurisdizionale in senso stretto al giudice".

[24] Palazzo, *Relazione svolta al Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca*, cit., p. 4.

[25] Valentini, *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 510.

[26] In tal senso sia consentito rinviare al nostro: N. Pisani, *Abuso d'ufficio*, in «*Manuale di diritto penale.Parte speciale., Delitti contro la Pubblica Amministrazione*», a cura di S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 264. In giurisprudenza cfr. Cass. Sez. VI, 10 dicembre 2001, Bocchiotti, in «CP», 2003, p. 119; Cass. Sez. VI, 1° ottobre 2010, De Bellis, in *www.iusexplorer.it*; Cass. Sez. VI, 5 luglio 2011, Barbera, CED 250779; Cass. Sez. VI, 13 marzo 2014, M. L. e altri, CED 260428.

apprezzamenti della pubblica amministrazione[27]: il decreto di espulsione dello straniero da parte del Ministero dell'interno *ex* art. 13, d.lgs. n. 286 del 1998 ad esempio. Lo stesso vale per gli atti politici emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico[28].

Da una diversa prospettiva, non sembra che possa trovare spazio la tesi che, sotto la previgente disciplina, ammetteva il sindacato del giudice penale sul merito delle scelte della P.A., basandolo sulla violazione dell'art. 1, l. n. 241 del 1990, che fissa, tra i criteri dell'azione amministrativa, i parametri di economicità, efficacia e imparzialità[29]: si tratta di norma di legge recante solo criteri elastici cui deve ispirarsi l'azione amministrativa e non certo regole di comportamento[30]. Alla luce del nuovo 323 c.p., una simile interpretazione confliggerebbe con il criterio della specificità di cui si dirà innanzi. Pertanto il pubblico ufficiale che abbia agito in contrasto con regole di buona amministrazione cagionando un danno ingiusto oggi men che mai, potrebbe rispondere di abuso di ufficio, mancando la trasgressione di una specifica regola comportamentale imposta dalla legge; e ciò anche quando il fine dallo stesso perseguito risulti inconciliabile con la finalità tipica assegnata alla funzione, dalla legge.

Per completare il quadro dei "limiti inferiori" del sindacato penale, occorre interrogarsi sulla eventuale esclusione - dalla sfera del penalmente rilevante - degli atti amministrativi connotati da un "margine di discrezionalità" tecnica. Nella discrezionalità tecnica, come è noto, la scelta della Amministrazione si compie attraverso un complesso giudizio valutativo condotto alla stregua di regole tecniche[31]. Così nei giudizi delle commissioni sul merito della produzione scientifica di un candidato, o dell'accertamento dei requisiti fisici per l'arruolamento nelle forze armate, etc. In questo ambito, la riforma configura un assetto asimmetrico tra il sindacato del giudice amministrativo e quello del giudice penale. Nel senso che, da una parte, la giurisprudenza

[27] Sembra precorrere questo orientamento la decisione del G.I.P. di Milano, decreto 23 marzo 2020, in «SP», 21 maggio 2020 che ha archiviato il procedimento nei confronti del presidente Fontana, con un commento di Ubiali.

[28] Tale conclusione è armonica rispetto al diritto amministrativo, ove gli atti di alta politica e il merito amministrativo è sottratto al controllo di legittimità del giudice amministrativo, in linea con l'art. 3, comma 2, l. 31 marzo 1889, n. 5992 istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato.

[29] M. Gambardella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale nel delitto di abuso d'ufficio*, in «CP», 2013, pp. 2873 ss., 2875.

[30] Pisani, cit., pp. 257 ss., 262.

[31] Lazzara, *Discrezionalità e merito*, cit., p. 467.

amministrativa ammette il controllo giurisdizionale sugli atti nei quali si eserciti una discrezionalità tecnica, ritenendo che essi si collochino al di fuori, sia dalla sfera del merito amministrativo che della discrezionalità amministrativa vera e propria, se si considera che, in tal caso, il margine di apprezzamento della pubblica amministrazione si risolve nel giudizio tecnico. Nella materia penale, invece, l'incoerenza del giudizio valutativo rispetto alla regola tecnica che lo sorregge non è suscettibile di integrare la fattispecie tipica, a meno che la regola tecnica non sia trasfusa in una improbabile regola di comportamento specifica e "rigida", di fonte primaria; ma anche in tal caso permarrà l'insindacabilità del "nucleo valutativo" del giudizio tecnico[32]. E così, la palese erroneità del giudizio in sede concorsuale sul valore di un prodotto scientifico, che sia pure foriero di rilevanti intuizioni per la comunità internazionale, non è suscettibile di integrare la condotta tipica dell'abuso d'ufficio, pur essendo in ipotesi affetto da illegittimità in sede amministrativa, entro i limiti della ragionevolezza nell'applicazione della regola tecnica.

2.1. *(*Segue*). Eccesso di potere e violazione di norme di legge*

Si è giunti al nodo centrale della nuova figura di abuso di ufficio. Cosa ha voluto intendere il legislatore quando ha previsto l'assenza di margini di discrezionalità come "elemento negativo" della fattispecie?

Secondo una prima lettura, la riforma a tutti gli effetti "sterilizza" l'art 323 c.p., lasciando un residuo, angusto spettro applicativo per quelle forme di abuso commesse nell'esercizio delle attività vincolate della pubblica amministrazione: l'abuso dovrebbe risolversi nell'inosservanza di un dovere vincolato nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell'attività[33].

Sappiamo che nel binomio attività amministrativa discrezionale/attività vincolata, quest'ultima si caratterizza per essere interamente regolata dalle norme, senza che sia lasciato spazio alcuno di scelta e di valutazione

[32] A.R. Castaldo, *Il reato di abuso d'ufficio: caos normativo, inefficienza della P.A.*, in «Quotidiano giuridico», 26 marzo 2019, p. 13, il quale rileva che le regole per lo svolgimento dei giudizi valutativi in seno a procedure concorsuali di solito sono contenute nei bandi e nei regolamenti e, come tali, non rientrano più nella condotta tipica.

[33] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 8; Donini, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in «*Migliorare le* performance *della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*», a cura di Castaldo, Giappichelli, Torino, p. 4.

al pubblico agente[34]. Così ragionando, lo spazio dell'intervento penale si restringerebbe all'interno di un'area davvero marginale dell'attività amministrativa, - secondo alcuni addirittura mai pienamente riscontrabile nella realtà[35] - o, comunque, relegata agli atti meramente esecutivi[36], o ai c.d. provvedimenti vincolati[37]. Si pensi alle autorizzazioni amministrative che devono essere rilasciate a condizione dell'accertamento di presupposti oggettivi. Senonché la violazione del dovere/obbligo di compiere un atto da parte del pubblico ufficiale si presta piuttosto ad una valorizzazione penalistica in chiave omissiva - come è stato giustamente osservato - con applicazione, astrattamente plausibile, dell'art. 323 c.p. vista la clausola di riserva del 328 c.p., ma con uno scarso impatto pratico[38].

La lettura restrittiva del nuovo art. 323 c.p. fa emergere una "flagrante violazione del principio di uguaglianza" come osserva Padovani[39], e ciò a causa dell'evidente disparità di trattamento in cui si risolve la creazione di un'area di vera e propria intangibilità, nell'esercizio di poteri discrezionali da parte di pubblici agenti, e cioè in quell'ambito dell'attività (discrezionale), che si colloca in una situazione intermedia tra libertà e vincolo legale[40], e che rappresenta il fulcro stesso della funzione amministrativa.

D'altronde, il riferimento generico alla discrezionalità contenuto nella disposizione in commento, rischia di inficiarla anche sul versante della determinatezza[41]: non è affatto chiaro se, escludendo l'attività discrezionale della P.A., il nuovo abuso di ufficio debba limitarsi, come già si diceva, a sindacare l'inosservanza delle sole regole che presiedono all'esercizio di attività vincolata; oppure se un'interpretazione dell'elemento normativo "discrezionalità" consenta un recupero delle ipotesi di esercizio del potere

[34] B.G. Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*, in «Dizionario di Diritto Pubblico», diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1998, rileva giustamente che in questa tipologia di atti la componente dell'obbligo è decisamente prevalente su quella del potere. A ciò si aggiunga che in sede amministrativa muta il regime del sindacato giurisdizionale, ritenendosi che in presenza di attività vincolata nell'interesse del privato, la giurisdizione sia del giudice ordinario.

[35] Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 53.

[36] Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.

[37] Un espresso richiamo ai provvedimenti amministrativi vincolati è contenuto nell'art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990.

[38] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 9.

[39] Id., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 9.

[40] Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 1997.

[41] Valentini, *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 510.

discrezionale oltre i limiti imposti dalla norma attributiva del potere medesimo (eccesso di potere c.d. estrinseco)[42].

Si ripropone all'interprete un problema mai risolto nell'interpretazione dell'abuso di ufficio: quando il legislatore, nel tipizzare la condotta, fa espresso riferimento alla violazione di norme di legge o di regolamento intende riferirsi all'accezione tecnica di violazione di legge intesa come "vizio tipico" dell'atto, tale per cui non vi rientrerebbero le forme di illegittimità che concernono l'attività discrezionale della pubblica amministrazione e in particolare l'eccesso di potere? Oppure, dando una lettura autonomistica degli elementi normativi del fatto, occorre postulare la non piena coincidenza tra la nozione di "violazione di norme legge" "agli effetti della legge penale" e quello di "vizio tipico" del provvedimento amministrativo: il precetto penale prenderebbe in considerazione anche forme di eccesso di potere, tanto più quando esse si traducano in violazioni di leggi, e cioè, ad esempio, allorché sia la stessa norma a tipizzare come vizio dell'atto amministrativo un uso oggettivamente distorto del potere discrezionale.

In definitiva, esistono forme di distorsione funzionale dell'atto dai fini pubblici contrassegnate da una tale gravità da tradursi nella violazione della norma (di relazione) attributiva del potere in concreto al pubblico agente[43]. Nel caso in cui il pubblico ufficiale si sia limitato a fare un "cattivo uso del potere discrezionale", pur muovendosi all'interno delle possibili opzioni che la norma attributiva del potere discrezionale gli consentiva - tutte coerenti rispetto ai fini tipici dell'atto - l'eventuale incoerenza del risultato ottenuto agli interessi della pubblica amministrazione non può di per sé integrare la fattispecie delittuosa in esame (c.d. "eccesso di potere intrinseco")[44]. Si può dire che in questi casi si è dinanzi al cattivo uso del potere discrezionale che si caratterizza per il superamento dei c.d. "limiti interni della discrezionalità". Viceversa, quando il funzionario pubblico eccede il potere (c.d. eccesso di potere estrinseco) nel senso che "esercita un potere di fatto che affonda le sue radici nel potere discrezionale, ma che tale non è più", si è dinanzi ad una grave forma di violazione di legge.

[42] In tal senso nella previgente disciplina N. Pisani, *Abuso d'ufficio*, cit., pp. 264 ss., secondo l'Autore. L. Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in «*Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*», a cura di S. Canestrari, A. Gamberini, G. Insolera, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Sortoni, F. Tagliarini, II ed., Monduzzi, Bologna, 2009, p. 100.

[43] Pagliaro, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in «DPP», 1999, 282.

[44] Così Pisani, *Abuso d'ufficio*, p. 262.

A chi scrive sembra che, la nozione di discrezionalità che il legislatore accoglie nel nuovo 323 c.p., e che si configura come un elemento negativo della fattispecie, riguarda ipotesi in cui l'interesse pubblico funga da argine esterno alla discrezionalità, consentendone l'esercizio nel rispetto della disciplina dell'ufficio o servizio; in tal caso la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. non permette al giudice penale di sindacare i modi di esercizio della discrezionalità, non essendo oltrepassati i "limiti interni" alla stessa[45].

Viceversa, l'esercizio della discrezionalità in contrasto con il modello legale e, cioè, al di fuori dei presupposti di fatto di esercizio del potere discrezionale, appare riconducibile al paradigma della "violazione di norme di legge" e non rientra nella zona franca della discrezionalità[46], essendovi solo un'apparenza di esercizio di potere discrezionale (eccesso di potere estrinseco).

Tradotto nella grammatica penalistica, la riforma, se si segue questa linea interpretativa, non chiude del tutto la strada all'orientamento giurisprudenziale cui già si faceva cenno, che recupera l'eccesso di potere per sviamento allorquando nei provvedimenti discrezionali il potere medesimo sia esercitato in vista della realizzazione di un interesse collidente con quello per cui il potere è attribuito[47], purché tale distorsione funzionale si traduca nell'inosservanza di una precisa regola comportamentale e cioè in una violazione estrinseca del dettato normativo[48]. Non si tratta cioè di interpretare la norma in vista dei fini per cui è attribuito al pubblico

[45] M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in «Penale. Diritto e Procedura», 10 agosto 2020.

[46] Pisani, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 264: Un significativo aggancio normativo circa la rilevanza di questa ipotesi di uso distorto del potere in assenza dei presupposti di legittimazione, potrebbe trarsi dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, introdotto dalla legge di riforma (l. n. 15/2015) che configura un'ipotesi di nullità dell'atto per difetto di attribuzione.

[47] Da ultimo cfr. Cass. Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, Filzola, CED n. 273099. In senso analogo: Cass., S.U., 29 settembre 2011, n. 155, ove si individua il contrassegno dell'abuso nel "contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimino lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione), ciò avendosi quando la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito".

[48] Propone di codificare tale elemento con una norma definitoria dell'ingiustizia del vantaggio o del danno "che costituisce l'unico risultato perseguito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, quando non sono realizzate le finalità di pubblico interesse cui le finalità sono preordinate" Greco, *Abuso d'ufficio: per un approccio eclettico*, cit. , p. 1: la soluzione non convince poiché rischia di spostare sul terreno della finalità soggettiva perseguita il fulcro della tipicità e, quindi, della stessa offensività.

agente il potere, bensì di accertare la difformità dell'atto o comportamento al cospetto di un preciso parametro di riferimento legale. Sotto questo profilo, si deve riconoscere la non piena coincidenza tra area del sindacato del giudice penale e vizio dello sviamento del potere in sede amministrativa: quest'ultimo postula l'attribuzione di una potestà discrezionale al giudice amministrativo volta al disvelamento "dello scopo dissimulato dall'azione amministrativa al fine di dimostrare l'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo"[49], a prescindere da una estrinseca violazione di una regola giuridica di condotta. Per converso al giudice penale non sembra attribuito un autentico potere di valutazione discrezionale sui fini perseguiti dall'atto amministrativo, sganciato da un riscontro di una "difformità oggettiva" della condotta del pubblico agente rispetto alle regole cogenti dell'azione amministrativa[50].

Ad esempio, nell'ipotesi del compimento di un atto invasivo di fotosegnalazione da parte di un ufficiale di polizia giudiziaria in difetto di ragioni che lo giustificano e per sole finalità vessatorie. Lo sviamento dalle funzioni tipiche della condotta del pubblico agente si caratterizza per un difetto di potere - non in astratto - ma in relazione alla specifica situazione concreta che rende l'atto illecito, e quindi sussumibile nello schema tipico dell'art. 323 c.p., per violazione della norma giuridica attributiva del potere; nel caso di specie sarà la norma processuale che disciplina i presupposti per lo svolgimento della funzione ad essere inosservata. È chiaro, pertanto, che la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. circoscrive il rilievo penale alle sole forme di eccesso di potere "estrinseco", che siano connotate da una espressa

[49] Così Greco, *Abuso d'ufficio: per un approccio eclettico*, cit., 11: Tradizionalmente qualificato dalla giurisprudenza come una delle "figure sintomatiche" dell'eccesso di potere, lo sviamento di potere è stato fin da tempi risalenti considerato un vizio comportante per sua natura la necessità di disvelare lo scopo dissimulato dall'azione amministrativa al fine di dimostrare l'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo; è evidente, pertanto, che lo smascheramento dello sviamento, che presuppone l'esercizio di una potestà discrezionale e la cui manifestazione proprio in quanto non coincide con la violazione estrinseca di un dettato normativo evidenziabile tramite un sillogismo giuridico, avviene non *ex se* bensì attraverso un'operazione di interpretazione in via di deduzione logica (cfr. ad esempio ConSt., Sez. VI, 13 aprile 1992, n. 256).

[50] Si allude qui alla discrezionalità in materia penale e alla possibilità di concepire la violazione di norma di legge come "elemento oggetto di valutazione discrezionale da parte del giudice penale": per tutti F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965. Ritiene che nell'accertamento dell'elemento "violazione di legge" il giudice non eserciti un potere autenticamente discrezionale cfr. S. Massi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in «AP», 2019, p. 23, che tuttavia propende per la tesi dell'elemento normativo, da noi criticata.

inosservanza di regole comportamentali contenute nella legge o in atti aventi forza di legge[51].

3. *La fonte primaria: solo norme di legge o atti aventi forza di legge*

Un'ulteriore questione in campo concerne la fonte della regola di comportamento la cui inosservanza qualifica la condotta tipica.

È stata esclusa la rilevanza della violazione di norme contenute all'interno di regolamenti[52]. Si deve convenire che questa scelta rischia più di ogni altra di sterilizzare la norma sull'abuso d'ufficio: "proprio nei regolamenti, spesso frutto di delegificazione, si rinvengono infatti regole di condotta espresse e specifiche, relative alla funzione o al servizio"[53]. Ciò nonostante, ad una più attenta lettura ci si avvede che la trama del testo presenta delle imperfezioni, nella misura in cui si presta a favorire "i rinvii a catena innescati dall'elemento normativo in violazione di specifiche regole di condotta", con il rischio di attrarre all'interno dei parametri di qualificazione della condotta abusiva, anche la violazione di norme sub-primarie emanate in forza della legge, ed usate, quindi, come norme interposte[54]. Fino a che punto questa rifrazione di piani sullo schema della "violazione mediata" può consentire l'incriminazione dell'inosservanza di regole di comportamento di fonte regolamentare come le linee guida di autorità indipendenti, o persino di meri atti di normazione flessibile (*soft law*)[55]? Il caso classico dell'abuso

[51] Contra Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, cit., nel senso che il requisito dell'infedeltà rischia di essere marginalizzato dalla riforma dell'abuso d'ufficio, che - senza un'adeguata selezione - pone fuori dalla fattispecie anche le ipotesi di deviazione dell'atto dalla causa tipica ovvero lo sfruttamento del pubblico ufficio per fini privati. Casi che, nonostante la base discrezionale, rivelano un eccesso di potere non certo endo-amministrativo, ma in grado di contraddire le leggi che governano il potere-facoltà conferito al pubblico agente e, dunque, in contrasto con le finalità istituzionali.

[52] Gatta, *Da "Spazza-Corrotti" a "basta paura": il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo "salvo intese" (e la riserva di legge?)*, cit., p. 5.

[53] *Ivi*, p. 6.

[54] Valentini, *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 51; M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p*, cit.

[55] Sotto la vecchia disciplina sul punto cfr. F. Rotondo, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in «Penale.

d'ufficio per violazione delle regole del bando, che a loro volta danno attuazione a principi fissati nella legge, dimostra come, in questa materia, sia arduo concepire - già sul terreno della disciplina extrapenale - un momento regolativo dell'attività amministrativa che possa far a meno del rinvio ad atti di auto-normazione amministrativa di fonte regolamentare. Discorso analogo riguarda le ipotesi di abuso di ufficio commesso dal pubblico agente per la violazione delle prescrizioni di un piano regolatore. Sul punto specifico, fra l'altro, già in passato, una parte della giurisprudenza si era espressa negando rilievo penale al rilascio di una concessione edilizia in contrasto con le prescrizioni del piano regolatore, in ossequio al principio della riserva di legge e della determinatezza della fattispecie incriminatrice[56]. In realtà l'orientamento giurisprudenziale prevalente, favorevole alla configurabilità dell'abuso di ufficio per violazione delle prescrizioni del piano regolatore, sembra ancor oggi resistere alla riformulazione dell'art. 323 c.p., sulla base del rilievo che il contrasto con gli strumenti urbanistici, nella struttura della fattispecie, rappresenterebbe un presupposto di fatto, per l'accertamento nel caso concreto della violazione della norma primaria in materia urbanistica[57].

E allora il problema da risolvere è a monte: e cioè se il giudice penale in materia di abuso d'ufficio sia chiamato ad accertare un elemento normativo "violazione di norme di legge", secondo la logica della presupposizione; o se, piuttosto, l'art. 323 c.p. abbia natura di norma penale in bianco[58].

Diritto e Procedura», 13 maggio 2020. Sul punto cfr. anche G. Salcuni, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, ESI, Napoli, 2019.

[56] Cfr. Cass. Sez. VI, 2 ottobre 1998, in «CP.», 1999, p. 2114; *contra* Cass. Sez. VI, 11 maggio 1999, in «CP», 2000, p. 350.

[57] Così. Cass. Sez. VI, 12 novembre 2010, n. 31873 (ud. 17/09/2020, ove si legge: "deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (d.P.R. n. 380 del 2001, artt. 12 e 13) (tra tante, Cass. Sez. VI, 25 gennaio 2007, n. 11620 , Pellegrino, CED 236147), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la "violazione di legge", quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 c.p. anche a seguito della modifica normativa. La normativa in questione integra inoltre l'ulteriore requisito richiesto dalla modifica normativa, in quanto si tratta di norme specifiche e per le quali non residuano margini di discrezionalità: l'art. 12 cit. detta i requisiti di legittimità del permesso a costruire e il successivo art. 13 cit. detta la disciplina urbanistica che il dirigente del settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire".

[58] A.M. Stile, voce *Abuso d'ufficio*, in Dizionario di diritto pubblico, a cura di S. Cassese, I, Milano 2006, p. 42.

Fa propendere per la tesi della norma penale in bianco[59], la considerazione che le regole di comportamento di fonte primaria, cui rinvia il 323 c.p. nel concorrere a definire i caratteri modali della condotta illecita vietata, integrano a tutti gli effetti il precetto penale; esse cioè - mutuando una felice espressione di Pulitanò - non hanno "la mera funzione di mediare l'individuazione di elementi di fatto, ma fondano, la qualificazione penalistica di illiceità"[60]. Anche per questo è indispensabile che la norma di legge violata, nello spettro dell'art. 323 c.p., si conformi ai canoni della tipicità e della tassatività propri del precetto penale.

Date queste premesse, al netto di possibili considerazioni circa la non opportunità politico-criminale o la non plausibilità empirico-criminologica di una fattispecie così concepita, un dato ci sembra acquisito: le norme di c.d. rilevanza legislativa indiretta non possono integrare il requisito della violazione di norme di legge[61], pena la trasgressione del divieto di analogia oltre che del principio di riserva di legge. La violazione della norma primaria (legge), che imponga l'osservanza di un precetto secondario (bando di gara) non definito nel suo contenuto[62], non assorbe l'intero disvalore del fatto tipico offensivo che, ovviamente, non si risolve nella sola infedeltà ai propri doveri funzionali da parte del pubblico agente[63]. Si potrebbe, al più, ammettere un livello minimo di etero-integrazione della fonte secondaria che si risolva nella specificazione tecnica di un precetto comportamentale, già interamente definito nella norma primaria, purché siano rispettati i limiti del ristretto sindacato sulla discrezionalità tecnica spettante al giudice penale.

4. *Il requisito strutturale delle regole di comportamento. Se l'art. 97 Cost. possa fungere da regola comportamentale. Critica*

Altro stringente limite introdotto dalla novella, concerne il requisito

[59] A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 36 ss.

[60] D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 241.

[61] *Contra* sia pur in senso critico Valentini, *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 510.

[62] *Contra* Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 9.

[63] A. Sessa, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, ESI, Napoli, 2006.

strutturale delle regole di condotta di fonte primaria violate: deve trattarsi di precetti che dettino specifiche regole di comportamento[64]. Stando al testo del nuovo art. 323 c.p. esorbitano dal campo di applicazione le regole meramente procedimentali o strumentali alla mera regolarità. Questa specificazione tutt'altro che superflua -in un'ottica di determinatezza- non sembra idonea a raggiungere l'obiettivo che ci si prefiggeva.

Non è richiesto dal nuovo articolo 323 c.p. un nesso di rischio[65] tra regola comportamentale violata ed evento dannoso o svantaggioso, ingiusto; né alcun riferimento perimetrale alla funzione o servizio del pubblico agente, che sarebbe coerente con la natura di reato funzionale tradizionalmente assegnata all'abuso d'ufficio; tale per cui l'abuso dei poteri-doveri propri della funzione pubblicistica (infedeltà), immanente alla qualifica soggettiva, dovrebbe fondare la causalità con l'evento offensivo dei beni tutelati.

Si sarebbe dovuto, cioè, "attribuire significato alle regole di condotta 'finalizzate', alle norme preventive che non esauriscono la loro portata precettiva nella disciplina del regolare e ordinato svolgimento dell'attività o funzione, ma orientano la condotta del soggetto giuridicamente qualificato allo scopo di impedire (o quantomeno ridurre) lesioni a carico degli interessi tutelati"[66].

E invece, l'art. 323 c.p., per come formulato, si presta a valorizzare anche l'inosservanza di regole "neutre" rispetto al disvalore tipico d'evento: è il caso di regole comportamentali meramente organizzative che pertengono alla disciplina del servizio o della funzione, ma che appaiono totalmente prive di rilievo causale rispetto all'ingiusto vantaggio o al danno ingiusto. Per esempio l'inosservanza delle modalità di svolgimento degli esami di profitto all'università quanto alla composizione delle commissioni, sempre che siano espressamente contemplate dalla legge, non dovrebbe essere idonea ad integrare il requisito prescritto dalla fattispecie di abuso d'ufficio, trattandosi di regola "neutra" in rapporto al danno "ingiusto" lamentato dallo studente che non sia stato giudicato da un organo collegiale, ma attraverso una sequenza valutativa da parte di singoli docenti.

Un'ultima questione da affrontare concerne il ruolo dell'art. 97 Cost. nell'economia della fattispecie di abuso di ufficio. Si è sostenuto, anche in passato, tanto in dottrina[67] quanto in giurisprudenza, che la

[64] Valentini, *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 509.

[65] Per tutti sul punto cfr. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006.

[66] Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, cit.

[67] Pagliaro, *L'antico problema*, cit., p. 108.

norma costituzionale possa rilevare come parametro della violazione di legge dell'art. 323 c.p., in forza della sua portata precettiva: dal dovere di imparzialità si ricaverebbe un obbligo, direttamente cogente a carico dei pubblici agenti, di orientare il proprio agire, evitando di perseguire scopi privatistici, di ingiusto vantaggio o di danno ingiusto[68]. In questa direzione si è profusa una parte della giurisprudenza a cui, nel nostro Paese, sovente non par vero di potersi svincolare dai "lacciuoli" imposti proprio dalla stessa Costituzione: la norma che se ne ricava è un *monstrum*. In realtà, gli argomenti che militano a favore dell'esclusione dell'art. 97 Cost. dal novero dei possibili parametri della violazione di legge sono fin troppo noti[69]: è norma di principio, priva di contenuto regolatorio-precettivo, che richiede la necessaria mediazione di una disposizione di legge, per la sua intrinseca inidoneità a fungere da criterio selettivo-modale della condotta penalmente illecita, rispetto ad altre forme di esercizio dell'attività amministrativa affetta solo da vizi di legittimità.

Rispetto al nuovo art. 323 c.p., il divieto di favoritismi privati, per quanto deducibile in via indiretta dal principio di imparzialità[70], non può dirsi certo, oggetto di un'espressa previsione da parte della norma costituzionale[71], come oggi espressamente prescritto. Nonostante ciò, colpisce la tenacia con cui si continuano a riproporre interpretazioni, che - utilizzando l'art. 97 Cost. come un bypass verso un universo di norme amministrative, anche di *soft law* - producono di volta in volta "nuove edizioni" del precetto penale in spregio al paradigma della riconoscibilità[72].

5. *L'omessa astensione. L'asimmetria dell'intervento di riforma*

È il momento di interrogarsi sul rapporto tra la prima parte del testo

[68] Gatta, *Da "Spazza-Corrotti" a "basta paura"*, cit., p. 6.

[69] Cfr. E. Infante, il quale sostiene che "dare rilievo alle norme di principio, quale l'art. 97 Cost renderebbe il campo applicativo della norma talmente vago da essere in contrasto con il principio costituzionale di precisione di cui all'art. 25, comma 2, Cost.", in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, UTET, Torino, 2008, p. 342.

[70] Valentini, *Burocrazia difensiva*, cit., p. 509, nt. 57.

[71] *Contra* G. Amato., *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma "svuota" il reato*, in «GD», 8, 2020, p. 30.

[72] Sul punto Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in «AP»., 2, 2020.

dell'art. 323 c.p., toccato dalla riforma, e la seconda, rimasta intatta: è venuto il dubbio a molti, che lo stesso legislatore che voleva ridurre sensibilmente lo spettro applicativo della fattispecie, rispetto al tema dell'eccesso di potere, abbia in realtà lasciato ben impiantati, anticorpi che immunizzano dall'effetto parzialmente abrogativo, consentendo il riespandersi delle maglie dell'incriminazione al di là di ogni prevedibile sviluppo. Va detto subito che, un conto è analizzare i rischi di possibili abusi nell'interpretazione del nuovo art. 323 c.p.; altro è cercare di darne una lettura ispirata a canoni di ragionevolezza e tassatività.

La seconda tipologia di condotta tipica - quella che incrimina l'omessa astensione da parte del pubblico ufficiale in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti dalla legge - effettivamente non pone i limiti previsti in relazione alla condotta principale[73].

Così, da una parte "continua a sussistere invariata, una fattispecie consistente nel procurare l'evento ingiusto omettendo di astenersi rispetto ad un atto o attività che possono essere meramente discrezionali; anzi debbono essere discrezionali"[74].

Su questo primo punto, l'interpretazione offerta in questa sede al requisito "in negativo" della discrezionalità, permette di dare una lettura più armonica della fattispecie: proprio dalla mancata previsione in relazione alla condotta di omessa astensione del limite della "non discrezionalità" si può trarre un ulteriore argomento valido per sostenere che il legislatore non fa riferimento - anche nella prima parte della disposizione - ad atti amministrativi totalmente vincolati, limitandosi invece ad espungere dal sindacato penale le sole forme di esercizio della discrezionalità endo-amministrativa.

[73] In tal senso Cass. Sez. feriale, 17 novembre 2020 (ud. 25/08/2020) , n. 32174, dove si legge: "siffatta modifica, seppure di grande impatto ove non dovessero intervenire ulteriori modifiche in sede di conversione, e sebbene medio tempore abbia notevolmente ristretto l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2 c.p., comma 2, non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al *genus* della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extrapenali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione".

[74] Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 10.

Rispetto all'ipotesi di omessa astensione, infatti, non aveva alcun senso incriminare la violazione di un obbligo di astenersi dal compiere un atto vincolato nell'*an* e nel *quomodo*; del pari è evidente che la condotta di omessa astensione prescinde dai modi di esercizio della discrezionalità, posto che la sussistenza di un interesse in conflitto paralizza *ab imis* l'esercizio del potere discrezionale.

Si tratta però di intendersi su un punto assai delicato. Non si può negare che questa ipotesi, come è stato autorevolmente sostenuto possa subire manovre dilatative frutto dello "scaricamento", del peso sottratto all'ipotesi connotata dalla violazione di norme di legge; al punto da rivitalizzare una forma occulta di interesse privato in atti di ufficio, resa possibile da una plastica ricostruzione della nozione di interesse in conflitto.

Da un lato, il mancato ancoraggio alla legge fa sì che le situazioni di conflitto possano promanare dalle fonti più disparate; dall'altro il carattere evanescente sul piano empirico del conflitto di interessi che "deve presentarsi *ex ante* quale visibile fattore inquinante"[75], favoriscono interpretazioni non tassative della fattispecie, temperate solo dal rilievo causale dell'omessa astensione rispetto al vantaggio patrimoniale o al danno ingiusto e dal dolo intenzionale[76].

Insomma, non sarebbe affatto irragionevole richiedere che l'obbligo di astensione debba essere espressamente previsto dalla legge[77] - a maggior ragione dopo la riforma dell'art. 323 c.p. - se si considera che il disvalore della condotta omissiva risiede nella situazione tipica presupposta dell'obbligo di astenersi posto a carico del pubblico agente.

Con la riforma si sarebbe potuto dare una definizione autonoma, agli effetti penali, della nozione di conflitto di interessi, fulcro dell'incriminazione.

Ma non è tutto. Si è sostenuto che l'obbligo di astensione negli "altri casi prescritti" potrebbe rimandare, ancora una volta, al generale principio costituzionale di imparzialità che avrebbe a sua volta la forza di riattivare l'art. 323 c.p., secondo un *refrain* punitivo, quasi ossessivo. Insomma "gli altri casi prescritti dalla legge" non sarebbero ipotesi tassative di espressa previsione

[75] M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 308. In giurisprudenza nel senso criticato cfr. *ex multis* Cass. Sez. VI, 27 marzo 2013, n. 14457.

[76] Così M. Gambardella, Simul stabunt vel simul cadent. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in «SP», 7, 2020, pp. 151 ss.

[77] In questo senso, in riferimento alla precedente formulazione, S. Seminara, *art. 323*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, Milano - Padova, 2017, p. 5.

di "altre" situazioni di conflitto di interessi[78]: la norma si aprirebbe ad accogliere, nell'alveo di una vaporosa tipicità, l'inosservanza di un generico dovere di astenersi dal compiere atti che pregiudichino l'imparzialità dell'ufficio pubblico. Lo ribadiamo: ammettere l'innesto dell'art. 97 Cost. sull'obbligo di astensione previsto dall'art. 323 c.p. - in assenza di una situazione di interesse in conflitto - significa svilire il principio di tipicità/determinatezza, dando vita, a una incriminazione costruita sulla violazione del dovere (etico?) di comportarsi secondo sani principi di imparziale amministrazione[79], con buona pace del divieto di analogia in materia penale e della riserva di legge.

6. *Conclusioni*

L'attuale legislatore, poco attento a cogliere il nucleo empirico-criminologico dell'abuso di ufficio, ha costruito la tipicità della nuova fattispecie dell'art. 323 c.p. "*per modus tollens*" rispetto allo schema della mini-riforma del 1997; ma, così facendo, ha perduto un'occasione unica per rimodulare l'incriminazione, sganciandola dal requisito della violazione di norme di legge, e orientandone il baricentro sullo sviamento del potere inteso come significativa distorsione della funzione dai fini legalmente determinati dalle norme attributive del potere.

[78] In senso aderente alla tesi da noi sostenuta sembra esprimersi: Cass. Sez. VI, 19 ottobre 2004, n. 7992: in materia di abuso d'ufficio determinato da violazione dell'obbligo di astensione, l'espressione "omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, contenuta nell'art. 323 c.p.", deve essere letta nel senso che la norma ricollega l'obbligo di astensione a due ipotesi distinte e alternative, quella dell'obbligo di carattere generale derivante dall'esistenza di un interesse o di un prossimo congiunto, e quella della verificazione dei singoli casi in cui l'obbligo sia prescritto da altre disposizioni di legge.

[79] Sulle strategie ermeneutiche espansive che danno ingresso nel precetto penale a regole moralizzatrici v. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, cit., p. 18.

Carlo Ruga Riva*

Il "sentimento per gli animali": critica di un bene giuridico (troppo) umano e (comunque) inutile

Sommario: 1. Casi e norme – 2. La tesi del sentimento per gli animali quale bene giuridico tutelato – 2.1. La rubrica – 2.2. L'assenza di necessità e l'art. 19-ter disp. att. c.p. – 2.3. L'assenza di diritti in capo agli animali – 2.4. Le conseguenze pratiche irragionevoli – 2.5. La tesi degli interessi animali quali oggetto di tutela – 3. La tesi di Claudia Mazzucato: il rapporto uomo/animale quale bene giuridico – 3.1. Critica – 4. Conclusioni.

1. *Casi e norme*

Aragoste vive *on ice*, cani costretti ad accoppiarsi sessualmente con attrici (umane); volpi legate e sguinzagliate a mò di tirassegno per migliorare la mira di cacciatori perfezionisti; caprioli colpiti, caricati e lasciati agonizzare sul cassone di un furgone; delfini costretti in vasche piccole, cani uccisi per vendetta a seguito di razzia di pecore.

Il bestiario dolente ricavabile dall'analisi della giurisprudenza è ampio e segnala il talento fantasioso degli uomini nel (mal) trattare e uccidere animali.

D'altra parte le cronache riportano sovente episodi truci: cigni sgozzati, cani legati al bagagliaio di auto e trascinati per strada, bovini, suini e polli allevati in condizioni disumane.

Dal punto di vista legislativo gli animali sono oggetto di una tutela penale ormai variegata: il cuore della disciplina è rappresentato dal titolo IX-*bis,* libro III del codice penale.

Nel codice trovano spazio anche l'ipotesi ormai residuale di uccisione di animali altrui (art. 638 c.p.), l'abbandono di animali (art. 727 c.p.) e l'uccisione, cattura ecc. di specie animali selvatiche protette (art. 727-*bis* c.p.).

Vi sono poi discipline speciali in tema di caccia (l. 157/1992), di pesca (r.d. n. 1604/1931 e l.963/1965), di commercio di specie animali protette (l. 150/1992), nonché fattispecie penali riferite a particolari categorie di animali (Traffico di animali da compagnia, art. 4, l. 201/2010; Utilizzo di

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Milano Bicocca.

cani, gatti e foche per pelli e pellicce e divieto di relativa commercializzazione, artt. 2 e 2-*bis*, l. 189/04).

A fronte di un quadro legislativo notevolmente mutato, la dottrina, in netta prevalenza[1], continua a individuare il bene giuridico tutelato dalle varie fattispecie nel sentimento (umano) per gli animali.

D'altro canto, la giurisprudenza dominante[2] rimane ferma nel riportare

[1] Tra i molti, cfr. P. Ardia, *La nuova legge sul maltrattamento di animali: sanzioni e ammende per i combattimenti clandestini e per chi abbandona. Il commento*, in «DPP», 2004, p. 1464; S. Basini, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale* VI*, I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Giappichelli, Torino, 2009, p. 192; F. D'Alessandro, in *Commentario breve al codice penale*, G. Forti, V. Seminara, G. Zuccalà, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017, sub *Nota introduttiva al Titolo IX bis*, 1772; G.L. Gatta, *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano fiori Assago, IV ed., 2015 *sub* art. 544-*bis*, p. 2628 ess.; F. Marenghi, *Nuove disposizioni in tema di maltrattamento di animali (l. 20.7.2004 n. 189)*, in «LG», 2005, p. 19 e ss.; M. Mazza, *I reati contro il sentimento per gli animali*, «DGA», 2004, p. 742; V. Napoleoni, *sub* art. *544-bis*, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, Giuffrè, Milano, 2005, p. 126 ess.; A. Natalini, *Animali (tutela penale degli)*, in «DDP», Giappichelli, Torino, 2005, p. 17; L. Pistorelli, *Così il legislatore traduce i nuovi sentimenti e fa un passo avanti verso la tutela diretta*, in «GD», 2004, n. 33, p. 20. Per l'opposta tesi che individua il bene giuridico in vari interessi animali (vita, integrità fisica, salute, benessere) v. diffusamente; F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, in «RIDPP», 2017, p. 717 e ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, II ed., Torino, 2013, 222 e ss. e III ed., Torino, 2016, p. 306 e ss.; A. Valastro, a cura di S. Castignone, L. Lombardi Vallauri, *La Questione animale*, in Rodotà, Zatti, Trattato di biodiritto, *La tutela penale degli animali: problemi e prospettive*, p. 646 ess., nonché sinteticamente M. Donini, *Danno e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 1577 ess., nota 80; T. Giacometti, *Tutela degli animali*, in *Diritto penale. Parte speciale*, a cura di D. Pulitanò, I, Giappichelli, Torino, 2019, p. 182 ess.; A. Madeo, a cura di Pelissero, *Reati contro l'ambiente e il territorio*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 432 e ss.; D. Pulitanò, *Introduzione alla Parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, 42. Per una posizione intermedia, che individua il bene tutelato nel rapporto uomo-animale v. C. Mazzucato, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, a cura di S. Castignone, L. Lombardi Vallauri, *La questione animale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà- Zatti, Giuffrè, Milano, p. 716 e ss. e, adesivamente, F. Bacco, *Aragoste esposte sul prima della vendita al mercato: maltrattamento di animali?*, *Diritto penale contemporaneo*, 5.11.2015. Per una sintesi delle due diverse impostazioni v. Bacco, *Tra sentimenti e eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 76 e ss. In generale si vedano le monografie di Mazza, *I reati contro il sentimento per gli animali*, Cedam, Padova, 2012; M. Muttini, G. Pavich, *La tutela penale degli animali*, Giuffrè, Milano, 2015.

[2] Si vedano ad es., in relazione al maltrattamento per gli animali, Cass. Sez. III, 15.11.2018, n. 16755, in «DeJure»: sentimento per gli animali; Cass. Sez. V, 4.02.2020, n. 8449, in «DeJure», "*pietas*" per gli animali. Rispetto all'uccisione di animali v. ad es.

massime tralatizie che negano dignità di autonomo bene giuridico alla vita e alla salute degli animali.

In questo scritto, dopo avere sintetizzato gli argomenti portati a sostegno della tesi del sentimento per gli animali, proveremo a contestarli analiticamente (cfr. *infra*, 2.5), a favore della tesi opposta: le diverse fattispecie penali in commento tutelano, come si confida di 'dimostrare', a seconda dei casi, la vita, l'integrità fisica, la salute, il benessere dell'animale, a prescindere dal sentimento nutrito nei suoi confronti dagli uomini o da relazioni biunivoche uomo/animale.

2. *La tesi del sentimento per gli animali quale bene giuridico tutelato*

La tesi che individua nel sentimento per gli animali il bene giuridico tutelato nelle varie fattispecie contenute nel titolo IX-*bis* del c.p. poggia su quattro argomenti principali.

2.1. *La rubrica*

In primo luogo, si muove dalla intitolazione del titolo IX-*bis*, dedicato al «Sentimento per gli animali», espressivo della chiara volontà del legislatore di non proteggere gli animali in quanto tali, come pure era stato proposto nel corso dei lavori preparatori, laddove in prima lettura alla Camera la disciplina era contenuta in un titolo dedicato ai «Delitti contro gli animali»[3].

Si tratta di un criterio formale debole, in quanto – come vedremo subito – appare contraddetto dal contenuto sostanziale delle singole fattispecie penali, poste a protezione di interessi animali.

In generale, la rubrica dei titoli non è criterio vincolante né dotato di particolare attitudine ermeneutica: si pensi ai previgenti delitti di violenza carnale e atti di libidine violenta, che pure inquadrati nel titolo del c.p. relativo alla moralità pubblica, nessuno dubitava essere posti a protezione

Cass. Sez. III, 15.11.2018, n. 16755 e Cass. Sez. III, 26.54.2018, n. 49672, entrambe in «DeJure»: sentimento per gli animali.

[3] Per una ricostruzione dell'iter legislativo v. Natalini, *Animali*, cit., 15 s.; Napoleoni, *sub* art. 544-*bis*, cit., p. 126; a sostegno della tesi *pro* sentimento per gli animali imperniata (anche) sulla rubrica del titolo IX-*bis* v. tra i molti Gatta, sub art. 544-*bis*, cit.; D'Alessandro, *Nota introduttiva*, cit., p. 1772; Napoleoni, sub art. 544-*bis*, cit., p. 126; S. Basini, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, cit., p. 192.

della dignità e integrità psicofisica della vittima[4].

Più nello specifico, alla rubrica del titolo IX-*bis* potrebbe comunque contrapporsi la rubrica della legge che lo ha introdotto nel codice penale, dedicata a «Nuove disposizioni in tema di maltrattamenti di animali».

Se davvero la rubrica del titolo fosse argomento decisivo, allora l'abbandono di animali dovrebbe ritenersi offensivo della polizia dei costumi al pari dell'uccisione di animali selvatici protetti, fattispecie questa ultima pacificamente orientata, viceversa, alla tutela della conservazione della specie.

2.2. *L'assenza di necessità e l'art. 19*-ter *disp. att. c.p.*

In secondo luogo, la prospettiva di tutela antropocentrica risulterebbe dall'emergere, nella disciplina, di formule quali «per crudeltà o senza necessità»[5], o da determinate soglie di offesa («comportamenti o fatiche o lavori insopportabili»); più in generale l'art. 19-*ter* disp. att. c.p., escludendo l'applicazione delle fattispecie penali del titolo IX-*bis* c.p. ai casi disciplinati dalle leggi speciali, dimostrerebbe l'arretramento della tutela animale rispetto agli interessi umani[6].

L'argomento non persuade. La clausola evocante lo stato di necessità indica semplicemente un bilanciamento, che certo va a determinate condizioni a favore dell'uomo, ma che presuppone appunto il suo prevalere su di un interesse che è dell'animale; del resto l'art. 54 c.p. consente l'uccisione di uomini da parte di uomini, senza che nessuno consideri coinvolto nel bilanciamento il sentimento di pietà per l'uomo sacrificato (il mitico naufrago, oggi purtroppo divenuto esempio realistico).

Nessuno dubita che l'ambiente sia bene giuridico direttamente tutelato dagli artt. 452-*bis* c.p.[7], anche se diverse fattispecie delittuose subordinano la punibilità dei relativi fatti alla loro realizzazione *illegittima o abusiva*, ovvero non autorizzata dall'uomo per interessi umani (ad es. economici).

Analogamente, l'art. 19-*ter* disp. att. c.p. fa salve corpose esigenze sociali, culturali ed economiche (la macellazione, gli zoo, la sperimentazione

[4] Su tale ultimo esempio v. Pulitanò, *Introduzione alla Parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 52.

[5] Napoleoni, sub art. 544-*bis*, cit., p. 1037; Pistorelli, *Così il legislatore*, cit., p. 22; Natalini, *Animali,* cit., p. 19;

[6] Gatta, sub art. 544-*bis*, cit., p. 2630; D'Alessandro, *Nota introduttiva*, cit., p. 1772; Pistorelli, *Così il legislatore*, cit., p. 21.

[7] Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, III ed., cit., p. 5.

farmacologica, l'esercizio venatorio ecc.), ma appunto le considera prevalenti su beni come l'integrità psico-fisica e la salute degli animali.

Sia la clausola «senza necessità» che l'art. 19-*ter* disp. att. c.p. configurano cause di giustificazione[8], attraverso le quali trovano spazio, a date condizioni, interessi umani (economici, di difesa personale, financo ludici), reputati prevalenti su quelli animali. Ma tale giudizio, che attiene alla antigiuridicità, presuppone appunto il conflitto tra interessi umani e interessi animali (vita, integrità fisica, salute delle bestie), che il legislatore assume come meritevoli di tutela in sé.

Mutatis mutandis – e senza voler minimamente mettere sullo stesso piano le due vicende –, l'uccisione del naufrago innocente è – a date condizioni – giustificata, così come l'uccisione di un vitello da allevamento o di un topolino che funga da cavia di laboratorio.

Deve essere ben chiaro che quelle uccisioni sono fatti tipici, lesivi di interessi in sé degni e meritevoli di tutela, salvo la contingente loro soccombenza di fronte a pari o superiori interessi in date circostanze.

La vittima agli occhi dell'ordinamento è, nell'esempio, il vitello o il ratto, non una impalpabile collettività di umani che, si ipotizza, non proverebbe grandi sentimenti di pietà per animali che la grande maggioranza delle persone mangia o il cui sacrificio a fini di ricerca scientifica è generalmente ammesso.

Ciò rileva anche sul piano processuale; titolari dell'interesse protetto non saranno singoli individui il cui sentimento di pietà sia vulnerato dall'uccisione o dal maltrattamento[9], bensì le associazioni animaliste che tutelano gli interessi, appunto, degli animali, non potendo come noto le bestie, nemmeno le più intelligenti, difendere i propri diritti[10].

Ancora, il riferimento ai «comportamenti o fatiche o lavori insopportabili» dimostra che questi devono essere insopportabili per le *caratteristiche etologiche dell'animale*, e non per il buon cuore di eventuali spettatori umani.

Infine, «per crudeltà» è requisito che sembra alludere ai motivi

[8] Ruga Riva, p. 308 e ss.; Fasani, *La selezione e la graduazione dell'ingiusto*, cit., p. 119 e ss.

[9] Contra Napoleoni, *sub* art. 544-*bis*, cit., p. 127; Basini, *I delitti,* cit., p. 204, in riferimento alla previgente versione dell'art. 727 c.p., ma con argomenti spendibili più in generale; sulla titolarità del bene protetto v. anche A. Massaro, *I reati "contro gli animali" tra aspirazioni zoocentriche e ineliminabili residui antropocentrici*, in «Cultura e diritti», n. 1-2/2018.

[10] Anche l'ambiente, o il paesaggio, sicuri beni giuridici, vengono processualmente 'difesi' da associazioni di umani. Del resto, anche i minori o gli incapaci vengono giudizialmente rappresentati da soggetti diversi da sé. Sulla scissione tra interessi protetti e loro azionabilità giuridica v. J. Feinberg, *Gli animali possono avere diritti*, a cura di T. Regan, P. Singer, *Diritti animali, obblighi umani*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1987, p. 194 ess.

dell'azione[11], e non a determinate sue modalità (sevizie, torture); sicché tale clausola non rappresenta un argomento a favore della tesi *pro* sentimento per gli animali: non è richiesto alcun supplizio nel senso foucaultiano di strazio destinato al pubblico.

2.3. *L'assenza di diritti in capo agli animali*

In terzo luogo, pure con argomentazioni non sempre coincidenti, si tende a muovere dalla constatata assenza di diritti in capo agli animali (e di simmetrici doveri nei loro confronti in capo agli uomini) traendone come conseguenza, *de jure condito*, la negazione dell'animale (la sua vita, salute ecc.) come interesse o valore protetto in sé dalla disciplina penale in commento[12].

Come talvolta precisato dagli stessi sostenitori della tesi qui avversata, l'individuazione del bene giuridico tutelato prescinde dall'affermazione o dalla negazione di diritti in capo agli animali[13], essendo come noto pienamente legittimo tutelare anche altro dai diritti soggettivi (valori, interessi).

L'esistenza o meno di diritti soggettivi in capo agli animali è dunque neutrale rispetto all'adesione all'una o all'altra tesi.

Peraltro, come già osservato (*supra*, 2.1.), l'alternativa è tra un bene afferrabile ed empiricamente accertabile (vita, integrità fisica, salute, benessere animale), da un lato, e un bene sfuggente e labile, (sentimento per gli animali), problematico sia in astratto (dal punto di vista della sua legittimazione) che in concreto (dal punto di vista del suo accertamento processuale)[14].

2.4. *Le conseguenze pratiche irragionevoli*

Infine, la tesi del sentimento *di pietas* per gli animali sarebbe preferibile

[11] Gatta, *sub* art. 544-*bis*, cit., p. 2632 ess; per una lettura più problematica v. D'Alessandro, *Nota introduttiva*, cit., p. 1774.

[12] È questa se non ci inganniamo la posizione ad es. di D'Alessandro, *Nota introduttiva*, cit., p. 1772 e Gatta, *sub* art. 544-*bis*, cit., p. 2629.

[13] Sul relativo dibattito anche filosofico, e sulla irrilevanza del riconoscimento di diritti in capo agli animali in rapporto alla individuazione del bene giuridico tutelato dal legislatore penale, v. per tutti Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., p.733 e ss.

[14] Sulla problematica legittimità delle incriminazioni dei sentimenti v. per tutti Bacco, *Tra sentimenti e eguale rispetto*, cit., *passim*, il quale comunque sottolinea talune peculiarità della tutela del sentimento per gli animali rispetto ad es. alla tutela del sentimento del pudore o del sentimento religioso.

per gli effetti pratici più ragionevoli che essa produrrebbe, evitando assurde incriminazioni per uccisioni o lesioni di animali (ad es. scarafaggi) i quali appunto ripugnano alla gran parte degli uomini.

Quest'ultima tesi incappa secondo il nostro sommesso parere in una inversione metodologica: l'individuazione del bene giuridico dovrebbe risultare dal combinarsi dei requisiti del 'tipo' penale, e non viceversa[15], né dipendere dai suoi risvolti pratici.

È pacifico che nei delitti contenuti nel titolo IX-*bis* il legislatore non ha selezionato determinate tipologie di animali, come pure ha fatto in altri casi (es. animali da compagnia o d'affezione, o domestici). Da qui si dovrebbe partire per ricostruire il bene giuridico, e non viceversa muovere da un supposto interesse tutelato per circoscrivere la nozione di animale penalmente rilevante.

Ad ogni buon conto risultati irragionevoli (come l'incriminazione di chi uccide zanzare o scarafaggi), come sopra sostenuto, consegue pianamente alla corretta applicazione della clausola «per crudeltà o senza necessità», da intendersi latamente (e, certo, antropocentricamente) come necessità di evitare fastidi, disagi, problemi igienici ecc., pur tenendo ferma l'idea della integrità e benessere dell'animale come bene giuridico.

A ben vedere, tutti i commentatori giungono alla stessa soluzione rispetto ai citati casi-limite[16], a dimostrazione, forse, che il (legittimo) sacrificio di insetti e topi dimoranti *invito domine* nelle abitazioni non dipende dalla individuazione del bene giuridico tutelato, bensì dalla causa di giustificazione 'senza necessità'.

2.5 *La tesi degli interessi animali quali oggetto di tutela*

Gli argomenti a favore della tesi che individua il bene giuridico tutelato in alcuni interessi dell'animale in sé (vita, integrità fisica, salute, benessere) sono, molto sinteticamente, i seguenti.

[15] Pulitanò, *Introduzione alla Parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 51.

[16] A titolo esemplificativo, tra i sostenitori della tesi del benessere animale: Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, III ed., cit., p. 309; a sostegno della tesi contraria Gatta, *sub* art. 544-*bis*, cit., p. 2630. Vi è poi chi (Massaro, *I reati "contro gli animali"*, cit., p. 86) arriva esattamente allo stesso risultato muovendo da presupposti diversi: il bene tutelato sarebbe il benessere animale, ma il sentimento (umano) per gli animali rileverebbe in funzione selettiva delle tipologie di animali protette (quindi già a livello di tipicità), escludendo appunto gli animali ripugnanti.

a) I delitti contro gli animali non esigono – diversamente da quanto previsto in disposizioni previgenti – che il fatto sia avvenuto pubblicamente[17], o comunque sia venuto a conoscenza di terzi, sicché l'ipotetico sentimento per gli animali potrebbe non venire minimamente in rilievo;

b) il sentimento, pur richiamato nella rubrica del titolo IX-*bis*, non compare in alcun modo nel testo delle singole fattispecie; al contrario, nei delitti in questione compaiono termini come «morte» (art. 544-*bis* c.p.; art. 544-*ter*, co. 3, c.p.) «lesioni» (art. 544-*ter*, co. 1, c.p.), «danno alla salute» (544-*ter*, co. 2, c.p.), «sevizie o comportamenti o fatiche o lavori insopportabili per le "*sue*" [dell'animale] caratteristiche ecologiche» (art. 544-*ter*, co. 1, c.p.), "sevizie o strazio per gli animali" (art. 544-*quater* c.p.), «integrità fisica» (art. 544-*quinquies* c.p.), esplicitamente riferiti a beni dell'animale (vita, integrità fisica, salute) in quanto tale, in quanto essere senziente;

c) la struttura dolosa, e di reati a forma libera[18] e di evento dei principali delitti (uccisione e maltrattamenti) ricorda il delitto di omicidio e lesione di uomini, qui sostituiti, come soggetti passivi, dagli animali;

d) la cornice edittale (pena detentiva alternativa a quella pecuniaria; il discorso vale *a fortiori* per l'uccisione di animali ex art. 544-*bis* c.p., punita con sola pena detentiva) è più robusta di quella prevista per delitti che offendono il sentimento, pure oggetto di riforme coeve alla introduzione della l. n. 189/2004 (si vedano i reati di vilipendio e in materia di sentimento religioso)[19];

e) i delitti contenuti nel titolo IX-*bis* – a differenza di altre disposizioni[20]

[17] Si pensi ad es. all'art. 685 del codice sabaudo del 1859, il quale, al n. 7, puniva soltanto coloro che «in luoghi pubblici» incrudelissero contro animali domestici, configurando una contravvenzione che trovava collocazione tra quelle riguardanti l'ordine pubblico. L'art. 491 co. 2 del Codice Zanardelli puniva tra l'altro colui il quale «…anche per solo fine scientifico o didattico, ma fuori dei luoghi destinati all'insegnamento, sottopone animali ad esperimenti tali da destare ribrezzo». Analogamente l'originario testo dell'art. 727 c.p. incriminava chi "anche per solo fine scientifico o didattico, in un luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, sottopone animali vivi ad esperimenti tali da destare ribrezzo. La pena è aumentata se gli animali sono adoperati in giuochi o spettacoli pubblici, i quali importino strazio o sevizie". Per ulteriori riferimenti storici v. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., 716; Basini, *I delitti*, cit., 170 ss.

[18] Le formule linguistiche "per crudeltà o senza necessità" non alludono a modalità della condotta: la prima riguarda il motivo dell'azione; la seconda rinvia a cause di giustificazione (contenute in leggi, provvedimenti ecc.) esterne al tipo.

[19] Cfr. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, III ed., 2016, p. 307.

[20] Si veda ad es. l'art. 727 c.p. (*animali domestici o che abbiano acquisito abitudine della cattività*); l'art. 4 l. 201/2010 che incrimina il traffico di "*animali da compagnia*"); l'art. 2 della l. n. 189/2004, il quale vieta l'utilizzo a fini commerciali di pelle o pellicce di

– non distinguono tra tipologia di animali protetti (domestici, mammiferi, 'di compagnia', di affezione, vertebrati[21] ecc.), e dunque li tutelano tutti, compresi quelli che pure ripugnano a tanti o pochi (topi, insetti, rettili ecc.). Non sembra dunque praticabile il riferimento ad un non meglio concretizzato (e assai sfuggente) 'sentimento' degli umani nei confronti degli animali;

f) Come noto, e più in generale, è assai controversa la stessa legittimazione di incriminazioni rivolte a tutelare sentimenti, quali che siano i relativi oggetti (simboli della nazione, defunti, religione ecc.).[22]

Se poi il richiamo al 'sentimento' servisse ad evitare irragionevoli incriminazioni di massa per l'uccisione di animali ripugnanti a molti (zanzare, serpenti, topi, scarafaggi, meduse ecc.), i suoi sostenitori potrebbero rinunciarvi senza patemi: l'uccisione di tali animali, nelle situazioni realmente 'a rischio penale', rientrerebbe sì nel 'tipo' penale[23], ma sarebbe

cani, gatti e foche; l'art. 189 co. 9-*bis* del codice della strada, così come modificato dalla l. n. 120/2010, che punisce come illecito amministrativo l'omesso soccorso ad *animali d'affezione, da reddito o protetti*. Per riferimenti alla disciplina penale portoghese che distingue tra tipologie di animali v. Ruga Riva, *A tutela penal dos animais no ordenamento juridico italiano: dos cae que amamos sere shumanos as lagostas que o deiam ficar no frigorifico,* in *Anatomia do crime. Revista de Ciencias juridico-criminais,* 2016, n. 4, p. 133 e ss. Per ulteriori riferimenti comparatistici v. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., p. 731, nota 82.

[21] Ricorda Ardia, *La nuova legge sul maltrattamento*, cit., p. 1467, nota 24, come il *TierschutzGesetz* del 1986 tedesco abbia ad oggetto gli animali vertebrati. Più precisamente, si può aggiungere, talune disposizioni (es. par. 4) si riferiscono ai vertebrati, e al loro interno distinguono ulteriori categorie: ad es. animali a sangue caldo/freddo rispetto alla macellazione. L'unica disposizione penale (par. 16, uccisione di animali senza giustificato motivo) è circoscritta ai vertebrati. Altre offese sono sanzionate come *Ordnungswidrigkeiten*.

[22] La letteratura sul tema è troppo ampia per darne conto in modo esaustivo. A titolo meramente esemplificativo si vedano Donini, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria di* "offence*" di Joel Feiberg*, in «RIDPP», 2008, p. 1546 e ss.; G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberal" e paternalismi giuridici,* a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Giuffrè, Milano, 2006, 283 ss.; con riferimenti specifici alla questione animale G. Fiandaca, *Prospettive possibili di maggior tutela penale degli animali*, in A. Mannucci, L. Tallacchini, *Per un codice degli animali*, Giuffrè, Milano, 2001, 81 s. In generale v. Bacco, *Tra sentimenti e eguale rispetto*, cit., *passim*.

[23] Distingue opportunamente tra dimensione del fatto tipico (e dell'offesa) e cause che giustificano morti o maltrattamenti dell'animale, assunto quest'ultimo come bene giuridico in sé, pur soccombente a date condizioni rispetto a interessi umani, Fasani, *La selezione e la graduazione dell'ingiusto nella tutela penale degli animali. Tecniche normative e bilanciamento*

giustificata dalla necessità di evitare danni o pericoli o fastidi agli uomini: così l'uccisione di scarafaggi, topi o formiche dimoranti nelle abitazioni, delle zanzare ronzanti intorno a corpi umani, delle meduse sguazzanti in luoghi dove ci si bagna.

Al contrario, l'uccisione di vipere fuori dai sentieri, o di topolini di campagna nel loro habitat, o l'incendio di formiche operose lontano da insediamenti umani, o il taglio della coda di lucertole, per rimembrare sciagurati giochi giovanili, rientrano perfettamente nelle ipotesi di uccisione e maltrattamento di animali.

3. *La tesi di Claudia Mazzucato: il rapporto uomo/animale quale bene giuridico*

Merita infine di essere approfondita la suggestiva tesi di Claudia Mazzucato[24]. L'Autrice sottopone a critica sia la tesi del sentimento per gli animali[25], ritenuto bene non afferrabile, sia quella dell'animale in sé (dei suoi interessi), reputato gravato da pregiudiziali animaliste[26], per poi prospettare una terza via: il bene giuridico tutelato viene individuato nel rapporto uomo-animale[27].

Mazzucato sostiene che il rapporto dell'uomo con l'animale è (per l'uomo) un bene giuridico[28]; uomo da intendersi come *Mensch*, e non evidentemente come singolo uomo in rapporto a singoli animali[29].

Si tratterebbe di un bene giuridico *sui generis*, frutto di un intreccio, di una relazione con l'uomo che non vale per altri beni, ambiente compreso[30]: l'uomo sarebbe incluso nell'orizzonte di tutela che abbraccia

degli interessi politico-criminali, *Ius-online* 5/2020, 89 ss.; nello stesso senso già Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, III ed., cit., p. 308 e ss.

[24] Mazzucato, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, a cura di S. Castignoni, L. Lombardi Vallauri, *La questione animale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, p. 697 e ss.

[25] Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 698 e ss.

[26] Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 700, ove si riferisce alle posizioni animaliste più intransigenti come espressive di un diritto penale militante, equiparabile al diritto penale di lotta.

[27] Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 715.

[28] Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 708.

[29] Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 708, nt. 64.

[30] Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 703.

(anche) l'animale.

Un bene giuridico relazionale e interspecifico[31], capace di cogliere il valore dell'unione uomo-animale[32], «all'interno di una relazione ("asciutta", non emotiva, non sentimentale, dunque non arbitraria) con l'uomo, affinché quest'ultima sia corretta»[33].

3.1. *Critica*

La tesi, pur suggestiva, non persuade.

Sta e cade con l'idea di un uomo-Noè, artefice (tramite divino) del destino degli animali, privi di una loro autonoma esistenza degna fuori dell'orizzonte dell'uomo (inteso come *Mensch*).

L'Autrice sottolinea condivisibilmente talune peculiarità dell'animale come valore, che lo distinguerebbero dagli altri beni giuridici (ambiente compreso) riferiti più o meno espressamente solo all'uomo, ma ne trae ulteriori argomenti che non risultano persuasivi.

Proprio ambiente e animali, a nostro parere, segnano una cesura concettuale con la prospettiva classica dell'uomo che tutela beni direttamente o indirettamente 'umani'.

La vita (umana), il patrimonio, l'onore e la reputazione, la trasparenza dei mercati, chiamano in causa interessi umani, fisici, 'morali' o economici.

Ciò non vale per l'ambiente e gli animali, entità che prescindono dall'uomo, e che – salvo credere al creazionismo – addirittura preesistono alla comparsa dell'uomo sulla Terra.

Si tratta di rari casi in cui non si dovrebbero nutrire dubbi scientifici sull'esistenza di beni pre-dati all'esperienza umana e dunque giuridica.

La gran parte degli animali preesiste alla comparsa della specie *homo* sulla terra, databile circa 2,5 milioni di anni fa[34].

La Terra come ecosistema preesiste, ad es., all'homo Sapiens (circa 300.000 anni fa[35]) di Neanderthal (tra i 200.00 e 40.000 anni fa[36]) e di CroMagnon (30.000 a.C[37]), per rimanere ad alcuni degli ominidi nostri predecessori: la tesi che avvince l'uomo all'ambiente e agli animali è

[31] Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 715.
[32] Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 716.
[33] Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 703.
[34] <https://it.wikipedia.org/wiki/Homo>
[35] <https://it.wikipedia.org/wiki/Homo_sapiens>
[36] <https://it.wikipedia.org/wiki/Homo_neanderthalensis>
[37] <https://it.wikipedia.org/wiki/Uomo_di_Cro-Magnon>

infondata dal punto di vista della biologia evoluzionista.

L'ambiente e gli animali possono fare a meno dell'uomo, e lo hanno fatto per milioni di anni.

Il Cervino[38], le stelle alpine (o marine), lo stambecco esistono e hanno un valore (per l'ecosistema, per l'habitat o in sé) a prescindere dall'uomo che osserva, scala, coglie e magari spara.

L'ambiente può certo essere inteso come bene strumentale a interessi umani (economici, ludici, di tutela della salute pubblica ecc.), ma, secondo una lettura ormai sempre più accreditata, ben può essere considerato meritevole di tutela in sé, per il suo valore intrinseco: ed è questa la prospettiva abbracciata ad es. dal legislatore penale con la riforma del 2015[39].

Non si tratta, come ovvio, di beni intesi come assoluti, meritevoli sempre e comunque di tutela; è ben possibile che essi – sul distinto piano della antigiuridicità – soccombano di fronte a interessi umani (ancora: economici, ludici, estetici ecc.), ma tale sacrificio – ragionevole o meno nei singoli bilanciamenti legislativi, amministrativi o giudiziali – nulla toglie alla loro autonoma consistenza di beni giuridici.

Clausole come «abusivamente» (nei delitti ambientali) o «senza necessità» (nei delitti contro gli animali) sono funzionali a segnalare la doverosità di bilanciamenti che presuppongo (almeno) due beni giuridici autonomi in conflitto.

D'altra parte, che legislatore e giudice siano uomini (non sempre umani…), così come formate da uomini siano le associazioni animaliste che si costituiscono parte civile non significa affatto che il bene giuridico tutelato abbia una componente umana coessenziale alla mutua relazione uomo-animale.

Valori, interessi e diritti hanno una loro autonomia concettuale indipendente dai profili operativi (chi li riconosce, chi li fa valere, chi li offende, chi decide sulla loro applicazione).

In passato si processavano e condannavano animali, si leggeva loro la

[38] Non vi è qui spazio per affrontare l'antica questione se una montagna sia un cumulo di rocce senza alcun significato intrinseco o se assuma valore (ad es. estetico/simbolico) solo se guardata/scalata dall'uomo, o per es. assuma valore (religioso) in quanto ritenuta sacra sempre dall'uomo. Senza approfondire dal punto di vista filosofico, la montagna ha sicuramente un valore ecologico (si pensi alla funzione di accumulo di acque e neve e di relativo rilascio a valle, alla funzione di barriera contro il vento ecc., al ruolo di habitat per determinate specie animali e vegetali).

[39] Si vedano tra i molti Ruga Riva, *I reati contro l'ambiente il territorio*, a cura di M. Pelissero, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 20 e p. 82 e ss.; L. Cornacchia, N. Pisani, *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Zanichelli, Bologna, 2018.

sentenza[40]; in futuro robot (programmati con algoritmi) potranno magari emettere sentenze, ma non per questo i vari beni giuridici muteranno la loro consistenza: ad es. il furto non cesserà di essere reato contro il patrimonio se commesso da una gazza o se giudicato da un robot.

Che la relazione uomo/animale debba essere protetta nell'interesse di entrambi[41] è assai discutibile: la gran parte degli animali – esclusi forse quelli domestici – non ha nessun interesse ad una relazione mutua con gli umani, anzi ne farebbe verosimilmente a meno e con gran vantaggio.

Dietro la suggestiva idea del rapporto animali umani/non umani, ovvero del bene giuridico interspecifico, si cela a ben vedere una prospettiva schiettamente antropocentrica, che funzionalizza la tutela degli animali ad un (co-)interesse umano, dimenticando che eguale interesse non sembra sorgere dall'animale nei confronti dell'uomo, con la ricordata eccezione degli animali domestici.

Altri Autori hanno criticato la tesi di Mazzucato con altri argomenti[42]: in estrema sintesi si sottolinea l'estraneità della prospettiva umana (tutelante) rispetto al bene oggetto di tutela, che rimarrebbe l'animale, essendo la prospettiva umana tutelante comune alla protezione di qualsiasi bene giuridico[43]; in aggiunta, si ritiene che il riconoscimento all'animale di una propria preesistente soggettività, che verrebbe successivamente riconosciuta dall'uomo, sia frutto di una impostazione giusnaturalistica attributiva di diritti per altra via negati e comunque irrilevanti dal punto di vista penalistico[44].

[40] Si veda l'interessante saggio di G. Mazzanti, *Qui cum iumento et pecore coierit, morte moriatur: pecus quoque occidite* (Lev 20, 15). *Il reato di bestialità e la pena di morte per gli animali nella riflessione giuridica di età moderna*, *Histoira et ius*, n. 16/2019, incentrato sul reato di bestialità e sulle sue giustificazioni. La punizione dell'animale che contro la sua volontà subiva atti sessuali da parte dell'uomo (o della donna) veniva variamente giustificata: prevalentemente a fini di prevenzione generale (deterrenza rispetto agli uomini); a mò di esempio per gli altri animali; per cancellare la memoria del fatto tra gli uomini; per evitare la nascita di essere mostruosi. Risultano anche casi diversi, riferiti ad es. alla condanna a morte di un maiale che uccise e mangiò un bambino (p. 4); gli animali venivano processati e veniva loro letta la sentenza, prima di essere sottoposti a supplizio (p. 22). L'Autore conclude nel senso che, in età moderna, alle bestie fosse riconosciuta una qualche capacità processuale (p. 23).

[41] Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 706.

[42] Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., p. 740 e ss.

[43] Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., p. 741.

[44] Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., p. 741.

4. *Conclusioni*

In conclusione, i delitti contenuti nel titolo IX-*bis*, per come costruiti dal legislatore, e a dispetto della fuorviante rubrica, tutelano direttamente l'animale nei suoi vari interessi (vita, integrità fisica, salute, benessere).

Le cause di giustificazione dello stato di necessità (artt. 544-*bis* e *ter* c.p.) e la vasta gamma di diritti e facoltà di uccidere/mal-trattare animali cui rinvia l'art. 19 *ter* disp. att. c.p. presuppongono appunto un conflitto tra beni antagonisti (animali/umani), risolvendoli a date condizioni a favore dell'uomo.

Ciò vale a nostro parere anche per altre fattispecie codicistiche.

Così la detenzione di «animali in condizioni incompatibili con la loro natura e produttive di gravi sofferenze» (art. 727, co. 2, c.p.) allude esplicitamente ad un interesse animale (alla non sofferenza).

Per altro verso la nuova fattispecie dell'art. 727-*bis* c.p. descrive espressamente il bene tutelato nella «conservazione della specie», che nulla ha a che fare con il sentimento umano.

Il sentimento umano per gli animali, o se si vuole il rapporto uomo/animale, può al limite prendersi in considerazione come bene giuridico tutelato nelle fattispecie (costituenti l'eccezione) i cui requisiti rinviano ad animali domestici o di affezione: l'art. 727, co. 1, c.p., il quale vieta l'abbandono di animali domestici o addomesticati; l'art. 2 e 2-*bis*, l. 189/2004 che vietano la produzione, commercializzazione ecc. di pelli e pellicce di gatto e cane e di prodotti derivanti dalla foca.

Nel caso dell'abbandono la relazione biunivoca uomo/animale è effettivamente coinvolta, e il fatto si impernia appunto sulla interruzione unilaterale (da parte dell'uomo) dei doveri di cura precedentemente assunti.

Ma anche qui si tratta di un riflesso: il *focus* è appunto sull'animale, sul suo diritto a essere curato e sostentato, direttamente o tramite terzi delegati da chi ne abbia la responsabilità.

Nel reato di produzione e commercializzazione di pelli e pellicce realizzate con determinati animali la *ratio* di tutela è ambigua.

Da un lato essa sembra implicare un sentimento di ribrezzo per l'utilizzo di animali almeno in Europa considerati d'affezione (cani e gatti); ma tale *ratio* viene meno con l'allargamento del divieto alle foche, che non sono in linea di massima animali di affezione.

Peraltro, se è vero che in linea puramente teorica le pellicce potrebbero essere fatte con animali morti per cause naturali, è fin troppo evidente che con tale incriminazione si vuole rafforzare il divieto di uccisione di talune

categorie di animali in allevamenti o comunque per fini produttivi.

Si tratta di categorie di animali specialmente tutelate, rispetto alle quali il legislatore ha accentuato la generale tutela attribuita agli animali: se vogliamo lo speciale legame che l'uomo nella nostra cultura nutre per tali animali ha inciso sulla loro selezione; il divieto penalmente sanzionato di loro utilizzazione ha il senso di restringere le cause di lecita uccisione altrimenti evocate dall'art.19-*ter* disp. att. c.p.

Lo speciale legame uomo/animale costituisce insomma il motivo della tutela penale rafforzata, ma non il bene giuridico, che rimane quello della vita dell'animale (cane, gatto, foca).

Infine, il traffico di animali da compagnia (cani e gatti: art. 4, l. 201/2010) coinvolge – come esplicitato dal Regolamento europeo n. 998/2003 del 26 maggio 2003, contenente la lista dei relativi animali – interessi di polizia sanitaria, la salute degli animali e la salute pubblica, non certo il sentimento per gli animali.

A ben vedere la speciale protezione penale accordata agli animali domestici e di affezione (o di compagnia, categorie spesso equivalenti) dimostra in ogni caso, e *a contrario* che, nelle fattispecie nelle quali non si specifica la nozione di animale (ad es. tutte quelle contenute nel titolo IX-*bis* c.p.), essa è da leggersi nel senso più ampio sopra sostenuto, comprensivo di tutte le specie.

Giuseppe Santalucia*

Lo scambio elettorale politico-mafioso e il concorso esterno in associazione mafiosa. Qualche rinnovata riflessione alla luce dell'ultima novella

Sommario: 1. Una breve introduzione storica – 2. Sui soggetti attivi del reato – 3. Il richiamo nel patto al metodo mafioso – 4. Lo scambio elettorale e il concorso esterno.

1. *Una breve introduzione storica*

Il lavoro del legislatore sul versante della repressione delle forme di contiguità politico-mafiosa è proseguito nella legislatura in corso con una manipolazione della fattispecie che ne è la manifestazione più importante.

Il delitto di scambio elettorale politico-mafioso dalla sua introduzione nel sistema – avvenuta, come è noto, nel 1992 all'indomani delle stragi di mafia – aveva vissuto per anni nella disattenzione del legislatore, rimasto incerto sul se e come intervenire per rimediare alle timidezze con cui la fattispecie era stata costruita – e che impedivano la necessaria efficacia repressiva –, senza in tal modo dover correre il rischio di eccessi di criminalizzazione e quindi di pericolosa interferenza in un momento della vita democratica particolarmente delicato, quale è quello della ricerca del consenso elettorale.

Nel 2014 ebbero buon esito i suggerimenti e le indicazioni della dottrina e degli esperti oltre che delle elaborazioni della giurisprudenza, specie di legittimità, che delle formule descrittive dell'illecito aveva messo in luce i difetti e le lacune, anche ponendo mano a soluzioni interpretative di tipo espansivo.

Si ebbe così una significativa riscrittura della fattispecie, frutto di una meditata riflessione sui tratti di tipicità delle condotte che, almeno in prima battuta, sembrò non essere compresa dalla giurisprudenza di legittimità, pure sino a qualche tempo prima impegnata nella lettura della scarna disposizione di legge in modo da consentire la massima espansione possibile dell'area del penalmente rilevante.

* Consigliere presso la Corte di Cassazione.

La fatica del legislatore, che si era impegnato con serietà nella definizione del tipo, ebbe nell'immediato una risposta in qualche modo disorientante, che fu nel senso della parziale abrogazione delle condotte criminose precedenti la riforma per la parte in cui potevano apparire prive di quel connotato di tipicità, relativo al contenuto dell'accordo tra il candidato e l'esponente mafioso, prima non espressamene richiesto dalla norma incriminatrice[1].

A distanza di qualche anno, nel 2017, il legislatore, facendosi carico dell'istanza sempre più insistente nel dibattito pubblico di un inasprimento delle pene, si è persuaso ad aggravare le previsioni edittali, che appena prima aveva modulato in modo tale da rendere evidente il diverso e minore disvalore della condotta di contiguità da quello di vera e propria partecipazione all'associazione di tipo mafioso, e le ha, seppure di poco, innalzate. Ha ceduto, pur senza esserne sopraffatto, almeno allora, all'idea, per nulla giustificata, che quanto più si è severi nel comminare le pene tanto più si attua una politica di repressione penale efficace ed effettiva.

Da ultimo, la fattispecie è stata oggetto di un significativo rimaneggiamento che segna una soluzione di continuità con la precedente riforma del 2014 e sembra imboccare un diverso percorso di risistemazione complessiva.

Quel che di positivo può cogliersi nell'attivismo riformatore degli ultimi anni è che il legislatore sembra volersi fare carico direttamente del problema della contiguità compiacente, formula felice che indica tutta la cd. zona grigia del reticolo di relazioni che le organizzazioni mafiose intessono con il mondo della politica e dell'imprenditoria e che ne qualifica la pericolosa pervasività nel tessuto economico e nella vita democratica.

Dopo un lungo tempo di affidamento alla giurisprudenza del compito di selezionare gli strumenti con cui fronteggiare le forme di collaborazione non partecipativa con l'associazione criminale, il legislatore ha scelto il terreno di una delle tradizionali e più pericolose espressioni della contiguità, quella del potere politico-amministrativo, per sperimentare la tipizzazione di ipotesi per così dire concorsuali.

Il tema è stato affrontato anche dalla giurisprudenza, già durante la vigenza della primigenia formulazione del reato di scambio elettorale politico-mafioso che prevedeva il trattamento punitivo soltanto dalla parte del politico alla ricerca del sostegno elettorale, pur equiparandolo a quello proprio del partecipe, e quindi anche del concorrente esterno, ma con una assai più scarna definizione dei termini dell'accordo, ristretto alla sola ipotesi

[1] Cass. Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 36382, rv. 260168, in «CP», 2014, con nota di M. Gambardella, *Diritto giurisprudenziale e mutamento legislativo. Il caso del delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, p. 3703.

dello scambio con erogazione di denaro.

Si disse allora – con una autorevole pronuncia delle Sezioni unite che servì a delineare la fisionomia ancora attuale del concorso esterno in associazione mafiosa come reato di evento e quindi tipizzato dal nesso causale tra il contributo atipico e, appunto, l'evento costituito dal mantenimento e/o rafforzamento dell'associazione[2] – che l'individuazione legislativa di una delle forme astrattamente in tal modo definibili, appunto lo scambio elettorale politico-mafioso, non potesse "essere intesa come espressiva dell'intento di limitare solo a questa fattispecie l'ambito di operatività dei variegati patti collusivi in materia elettorale con quel tipo di scambio". E si aggiunse che l'esegesi storico sistematica della disposizione incriminatrice introdotta nel periodo dell'emergenza stragista dovesse indurre a ritenere, come già fatto in precedenza dalle stesse Sezioni unite – sentenza *Carnevale* –, che quella fattispecie era lo strumento "di estensione della punibilità oltre il concorso esterno, e cioè anche ai casi in cui il patto preso in considerazione, non risolvendosi in contributo al mantenimento o rafforzamento dell'organizzazione, resterebbe irrilevante quanto al combinato disposto degli articoli 110 e 416-*bis* cod. pen.".

Il quadro potrebbe dirsi mutato significativamente anche in riguardo al tipo di relazione tra la fattispecie di cui all'art. 416-*ter* cod. pen. e le forme di concorso esterno.

L'accordo ora si caratterizza non soltanto per l'erogazione di qualsiasi altra utilità, innovazione già operata con la riforma del 2014, ma anche per la cd. messa a disposizione del politico a favore del gruppo mafioso secondo una formula di vaghezza certamente poco accettabile, ma che comunque mette a fuoco l'instaurazione di un rapporto di una qualche stabilità temporale.

L'innovazione fa apprezzare, ancor più e ancor meglio del riferimento alla dazione di una determinata, per quanto rilevante, somma di denaro o di altra utilità economicamente valutabile, la scelta legislativa di connotare la prestazione in termini di mera adeguatezza al fine, e ciò con significativo scostamento dall'adozione del nesso causale come criterio di tipizzazione del concorso esterno di definizione giurisprudenziale che vede nel rafforzamento dell'associazione un evento da verificarsi *ex post*.

A fronte di una previsione di pena identica a quella riservata alla partecipazione associativa, ed anzi ben più elevata per il caso di realizzazione dell'aggravante speciale costituita dal successo nella tornata elettorale quale

[2] Cass. SU, 12 luglio 2005, n. 33748, rv. 231673, in «DPP», 2006, con nota di P. Morosini, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione,* p. 585.

conseguenza del criminale sostegno alla candidatura, l'idea che il legislatore abbia inteso regolare una forma particolare di contiguità secondo un criterio di tipizzazione diverso da quello causale e in sostituzione del tradizionale affidamento alla clausola concorsuale applicata alla disposizione associativa merita di essere considerata.

A tal fine conviene esaminare con maggior dettaglio la nuova fattispecie.

2. *Sui soggetti attivi del reato*

Una spia della volontà di normare la contiguità politico-mafiosa autonomamente e fuori dall'armamentario concorsuale si rinviene nella individuazione dei soggetti attivi del reato. Nelle diverse evoluzioni nel tempo, la fattispecie ha mantenuto in esordio il riferimento al "chiunque" per indicare, con ampiezza di riferimento, il soggetto che si rende colpevole del fatto tipico, avvicinando il procacciatore di voti e con lui stringendo il patto elettorale. Nell'ansia di estendere l'ambito di operatività della norma, il legislatore dell'ultimo intervento ha arricchito il riferimento soggettivo con il richiamo agli intermediari per farne diretti destinatari del precetto sia dalla parte di colui che cerca i voti sia da quella del promittente il sostegno elettorale.

L'accorgimento non era necessario, nel senso che anche senza la puntualizzazione vi era già la possibilità di perseguire gli eventuali intermediari ricorrendo alla clausola generale di responsabilità concorsuale; la determinazione a farne destinatari diretti del precetto può essere allora effetto di un disegno peculiare, ossia di cristallizzare con la nuova formula di fattispecie un caso di concorso esterno in associazione e di evitare, per tale ragione, che residuino spazi per ulteriori estensioni in forza della stessa clausola. Si potrebbe in tal modo spiegare l'innovazione che, altrimenti, si segnalerebbe soltanto come di aggiustamento di assai scarsa utilità, se non addirittura dannoso nella misura in cui potrebbe legittimare il dubbio che, in precedenza, gli intermediari non erano perseguibili e che quindi le condotte da loro realizzate in vicende anteriori alla riforma dovrebbero essere rilette alla luce dello *ius superveniens* in termini di irrilevanza penale, pur nella evidente eccentricità della conclusione.

Questo tentativo, di dare un senso forte alla menzione diretta degli intermediari, deve però misurarsi, e fors'anche a quel punto franare, col fatto che la disposizione non si cura del caso in cui il "chiunque" che si

accosti all'associazione criminale per chiedere sostegno elettorale non sia il candidato nella competizione elettorale, o un suo intermediario, ma sia l'esponente del gruppo politico a cui uno o più candidati appartengano, e che non agisca come intermediario di costoro ma appunto in proprio, cercando un sostegno elettorale per il gruppo e solo mediatamente per il candidato o i candidati.

L'ipotesi a cui ora si guarda è quella di un esponente di una forza politica o di un raggruppamento elettorale che non sia direttamente candidato alle elezioni e che non si intrometta nella compravendita dei voti per conto di uno o più candidati, ma che chieda e ottenga la promessa in loro favore ben sapendo che quel successo elettorale premierà anzitutto il gruppo di riferimento e che sarà il gruppo, non necessariamente attraverso l'opera del candidato eletto, ad onorare la promessa di utilità in favore dell'associazione criminale che quei voti ha procacciato.

Il riferimento agli intermediari non giova a dare risposta a questo tipo di intromissione, perché nella vicenda appena richiamata l'esponente politico che stringe l'accordo criminale non si determina come intermediario ma in proprio, lasciando al candidato il ruolo marginale di beneficiario dell'intesa, peraltro nemmeno necessariamente consapevole di quanto si sta macchinando.

Si tratta di ipotesi che sfugge ad una possibilità di qualificazione secondo lo schema normativo in esame, e di ciò si ha conferma dal modo in cui è stata costruita la speciale circostanza aggravante di cui al comma terzo. La pena infatti è aumentata della metà "se colui che ha accettato la promessa, a seguito dell'accordo…, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale…". L'accettazione della promessa, allora, non può che provenire dal candidato, che può accettare o direttamente o per mezzo di intermediari; ma è in ogni caso necessario che la promessa lo veda protagonista, perché è la legge che pone un nesso diretto, di necessaria identità, tra l'accettante la promessa e il candidato, poi eletto.

Altro si sarebbe potuto dire se fosse stato recepito l'inciso "per sé o per altri" che era contenuto nella proposta di legge AC 766, abbinata a quella AC 1302, poi approvata con la legge n. 43 del 2019.

Nel testo della proposta AC 766 dell'on. Colletti si completava la descrizione del patto politico-mafioso con l'aggiunta del menzionato inciso che, per il vero, era stato collocato dopo il riferimento al corrispettivo dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o altra utilità, e ciò avrebbe potuto determinare più di una incertezza se il richiamo ai terzi fosse o meno ristretto al versante del fruitore dell'erogazione di denaro o

dell'altra utilità e non fosse estensibile. Ma certo era un utilissimo spunto d'ordine testuale per poter applicare la norma anche per i casi come quello prima descritto.

Seppure animata dalla chiara intenzione di coprire ogni possibile vuoto di precisione, la riforma della fattispecie continua, almeno così pare, a scontare lacune di precisione che, ove dovessero presentarsi all'attenzione applicativa dei giudici, con ogni probabilità ne impediranno soluzioni agevoli fondate sulla mera estensione interpretativa della disposizione di nuovo conio.

3. *Il richiamo nel patto al metodo mafioso*

La stessa volontà di non sottrarre spazi alla incriminazione traspare dalla riproposizione, in via aggiuntiva, del nucleo della condotta di pattuizione costituito dall'accordo che si qualifica non già per la collocazione associativa del promittente il sostegno elettorale ma per lo specifico contenuto del patto, che richiama le modalità di metodo mafioso come strumento eletto per il procacciamento dei voti in vista della competizione elettorale.

La precedente formula era, come è noto, incentrata sul requisito del patto e trascurava la posizione soggettiva del contraente, la cui caratura criminale era affidata non tanto all'essere collocato entro una compagine associativa di tipo mafioso quanto all'impegno che assumeva, di procurare voti facendo ricorso al metodo mafioso.

Allora non si poneva specifica ed esclusiva attenzione alla condizione del contraente il patto, che poteva essere chiunque: irrilevante quindi che fosse partecipe di una compagine mafiosa, perché quel che importava è che il patto si connotasse per il riferimento alla spendita del metodo mafioso.

Non poteva sfuggire una certa dose di irragionevolezza di una determinata costruzione della fattispecie, non cogliendosi nella concreta vicenda di un patto elettorale stretto, ad esempio, con un noto e riconosciuto capo di una associazione mafiosa la necessità di riscontrare il riferimento esplicito alla utilizzazione del metodo mafioso per il procacciamento dei voti.

E infatti, la giurisprudenza si incaricò di chiarire che, solo per il caso in cui il soggetto che si impegnava a reclutare i suffragi fosse persona inserita stabilmente in una consorteria di tipo mafioso, ed agiva per conto e nell'interesse di quest'ultima, non era necessario che l'accordo concernente lo scambio contemplasse l'attuazione, o l'esplicita programmazione, di una

campagna elettorale mediante intimidazioni, perché esclusivamente in tal caso il ricorso alle modalità di acquisizione del consenso tramite il metodo mafioso poteva dirsi immanente alla illecita pattuizione[3].

Sulla, per il vero singolare, ipotesi di pari disvalore attribuito all'accordo raggiunto con un non partecipe o altrimenti rappresentante di un'associazione di tipo mafioso, si disse che non poteva farsi a meno della prova della pattuizione delle modalità di procacciamento del consenso con metodo mafioso[4].

In particolare, secondo tale indirizzo interpretativo, tra i soggetti attivi, oltre al partecipe dell'organizzazione specie se in posizione sovraordinata, potevano annoverarsi "sia soggetti estranei alla consorteria ma che si manifestino in grado di agire con le modalità in questione; sia i membri della stessa che agiscano *uti singuli*; sia, infine intermediari esterni alla cosca portatori della volontà della stessa". Posizione interpretativa, questa, necessitata dal modo in cui la norma incriminatrice era stata pensata: tra la soluzione di richiedere sempre la espressa considerazione nel patto del metodo mafioso e quella di obliterarne il contenuto precettivo, si scelse di diversificare i possibili campi applicativi, modulando in modo calibrato e selettivo il significato della disposizione e la sua incidenza sul piano degli oneri di ricostruzione probatoria.

Con l'ultima riforma la situazione non è stata considerata in senso migliorativo. Opportunamente si è specificato il profilo soggettivo del promittente il sostegno elettorale, qualificandolo come appartenente ad un'associazione di tipo mafioso, ma si è poi mantenuto, questa volta con assai poco rimediabile irragionevolezza, il riferimento alla possibilità che il patto venga siglato da chiunque purché la promessa, anche se proveniente da soggetto non appartenente all'associazione mafiosa, abbia un esplicito richiamo al metodo mafioso.

La composizione secondo un criterio di coerenza è alquanto problematica.

La nozione di appartenente all'associazione di tipo mafioso è già abbastanza, forse troppo, ampia, sì da ricomprendere varie situazioni, dal partecipe al mero concorrente eventuale.

Chi altri, allora, v'è da chiedersi, potrebbe, al di fuori di queste figure collegate con l'organizzazione mafiosa, e al di là del mero intermediario del promittente, già autonomamente considerato dalla clausola d'esordio, stringere un patto elettorale che sia espressivo di disvalore pari e che meriti pertanto una sanzione talmente elevata?

[3] Cass. Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 16397, La Rupa, rv. 266738.
[4] Cass. Sez. I, 30 novembre 2015, n. 19230, Zappalà, rv. 266794.

Ancora una volta traspare l'ansia di mantenere, se non di estendere, i confini applicativi della fattispecie, che non pare guidata e governata da riflessioni di sistema.

Quanto alla nozione di appartenente all'associazione mafiosa il pericolo di una certa qual vaghezza della formula in danno del principio di necessaria determinatezza è reale.

La definizione di appartenenza, che attinge da situazioni strutturalmente indiziarie, per dare corpo alla fisionomia di una norma di incriminazione è operazione non semplice. Se la nozione di partecipazione ha precise connotazioni di tipicità, quella di appartenente è volutamente più ampia ma necessariamente più incerta.

Il richiamo alla soluzione giurisprudenziale sul terreno delle misure di prevenzione può però tornare utile. Si è detto, come è noto, che "il concetto di appartenenza ad una associazione mafiosa, rilevante per l'applicazione delle misure di prevenzione, comprende la condotta che, sebbene non riconducibile alla partecipazione, si sostanzia in un'azione, anche isolata, funzionale agli scopi associativi, con esclusione delle situazioni di mera contiguità o di vicinanza al gruppo criminale"[5].

Ciò significa che assumono rilevanza, per delineare l'appartenenza, "anche condotte non connotate dal vincolo stabile, ma astrattamente inquadrabili nella figura del concorso esterno …, per definizione caratterizzata da una collaborazione occasionale, espressa in unico o diluito contesto temporale, che si realizza con riferimento a circoscritte esigenze del gruppo, in correlazione con la loro insorgenza, ed è quindi ontologicamente priva della connotazione tipica della condotta partecipativa, costituita dallo stabile inserimento nell'organizzazione criminale con caratteristica di spiccata e persistente pericolosità, derivante dalla connotazione strutturale…".

Si ha pertanto che il patto elettorale può essere siglato sia dal partecipe che dal concorrente esterno: si tratta ora di comprendere se sia proprio la conclusione dell'accordo a dare corpo ad una ipotesi di concorso esterno in associazione o se, invece, tale condizione sia in qualche modo presupposto della successiva e autonoma condotta di accordo per lo scambio elettorale politico-mafioso.

[5] Cass. SU, 30 novembre 2017, n. 111, rv. 271512.

4. *Lo scambio elettorale e il concorso esterno*

La risposta che pare più semplice è di riferire il contributo concorsuale proprio alla sottoscrizione del patto.

Si fatica a ipotizzare una permanenza nel tempo della qualità di concorrente che possa servire da mero contesto alla commissione di ulteriori e autonomi episodi criminosi. Si finirebbe per complicare la già non agevole distinzione in concreto della condotta partecipativa da quella concorsuale, perché anche questa ultima assumerebbe connotati strutturali di stabilità temporale.

Se si conviene sul punto, anche la speculare condotta di chi sigla il patto per ottenere sostegno elettorale dovrebbe meritare la qualificazione in termini di concorso esterno. Il contributo concorsuale realizzato assicurando il sostegno elettorale induce a ritenere che nella stessa categoria criminosa debba ricondursi, fors'anche a maggior ragione, la condotta di chi foraggia l'associazione o di chi, ancor meglio e di più, si pone a disposizione dell'associazione.

Non è dubbio che il nuovo inciso, che va ad arricchire il novero delle controprestazioni per il sostegno elettorale, sia assai poco rispettoso del canone della determinatezza, e che avrebbe dovuto essere costruito in modo da connotare con maggiore tassatività l'oggetto e il significato della messa a disposizione.

Termine quest'ultimo dai contorni troppo vaghi, che non può soddisfare il bisogno di chiarezza che una disposizione incriminatrice deve soddisfare.

E però, con i pur innegabili difetti, l'inciso induce ad una riflessione circa la persistente attualità del monito giurisprudenziale per il quale il legislatore non potrebbe impedire l'individuazione giurisprudenziale di forme in concreto di concorso esterno per quanti sforzi faccia di isolarne i possibili tipi in fattispecie *ad hoc*.

Il senso dell'affermazione va forse meglio compreso.

È pur vero che l'operatività della clausola di responsabilità concorsuale non può essere limitata in assoluto, perché l'impegno di tipizzazione di singole condotte non sembra poter colmare ogni possibilità di previsione e di adattamento alle multiformi modalità con cui nel concreto la contiguità con la mafia sa declinarsi.

Resta però da valutare se abbia capacità assorbente e impeditiva di ulteriore indagine volta ad apprezzare se quella messa a disposizione si sia poi concretizzata in un evento apprezzabile *ex post*, secondo l'insegnamento delle Sezioni unite *Mannino.*

Occorre interrogarsi se, alla luce delle modifiche normative, possa affermarsi che il concorso esterno nell'ipotesi di patto elettorale richieda, oltre che serietà e concretezza degli impegni assunti sia dal candidato che dal rappresentante del gruppo criminale, anche la verifica successiva *"della loro efficacia causale",* con necessità quindi di accertare se "gli impegni assunti dal politico abbiano inciso effettivamente e significativamente, di per sé ed a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accordo, sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali".

Accedendo a questa soluzione, si avrebbe una duplicazione di risposta repressiva per la concorrenza di due diverse fattispecie, l'una incentrata sul disvalore di condotta espresso dalla pattuizione illecita; l'altra fondata sul disvalore di evento, dato dalla conservazione o dal rafforzamento delle capacità operative dell'associazione, seppure le due figure criminose siano punite allo stesso modo, ed anzi quella imperniata sul mero accordo ancora più gravemente per il caso in cui si accerti, non si sa bene come, che il successo elettorale del candidato contraente sia stato il risultato diretto dell'impegno criminale dell'altro.

In diversa direzione potrebbe invece ritenersi che il legislatore abbia preso atto che il pur lodevole intento garantista della giurisprudenza, speso nella costruzione di tipicità del concorso esterno sulla base del rapporto di causalità e con esclusione, motivata soltanto da spiccate ragioni di selezione in senso garantista delle condotte punibili, della cd. causalità agevolatrice o di rinforzo[6], esponga comunque l'accertamento giudiziale a una verifica assai difficile.

Come fare a provare, con il rigore necessario alla prova di un accadimento, se v'è stato mantenimento o rafforzamento della struttura criminale? Un evento delineato in termini naturalisticamente evanescenti si sottrae alla definizione probatoria o, quanto meno, lo adatta alla sua fisionomia e in tal modo finisce con l'impoverirlo.

Certo, si può ricondurre a ragionevolezza il canone probatorio di garanzia voluto dalle Sezioni unite e rimaneggiarlo nel senso che il concorso esterno per l'ipotesi di patto elettorale necessiti soltanto della prova della "controprestazione da parte del politico" e cioè della individuazione delle

[6] Ai fini della configurabilità della fattispecie del concorso di persone nel reato, il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, ma anche quando assuma la forma di un contributo agevolatore, e cioè quando il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe ugualmente commesso ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà – Cass. Sez. IV, 8 novembre 2018, n. 52791, rv. 274521 –.

"concrete condotte successivamente poste in essere per favorire l'associazione mafiosa"[7]; ma non può tacersi che la prova delle condotte di favore non coincide con la prova dell'evento "mantenimento o rafforzamento delle capacità operative dell'associazione".

Se si conviene su queste notazioni, non appare fuori dalla portata di un impegno di risistemazione la scissione applicativa della fattispecie di scambio elettorale politico-mafioso da quella di concorso esterno, in modo da fare della prima il parametro esclusivo di valutabilità di queste specifiche forme di contiguità con l'organizzazione criminale. Con la conseguenza di preclusione all'apprezzamento in concreto ed *ex post*, per lo stesso fatto ossia per la stessa pattuizione, di ulteriori istanze repressive, basate non più sulla fattispecie a tal fine delineata ma sulla clausola generale di responsabilità concorsuale.

La soluzione opposta sarebbe meno ragionevole.

Si punirebbe due volte e con pari pena per uno stesso fatto, a seconda che un evento, ossia il mantenimento o il rafforzamento dell'associazione, sia provato e nonostante la prova dell'altra conseguenza del patto, ossia il successo nella competizione elettorale, resti interna al confine della fattispecie accedendo soltanto ad un accidente aggravatore.

Certo, il primo evento attiene alla struttura associativa e il secondo ne è estraneo; e però, una volta che la risposta sanzionatoria è unica, e del tutto sovrapposta a quella della partecipazione all'associazione, forse una istanza di garanzia, non meno importante di quella che ha portato le Sezioni unite a definire il concorso esterno come reato di evento, dovrebbe indurre ad evitare il concorso di reati.

[7] Cass. Sez. II, 12 ottobre 2017, n. 56088, rv. 271699.

Sergio Seminara*

Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione, nei reati societari e nei reati finanziari

Sommario: 1. Una ricognizione generale sul conflitto di interessi nella materia penale – 2. Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione – 3. Il conflitto di interessi nei reati societari – 4. Il conflitto di interessi nei reati previsti dal testo unico finanziario – 5. Linee conclusive dell'indagine.

1. *Una ricognizione generale sul conflitto di interessi nella materia penale*

In prima approssimazione, ai fini della nostra riflessione viene in rilievo ogni situazione in cui alla mente di taluno, chiamato a prendere una decisione per conto o in rappresentanza di un altro – non rileva qui se in ambito pubblico o privato –, in alternativa all'interesse del mandante si rappresentano, come possibili moventi o scopi, ulteriori interessi incompatibili con il primo. Il conflitto di interessi, alla luce della definizione ora fornita, si manifesta dunque nella sua percezione da parte del soggetto agente; è però necessario che il conflitto esista anche sul piano oggettivo, nel senso che gli interessi devono trovare un riscontro nella realtà esterna.

Questa proiezione sulla realtà esterna si giustifica alla luce di due ragioni. La prima è che, ammettendo l'esistenza degli interessi anche solo nella mente della persona, essi si confondono con i sentimenti e le passioni, così relegando il conflitto a un imperscrutabile atteggiamento psicologico. La seconda ragione discende dal rilievo che ogni reato suppone già un movente antagonistico nei confronti di un contrapposto interesse individuale o collettivo o istituzionale (ovviamente, nella varietà di accezioni che l'antagonismo può assumere nei reati di condotta e di evento, a destinatario specifico e indifferenziato), con la conseguenza che una nozione troppo ampia di conflitto finirebbe con l'atteggiarsi quasi come elemento ontologico del reato.

Alla stregua delle considerazioni ora svolte emerge che, in assenza di

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Pavia.

un contrapposto interesse oggettivamente esistente nella realtà, ovviamente diverso dal fine di trarre profitto o di arrecare un danno, non può parlarsi di un contrasto con l'interesse di cui l'agente è portatore. Ne deriva che una situazione di conflitto di interessi non è necessariamente insita neppure nella fattispecie penale di appropriazione indebita – che pur potrebbe apparire come l'archetipo del conflitto in materia patrimoniale –, definita dall'art. 646 c.p. nel modo più ampio («Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso…»).

Fino ad ora – ne siamo consapevoli – si è detto ben poco allo scopo di caratterizzare in positivo il tema oggetto delle nostre riflessioni. Cercando dunque una migliore messa a fuoco, risultano utili due osservazioni. Anzitutto, nel conflitto di interessi penalmente rilevante almeno uno tra questi corrisponde a un dovere vincolante il soggetto agente, il quale dunque esercita una funzione o un ruolo che gli impone di perseguire uno specifico obiettivo o un determinato risultato; inoltre, posto che il conflitto di interessi esprime solo il pericolo di una scelta mirata a soddisfare un interesse anziché un altro, la configurabilità dell'illecito, sul piano penalistico, emerge nel successivo momento in cui, con il compimento della scelta, si realizza la violazione del dovere mediante l'abuso dei poteri. Nella prospettiva appena delineata, il conflitto di interessi assume valore non in sé, ma in quanto presupposto della condotta tipica, legandosi alla preesistenza di un dovere vincolante in capo all'agente e così evocando la categoria del reato proprio.

Spostando l'attenzione sui reati propri, come è noto, essi sono tali in quanto commissibili solo da chi possiede una determinata qualifica o esercita una specifica funzione attributiva di una qualità o si trova in una particolare relazione con il destinatario della tutela. In questi casi – come si è osservato – «dalla qualità o relazioni richieste per il soggetto attivo nel reato proprio dipende la fisionomia stessa del fatto come offesa a un bene giuridico: si tratta cioè di una posizione del soggetto che riflette un particolare rapporto con il bene giuridico, il quale può essere attaccato direttamente solo da chi appartenga a una cerchia determinata di soggetti»[1]. La connessione tra reato proprio e conflitto di interessi pone in evidenza come le qualità e le relazioni giuridiche, indistintamente riferibili a situazioni di diritto o di mero fatto, rappresentino non la condotta, ma solo il presupposto della sua tipicità.

[1] G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, *Parte Generale*, 2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 245. 254. Vd. inoltre G. Demuro, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in «RIDPP», 1998, p. 845 e ss.; A. Gullo, *Il reato proprio*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 43 e ss.; M. Pelissero, *Il concorso nel reato proprio*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 137 e ss.

Ancora un rilievo. Se, in materia penale, il conflitto di interessi rappresenta il presupposto di un abuso dei poteri, questo può configurarsi anche in assenza di quello. Ne forniscono una convincente dimostrazione le ipotesi in cui la tipicità della condotta non è subordinata alla qualità del soggetto attivo o alla sua relazione giuridica con l'interesse tutelato, ma l'una e l'altra sono prese in considerazione sul piano sanzionatorio come circostanze aggravanti; si pensi all'art. 61, nn. 9 e 11 c.p., il primo riferito all'«abuso dei poteri» e il secondo all'«abuso di autorità o di relazioni domestiche, (…) di relazioni di ufficio, di prestazioni d'opera, di coabitazione o di ospitalità».

In sostanza possono darsi reati propri, consistenti in un abuso che a sua volta può essere fondato su un conflitto di interessi, configurabili solo nei confronti del titolare dei poteri o dei doveri, e reati comuni che possono risultare aggravati dall'abuso ma che comunque sono configurabili indipendentemente da quest'ultimo. All'interno del quadro tracciato, pubblica amministrazione, società commerciali e mercato mobiliare sono terreni di elezione dei reati propri, sicché le fattispecie incriminatrici interne ai tre settori, con rare eccezioni, appartengono alla prima delle due categorie ora indicate e conseguentemente si fondano su una violazione di doveri costitutiva del tipo.

Un'ultima osservazione. In riferimento alla nostra indagine, potrebbe a prima vista ritenersi che i doveri violati dal soggetto attivo presentino una coloritura pubblicistica rispetto ai reati contro la pubblica amministrazione e una privatistica rispetto a quelli commessi all'interno di società commerciali e del mercato mobiliare e che questa differente connotazione si rifletta sulla tecnica normativa utilizzata. Una siffatta impressione è però errata: da un lato vedremo che, sul piano dell'evoluzione storica, incriminazioni fondate sul pericolo presunto hanno interessato sia i delitti contro la pubblica amministrazione che quelli societari, per poi essere soppresse senza lasciare traccia; dall'altro lato può fin d'ora rilevarsi che i consistenti aggravamenti sanzionatori minacciati per i reati societari realizzati in società quotate e le severe pene previste per i reati finanziari dimostrano l'emersione di interessi collettivi, attinenti alla stabilità e al corretto funzionamento dei mercati, che trascendono la sfera privata e piuttosto tendono a caratterizzarsi in termini pubblicistici.

È dunque giunto il momento di cominciare l'analisi.

2. *Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione*

In linea generale, nei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sono tipizzate condotte di abuso dei poteri o della qualità o condotte di violazione di doveri. Per meglio dire: in tali delitti non si riscontra un conflitto di interessi nell'accezione prima specificata, ma solo una trasgressione di obblighi da parte del soggetto qualificato, nel perseguimento di un fine di profitto proprio o altrui o di un altrui danno.

La contrapposizione che viene così a determinarsi solitamente vede il pubblico agente che opera contro gli interessi della pubblica amministrazione (è così nel peculato su beni pubblici previsto dall'art. 314 c.p., nell'abuso di ufficio produttivo di vantaggio patrimoniale di cui all'art. 323 c.p., nell'utilizzazione di invenzioni e nella rivelazione di segreti di ufficio *ex* artt. 325 c.p. e 326 c.p. e nel rifiuto di atti di ufficio sanzionato dall'art. 328 c.p.); altre volte il conflitto si realizza tra il soggetto qualificato e il privato, pur rimanendo sullo sfondo l'offesa per il buon andamento della pubblica amministrazione (è il caso del peculato su beni privati *ex* art. 314 c.p., del peculato mediante profitto dell'errore altrui previsto dall'art. 316 c.p., della concussione di cui all'art. 317 c.p., dell'abuso di ufficio produttivo di un danno *ex* art. 323 c.p. ed eventualmente dell'utilizzazione di invenzioni e della rivelazione di segreti di ufficio sanzionate dagli artt. 325 c.p. e 326 c.p.); né mancano ipotesi in cui il contrasto vede il soggetto qualificato e il privato schierati contro la pubblica amministrazione (si tratta dei reati di corruzione) e altre ove il conflitto è più difficilmente decifrabile (come nell'induzione indebita *ex* art. 319-*quater* c.p.).

Non per questo può ritenersi che la materia in esame sia refrattaria al conflitto di interessi, che anzi storicamente vi ha trovato la maggiore elaborazione attraverso una norma soppressa – e mai più riproposta – dalla legge 26 aprile 1990, n. 86. Ci riferiamo al reato di «Interesse privato in atti di ufficio», che nell'art. 324 c.p. era così formulato: «Il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica Amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni».

Conviene dire subito che, quando tale norma venne abrogata, nessuno si levò in sua difesa e mai nessuno ha successivamente espresso rimpianti per la sua scomparsa. Il che si spiega agevolmente, considerando gli orientamenti giurisprudenziali formatisi intorno all'espressione «prendere interesse privato in un atto».

In particolare, negli anni immediatamente precedenti la sua abrogazione, intorno alla norma si erano consolidati due indirizzi interpretativi. Il primo – apparentemente minoritario, ma in realtà perfettamente aderente allo spirito che informava la giurisprudenza del tempo – risolveva il reato nella violazione di un obbligo di astensione da parte del pubblico ufficiale; la soluzione prevalente intendeva invece la locuzione nel senso di «sfruttamento dell'ufficio» o di «ingerenza profittatoria», ravvisando però tali requisiti già nella partecipazione del pubblico funzionario all'atto della pubblica amministrazione o nell'inserimento di un interesse privato nella formazione dell'atto stesso[2]. In sostanza, la strumentalizzazione era convertita nella violazione di un obbligo di astensione o anche nella mera associazione di un interesse privato a uno pubblico, in assenza di qualsiasi conflitto. La dilatazione dell'operatività della norma – così trasformata, insieme all'art. 323 c.p. sull'abuso innominato in atti di ufficio, in uno strumento di controllo della magistratura sull'operato della pubblica amministrazione – era esasperata dalla ritenuta irrilevanza della verificazione di un danno per la pubblica amministrazione o di un profitto per il pubblico ufficiale; addirittura, talune pronunce negavano rilievo alla coincidenza tra interesse pubblico e privato.

Una norma penale calibrata proprio sull'esistenza di un conflitto di interessi veniva in tal modo svuotata attraverso un'interpretazione formalistica, tesa a sanzionare la presenza di un interesse del pubblico ufficiale senza neppure accertare il suo antagonismo rispetto all'interesse della pubblica amministrazione. Non può dunque sorprendere che, a fronte di una giurisprudenza saldamente attestata su posizioni così rigorose – ma lontane da qualsiasi approccio ispirato a principi di materialità o di offensività –, il Parlamento abbia optato non per una riformulazione ma per la secca abrogazione.

Fermiamoci un momento. Nell'interpretazione giurisprudenziale di quel tempo può cogliersi la punibilità del conflitto di interessi semplicemente seguito dalla commissione dell'atto, quale che fosse il suo contenuto: il

[2] Per i riferimenti giurisprudenziali ci consentiamo di rinviare al nostro commento all'art. 324 in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, 1986, Cedam, Padova, p. 577 e ss. Deve aggiungersi che in dottrina la questione era variamente risolta, nel senso che a interpretazioni tendenti a cogliere l'interesse privato nel finalismo dell'agente (con diversità di accenti A. Bartulli, *L'interesse privato in atti di ufficio*, 1974, Giuffré, Milano, p. 6 e ss.; C.F. Grosso, *Lineamenti dell'interesse privato in atti di ufficio*, 1966, Giuffré, Milano, p. 85 ss.) si contrapponevano teorie che richiedevano l'obiettivazione dell'interesse nel procedimento formativo dell'atto (così A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, *pt. sp.*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, 1986, Giuffré, Milano, p. 249; vd. anche F. Bricola, *Interesse privato in atti di ufficio*, in «ED», XXII, 1972, p. 71).

nucleo del disvalore consisteva pertanto nella violazione di un obbligo di astensione da parte del pubblico agente, in quanto lesiva almeno del prestigio della pubblica amministrazione: «Oggetto specifico della tutela penale – aveva infatti affermato Manzini in riferimento alla norma in esame – è l'interesse concernente il normale funzionamento e il prestigio della pubblica amministrazione in senso lato, in quanto si attiene al dovere del disinteresse personale nella gestione delle pubbliche funzioni, convenendo assicurare la cosa pubblica contro l'affarismo dei pubblici ufficiali per cui prendano interesse privato negli atti del loro ufficio, indipendentemente dal danno che tale loro attività possa o no produrre»[3]. La ferrea equazione così stabilita tra conflitto di interessi e obbligo di astensione – un cui ulteriore esempio troveremo nel corso dell'analisi dei reati societari – trovava dunque la propria giustificazione in termini di prestigio della pubblica amministrazione. Va da sé, poi, che l'offesa del prestigio evoca la logica del pericolo (o danno) presunto: vecchia architrave, quest'ultimo, di un edificio penalistico appartenente però a una stagione ormai definitivamente tramontata[4].

Tornando all'art. 324 c.p., nello spirito della legge n. 86 del 1990 al vuoto da esso lasciato avrebbe dovuto provvedere l'art. 323 c.p., contestualmente riformulato in modo da perdere la propria originaria funzione residuale. Evitando qui di soffermarci sulle numerose modifiche cui la norma è stata successivamente sottoposta, vale la pena osservare che in questo modo si è determinato il passaggio da una fattispecie radicata sul conflitto di interessi, e sul correlativo pericolo per il bene protetto, a una incentrata su un abuso dell'ufficio caratterizzato dal dolo intenzionale e da un evento di vantaggio o di danno. Il che dimostra quanto la tecnica normativa possa incidere sui contenuti delle incriminazioni e sul loro significato.

Un'ultima notazione. Se, come si è visto, all'interno degli artt. 314 c.p. fino a 335-*bis* c.p. non si riscontrano situazioni di conflitto di interessi, non va però trascurato che i reati di corruzione antecedente tipizzati dagli artt. 319 c.p. e 319-*ter* c.p., nei quali l'accettazione della dazione o della promessa risulta finalizzata al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, in realtà incriminano la stipula di un accordo costituente l'essenza del conflitto di interessi in capo al soggetto qualificato: accordo destinato a produrre i propri effetti attraverso il successivo abuso. La peculiarità qui è costituita dal fatto che, attraverso la corruzione, è sanzionata l'intesa tra *extraneus* e *intraneus*, fonte dell'interesse conflittuale rispetto a quest'ultimo, mentre il compimento dell'atto, ove costituente reato, viene punito in via autonoma:

[3] V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, V, 1935, Utet, Torino, p. 227.

[4] Nonostante il definitivo tramonto, nella vigente legislazione economica permangono ancora due reati di pericolo presunto, previsti negli artt. 30 e 31, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, relativo ai revisori legali dei conti.

in altre parole, il conflitto di interessi fa da collante tra il primo e il secondo illecito senza però assumere espresso rilievo agli effetti penali.

3. *Il conflitto di interessi nei reati societari*

Il diritto penale societario, con le sue incriminazioni dettate in materia di correttezza dei bilanci, di tutela del capitale sociale e dei creditori, di veridicità delle comunicazioni inviate alle autorità di vigilanza ecc., rappresenta un settore ai nostri fini particolarmente interessante per la vastità degli obblighi posti in capo agli amministratori e agli altri organi gestori e di controllo – concernenti non solo la cura dell'interesse sociale ma anche la protezione patrimoniale dei terzi, fino a giungere al corretto andamento del mercato –, che rende estremamente complesso il tema del conflitto di interessi.

Anzitutto appare opportuna una notazione storica. In parallelo all'art. 324 c.p. considerato in precedenza, il testo originario del codice civile del 1942 prevedeva nell'art. 2631 un reato denominato «Conflitto d'interessi», così formulato: «L'amministratore, che, avendo in una determinata operazione per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società, non si astiene dal partecipare alla deliberazione del consiglio relativa all'operazione stessa, è punito con la multa da lire quattrocentomila a quattro milioni. / Se dalla deliberazione è derivato un pregiudizio alla società, si applica, oltre la multa, la reclusione fino a tre anni».

La norma presentava una valenza meramente sanzionatoria del precetto sancito dall'art. 2391 comma 1 c.c., che con un'identica rubrica stabiliva che l'«amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa». In conseguenza di questo criticabile appiattimento sulla norma civilistica, l'art. 2631 c.c. era strutturato come reato di pericolo presunto, ove il danno per la società era relegato al ruolo di mera circostanza aggravante, così negandosi rilievo proprio all'elemento la cui assenza poteva rivelare una coincidenza degli interessi, con esclusione di ogni loro contrasto e, addirittura, la ricorrenza di un vantaggio per la società con il contestuale sacrificio dell'interesse personale.

Senza necessità di ripercorrere gli sforzi della dottrina per una reinterpretazione in chiave sostanzialistica della fattispecie, comunque

respinta da una pronuncia della Cassazione[5], si comprende perché l'art. 2631 c.c. sia stato cancellato con la riforma introdotta dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61: la soppressione di quella norma, volutamente priva di ogni dimensione lesiva, posta a presidio di regole formali di comportamento e di trasparenza neppure in grado di caratterizzare la reale essenza del conflitto di interessi, non avrebbe aperto alcuna lacuna che il legislatore dovesse colmare. Semplicemente, l'incriminazione scomparve senza lasciare traccia di sé (almeno, come vedremo, fino al 2005).

Spostando l'attenzione sul quadro normativo vigente, gli artt. 2621 fino al 2638 c.c., salvo gli artt. 2636 c.c. e 2637 c.c., tipizzano tutti reati propri che, con l'eccezione dell'art. 2633 c.c. concernente i liquidatori, vedono come soggetti attivi ricorrenti gli amministratori. Dunque, si tratta di fattispecie incentrate su abusi di potere e violazioni di doveri, al cui interno si rinvengono due fattispecie intese a regolare il conflitto di interessi: l'infedeltà patrimoniale e la corruzione tra privati, previste rispettivamente dagli artt. 2634 c.c. e 2635 c.c. A esse si aggiunge una disposizione difficilmente decifrabile, costituita dall'omessa comunicazione del conflitto di interessi (art. 2629-*bis* c.c.).

Preliminarmente è opportuna una considerazione. Ragionando sul conflitto di interessi degli amministratori in chiave penale, la disciplina civilistica (in particolare, gli artt. 2373 c.c. e 2391 c.c.) risulta di scarso aiuto, poiché i contenuti del rapporto tra amministratore e soci non esauriscono lo spazio operativo delle incriminazioni ora richiamate, a causa della tutela accordata dagli artt. 2629-*bis* c.c. e 2635 c.c. anche a soggetti esterni alla società o al bene della libera concorrenza. In altre parole, se sul versante civilistico il rapporto tra società e amministratore si articola tendenzialmente sui doveri dell'uno rispetto agli interessi dell'altra (con i problemi che ne derivano al momento di delimitare l'interesse dei soci in rapporto all'interesse sociale e ferma comunque la dilatazione degli obblighi nel caso di società quotate), in materia penale gli obblighi dell'amministratore si dispiegano su un fronte assai più esteso.

Cominciando con il reato di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.), quali siano i suoi elementi costitutivi è presto detto[6]. Sul piano oggettivo, sono

[5] Per tutti L. Foffani, *Reati societari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, 1999, Monduzzi, Bologna, p. 361 e ss. La sentenza richiamata nel testo è Cass., 4 luglio 1989, in «CP», 1991, p. 307.

[6] Nella vasta bibliografia, tra gli altri, E. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, 2016[4], Zanichelli, Bologna, p. 207 e ss.; N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, 2018[4], WoltersKluwer, p. 123 e ss.; A. Rossi, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, 2012, Giuffré, p. 277 e ss.; Seminara, *Diritto penale*

richiesti un preesistente ed oggettivo «interesse in conflitto con quello della società», il compimento o il concorso alla delibera di «atti di disposizione dei beni sociali» e la produzione di un «danno patrimoniale» per la società; sul piano psicologico, al dolo specifico di «procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio» si aggiunge il dolo intenzionale di cagionare il danno. La costruzione in un'ottica privatistica della fattispecie è dimostrata dalla perseguibilità a «querela della persona offesa», sebbene sia incerto se la promozione dell'azione penale spetti all'assemblea dei soci – in forza del tenore letterale della norma («cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale») – ovvero a ogni socio[7].

Dopo l'abrogazione dell'art. 324 c.p. e dell'art. 2631 c.c., la norma in esame può dunque essere assunta come il nuovo volto del conflitto di interessi in materia penale, la cui punibilità risulta connotata da una fitta serie di filtri operanti sul piano oggettivo e psicologico. Tale configurazione restrittiva invero emerge già sul piano definitorio, poiché il conflitto di interessi, posto come un dato della realtà esterno all'agente[8], viene proiettato sul fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, in modo da evidenziare al tempo stesso la necessaria consapevolezza degli interessi contrapposti e la scelta di assecondare quello privato sacrificando l'interesse societario. Inoltre, allo scopo di negare rilievo penale a condotte che potrebbero rivelarsi neutre e incolori, la formula normativa esclude le condotte omissive e tutti gli atti che non consistono in una disposizione di beni sociali.

Infine, la produzione del danno patrimoniale relega al più nella sfera del tentativo le condotte i cui effetti non si siano ancora manifestati a causa della natura differita nel tempo della scadenza del relativo contratto.

Nella prospettiva che in questa sede più ci interessa, la struttura della fattispecie rende chiaro che l'«interesse in conflitto con quello della società» è l'interesse al quale corrisponde il «fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio»; che il conflitto si materializza in «atti di disposizione dei beni sociali»; che il «danno patrimoniale» cagionato alla società rappresenta l'esito del conflitto e la misura della rilevanza penale del fatto. Come si vede, l'«infedeltà» sanzionata dall'art. 2634 c.c. è stata

commerciale, II, *I reati societari*, 2018, Giappichelli, Torino, p. 107 e ss.

[7] Sulla titolarità del diritto di querela si rinvia all'approfondita relazione, svolta in questo convegno, di Carlo Benussi.

[8] Per l'esigenza che il conflitto in capo all'organo gestorio presenti caratteri di attualità e di obiettiva valutabilità come reale ed effettivo antagonismo di interessi, che dovrebbe trovare soluzione, in conformità all'art. 2391 c.c., con la dichiarazione degli stessi, l'eventuale astensione e l'idonea motivazione della delibera, Cass., 16 novembre 2012, n. 3397; Id., 25 ottobre 2011, n. 4244; Id., 6 maggio 2011, n. 20062.

declinata nella versione più garantista, avendo il legislatore voluto escludere ogni margine di indeterminatezza; se solo si pensa alla formulazione degli abrogati artt. 324 c.p. e 2631 c.c., si comprende la strada percorsa, iniziata con un'incriminazione del pericolo presunto e conclusasi con la previsione di un reato doloso di evento, particolarmente qualificato sul piano del dolo.

Spostando l'attenzione sulla corruzione tra privati, nella versione originaria del 2002 essa – come evidenziato anche dalla rubrica «Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità» – si atteggiava come un'infedeltà qualificata, finalizzata al compimento o all'omissione di un atto in violazione degli obblighi di ufficio: seppure l'operatività dell'art. 2635 c.c. fosse estesa alle condotte omissive e il requisito del danno patrimoniale venisse dilatato nel concetto di «nocumento alla società», l'analogia strutturale rispetto all'art. 2634 c.c. era evidente, come confermato pure dalla comune perseguibilità a querela di parte[9]. Senza poterci soffermare sulle modifiche apportate nel tempo alla fattispecie – imposte all'Italia in conseguenza di vincoli eurounitari e sovranazionali – ed evitando di indugiare sui gravi problemi ingenerati dalla vigente formulazione normativa[10], oggi l'art. 2635 non contempla più il nocumento per la società e il reato è procedibile di ufficio: quel che inizialmente era stato concepito come un conflitto di interessi, rilevante esclusivamente sul piano privatistico, attualmente presenta un disvalore proiettato su un bene di natura pubblica come la libera concorrenza nel mercato, cui si collega la perseguibilità di ufficio.

Un cenno finale merita l'art. 2629-*bis* c.c., introdotto con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, che costituisce una norma davvero singolare, intesa a punire – così recita la rubrica – l'«omessa comunicazione del conflitto di interessi». Due stranezze vanno specificamente sottolineate: da un lato,

[9] Per comodità del lettore si riporta il testo originario dell'art. 2635: «*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*. Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni. / La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità. / Si procede a querela della persona offesa». Si noti come, per ragioni rimaste incomprensibili, la norma tipizzasse un'infedeltà qualificata dalla corruzione, tuttavia punita con una sanzione meno grave dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.

[10] La norma è stata modificata dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262, dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e, infine, dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3. Un'attenta ricostruzione storica è in E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, 2018, Giappichelli, Torino, p. 290 e ss. Sull'ultima modifica del 2019 sia consentito il rinvio al mio *I reati di indebita percezione di erogazioni, corruzione pubblica e corruzione privata*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi, S. Seminara, 2019, Giappichelli, p. 108 e ss.

nonostante l'intitolazione, il reato verte sulla violazione dell'art. 2391, comma 1, c.c., il quale invece riguarda l'obbligo degli amministratori di «dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse (…) in una determinata operazione della società», indipendentemente dalla sua conflittualità o coincidenza con l'interesse sociale; dall'altro, malgrado l'anticipazione della soglia di rilevanza penale al momento della mancata comunicazione, la consumazione del reato si lega alla causazione di un danno per la società o anche per terzi, con un'evidente dilatazione della nozione di conflitto di interessi[11]. Le perplessità ingenerate dalla costruzione della fattispecie sono attenuate dalla constatazione dell'assenza di precedenti giurisprudenziali.

In conclusione, sul tema del conflitto di interessi il diritto penale societario presenta una disposizione dedicata all'infedeltà patrimoniale congegnata in un'ottica squisitamente privatistica e culminante nella perseguibilità a querela (art. 2634 c.c.), una concernente la corruzione tra privati collocata in una dimensione pubblicistica che giustifica la procedibilità di ufficio (art. 2635 c.c.) e una mirata specificamente a reprimere il conflitto di interessi, il cui evento è costituito dal danno per la società o per i terzi e risulta anch'essa perseguibile di ufficio (art. 2629-*bis* c.c.).

La diversità dei paradigmi normativi conferma la varietà delle soluzioni tecniche cui può ricorrere il legislatore per la disciplina penale del conflitto di interessi.

Un'ultima considerazione è opportuna. Con la sua fitta rete di requisiti oggettivi e soggettivi intesi a circoscriverne l'ambito applicativo, l'art. 2634 c.c. offre la versione probabilmente più ristretta, tra quelle concepibili, della nozione penalistica di conflitto di interessi; proprio per questa ragione non trova spiegazione la scelta di collocarla tra i reati societari anziché, come reato comune, nel codice penale, accanto all'appropriazione indebita.

[11] Sull'art. 2629-*bis* c.c., tra gli altri, L.D. Cerqua, C.M. Pricolo, *L'omessa comunicazione del conflitto d'interessi*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L.D. Cerqua, L. Luparia, 2016, WoltersKluwer, p. 419 e ss.; G. Lunghini, *Art. 2629-bis*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini, Gatta, III, 2015[4], WoltersKluwer, p. 1898 e ss.; Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 123 e ss.

4. *Il conflitto di interessi nei reati previsti dal testo unico finanziario*

Nella legislazione penale sul mercato mobiliare si rinviene la prima fattispecie introdotta nel nostro ordinamento giuridico in tema di infedeltà: l'art. 167 t.u.f., rubricato come «Gestione infedele».

Invero non può sorprendere che la norma costituisca l'archetipo delle disposizioni penali in tema di infedeltà: da un lato, il conflitto di interessi presenta una dimensione fisiologica nel caso degli intermediari di natura bancaria o vincolati da specifici rapporti societari o negoziali con gli emittenti; dall'altro lato, a causa dell'elevato tecnicismo della materia e dell'accentuata asimmetria informativa tra il professionista e il cliente, l'intermediazione finanziaria è un settore caratterizzato dal pericolo dell'abuso. Si comprende così perché già con il d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, emanato al fine di recepire due direttive comunitarie, il legislatore avesse introdotto nell'art. 38 una norma che di lì a poco sarebbe transitata nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

La disciplina del conflitto di interessi sancita dall'art. 167 t.u.f. ha conosciuto un radicale mutamento nel corso degli anni. Per meglio dire, il fatto tipico è rimasto invariato, consistendo esso nel realizzare operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, «in violazione delle disposizioni regolanti il conflitto di interessi». Quelle che sono cambiate nel tempo sono proprio tali disposizioni, la cui violazione è assunta come presupposto della rilevanza penale della condotta. Originariamente, infatti, la normativa affidava alla Consob il compito di regolamentare l'attività degli intermediari, tra l'altro imponendo loro di organizzarsi in modo da ridurre al minimo i conflitti di interessi (art. 6 comma 2, lett. *b*; art. 21 lett. *a* e *c*; artt. 40 comma 1 lett. *a* e *b* e 50, t.u.f.); oggi, alla luce dell'evoluzione dell'attività degli intermediari, l'obbligo ha subìto una trasformazione, avendo ad oggetto – con un'evidente analogia rispetto ai modelli di organizzazione e gestione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – l'adozione di «ogni misura idonea a identificare e prevenire o gestire i conflitti di interesse che potrebbero insorgere» rispetto alla clientela e l'applicazione di «disposizioni organizzative e amministrative efficaci al fine di adottare tutte le misure ragionevoli volte ad evitare che i conflitti di interesse incidano negativamente sugli interessi dei loro clienti» (art. 21 comma 1-*bis*, lett. *a* e *b*, t.u.f.). In sostanza, all'obiettivo iniziale di una riduzione dei conflitti di interesse è subentrata la loro accettazione, con un conseguente spostamento dell'obbligo sul piano delle comunicazioni da

rendere al cliente[12].

Certo, pensare che questa informazione possa realmente compensare o almeno significativamente ridurre l'asimmetria tra l'investitore e l'intermediario è arduo. In ogni caso, ci troviamo dinanzi a una nuova declinazione della disciplina del conflitto di interessi, ove il peso della violazione gravita su un difetto dell'informazione resa alla controparte e, per il resto, gravita sul dolo specifico di ingiusto profitto e sul danno per gli investitori.

Al di là dei servizi di intermediazione, non sembrano ravvisabili, all'interno dei reati finanziari, ulteriori ipotesi di conflitto di interessi nel senso specificato in apertura di queste riflessioni.

5. *Linee conclusive dell'indagine*

Ripercorrendo l'indagine svolta, siamo partiti da una nozione del conflitto di interessi, in materia penale, riferita a colui che, vincolato per il suo ruolo o per la sua attività a operare nell'interesse dell'istituzione presso cui svolge la pubblica funzione o servizio, dell'assemblea dei soci che lo ha eletto, del cliente che lo ha incaricato o in generale del mandante, risulta titolare di un ulteriore e contrastante interesse.

Questo – si è detto – appare l'antefatto: la rilevanza penale può essere attribuita, come è avvenuto nelle diverse stagioni del nostro ordinamento giuridico, alla violazione dell'obbligo di astensione, indipendentemente dagli effetti o dalla direzione della condotta, ovvero all'esigenza che dalla condotta, sorretta da un dolo specifico di profitto ingiusto, sia derivato un danno. A sua volta, questo danno può essere individuato dal legislatore in riferimento al mandante o può invece essere proiettato su una più ampia dimensione: nel primo caso appare coerente la previsione della perseguibilità a querela, nel secondo caso – in cui la tutela concerne un terzo estraneo o un bene di tipo istituzionale – risulta conseguenziale la procedibilità di ufficio.

Non si danno soluzioni imposte dalla logica, tutto dipendendo dal bene che si intende proteggere o dalla potenzialità offensiva della condotta. Per certo, la natura di *extrema ratio* del diritto penale non consente più

[12] Sul tema, per tutti, L. Foffani, *Art. 167*, in *Commentario T.U.F.*, a cura di E. Vella, II, 2012, Giappichelli, Torino, p. 1725 e ss.; V. Napoleoni, *Gestione infedele*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini, G. Gasparri, III, 2012, WoltersKluwer, p. 2224 e ss.; Seminara, *Diritto penale commerciale*, III, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, 2018, Giappichelli, Torino, p. 29 e ss.

l'incriminazione della violazione di obblighi di astensione, esigendo anche, come risultato dell'abuso dei poteri, la produzione di un danno nel quale prende forma e consistenza il conflitto di interessi. Una volta riconosciuta la necessità di questo requisito – specularmente congiunto, sul versante psicologico, al dolo specifico di ingiusto profitto –, non dovrebbe però dubitarsi dell'opportunità di una generale incriminazione dell'infedeltà patrimoniale che, non limitandosi agli amministratori, ai direttori generali e ai liquidatori di società, abbia come destinatario qualunque gestore di patrimoni altrui.

Andrea Sereni*

Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia

Sommario: 1. Le implicazioni ideologiche della questione – 2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 141 del 2019: il problematico rapporto tra dignità e libertà del *sex worker* – 3. Ideologia e proibizione. La valenza post-ideologica del principio di autoresponsabilità – 4. Oltre la disciplina penale attuale della prostituzione 5. La (in)determinatezza del favoreggiamento e il rapporto col concorso di persone nel reato.

1. *Le implicazioni ideologiche della questione*

Al tempo della promulgazione della legge Merlin (l. 20 febbraio 1958, n. 75)[1], si può pensare a ragion veduta che la volontà del legislatore mirasse a un superamento, nel lungo periodo, del fenomeno della prostituzione, per lo meno a una sua significativa riduzione (c.d. modello abolizionista); ciò anzitutto da un punto di vista etico e ideologico, in una società a quel tempo pronta, nelle sue componenti migliori, a forti investimenti ideali in un futuro di emancipazione della persona, nella prospettiva o di un moderno «socialismo»[2], o di un umanesimo integrale di orientamento, prevalente, cattolico-democratico.

Cosa è rimasto oggi di quel 'magnetismo rivoluzionario'? Probabilmente non molto.

Sul piano specifico della lotta al (mal) costume del prostituirsi, direi che vi è, apertamente o meno, la realistica presa d'atto della prostituzione come fenomeno sociale radicato anche nelle società più avanzate, e che,

* Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Perugia.

[1] Legge 20 febbraio 1958 n. 75: «Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui.».

[2] Il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) «viene ad auspicare, in ultima analisi, la evoluzione democratica e graduale del sistema verso una vera e propria forma di moderno socialismo», così C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1982, p. 408.

anzi, l'avvento del consumismo di massa abbia prodotto quella 'mutazione antropologica', quella semplificazione dell'essere, tutt'altro che ostili alla proliferazione di tendenze dissonanti rispetto ai vecchi umanesimi socialisti o cattolico-democratici volti a un rinnovamento integrale della persona.

D'altra parte, anche un certo radicalismo della libertà, il rifiuto in altre parole di modelli etici imposti, (oggettivamente) incontrovertibili per forza di autorità, depone a favore del paradosso di libere scelte pur eventualmente contrarie al proprio 'bene', perché appunto nessuno può (legittimamente) imporre più un 'bene' di natura morale ad altri. Tutto, insomma, sembrerebbe convergere verso una fatale accettazione, tra analoghi fenomeni controversi della modernità, della prostituzione, intanto in quanto scelta individuale ammessa, ancorché non incentivata, se non addirittura osteggiata dall'ordinamento, realisticamente, e forse a questo punto anche idealmente, non debellabile (*manu militari*).

Nel contesto del 1958, dunque, le cose erano diverse, anzitutto dal punto di vista ideologico. Beninteso, l'aura di rinnovamento morale che accompagnava la nuova legge contro il meretricio, legge che peraltro arrivava in ritardo rispetto ad altri paesi europei come la Francia, si mischiava, e a tratti si confondeva, con un moralismo tradizionale sulla sessualità, ammantato ancora di una terminologia severa e austera oggi sorpassata. Tuttavia, nell'azione di personaggi politici di spessore, proprio come la senatrice Lina Merlin, è fuor di dubbio che la legge di riforma rispondesse invece a un pensiero forte di emancipazione sociale della donna in particolare (la prostituzione all'epoca riguardava in modo pressoché esclusivo le donne); sull'onda di uno slancio, per i tempi, assolutamente moderno, dirompente, a suo modo 'rivoluzionario'. In altre parole, nell'equilibrio tra il vecchio e il nuovo, nella pur inevitabile ibridazione, la legge poteva e può dirsi figlia di un'avanguardia intellettuale che anteponeva nettamente le nuove alle vecchie istanze morali; che pur attraverso lo schermo del tempo della (tutela della) moralità pubblica e del buon costume (sia pur mischiato già alla più moderna istanza della dignità umana), mostrava che l'obiettivo di tutela in realtà riguardava già l'emancipazione progressiva di una intera categoria (/ genere) di soggetti emarginati.

Il sistema abolizionista del '58 assume così un significato meglio intellegibile agli occhi dell'osservatore attuale. Acquista un senso compiuto la vastità dell'arsenale punitivo messo in campo.

Ricordiamo i punti essenziali della riforma: il divieto di esercizio delle case di prostituzione sul territorio nazionale, sotto il controllo dello Stato; le severe sanzioni penali comminate a chiunque contravvenga a un tale divieto;

a chi conceda in locazione una casa o un locale a scopo di esercizio di una casa di prostituzione; al proprietario che tolleri la presenza di prostitute nella propria casa, locale, esercizio pubblico, ecc.; a chiunque recluti soggetti allo scopo di farli prostituire; a chiunque induca una donna a prostituirsi ovvero favorisca in qualsiasi modo lo svolgimento dell'attività di meretricio; a chiunque sfrutti la prostituzione altrui; e poi, il raddoppio di pena previsto per fatti commessi con violenza, minaccia o inganno, ai danni di persona in stato di minorazione psichica, naturale o provocata, di tossicodipendenza, ovvero nell'ambito di un legame familiare, parentale, di servizio domestico o d'impiego, ecc. (artt. 3 e 4 della l. n. 75/1958).

Naturalmente, non pongono particolari problemi le figure di reato riguardanti lo sfruttamento oppure l'induzione di una donna a prostituirsi accompagnata da violenza o minaccia, problematico è invece, più in generale, che l'abolizione delle 'case chiuse' sia stato accompagnata da una strategia della 'terra bruciata' fatta attorno alla prostituzione.

Il soggetto che si prostituisce, infatti, è 'costretto' dalla legge a non beneficiare di alcuna collaborazione (ferma restando la non punibilità sia di chi svolge attività di meretricio[3] sia del cliente[4], e ferma restando l'assistenza prevista per le donne uscenti dalle case di prostituzione).

La cintura di sicurezza costituita dalle norme penali sul reclutamento, sul favoreggiamento, sul divieto di locare appartamenti ecc., recide infatti ogni lecita possibilità di interagire, di tamponare, nell'abbraccio della solidarietà sociale, i rischi connessi a un mestiere particolare, specie, si badi, se svolto in condizioni di solitudine e isolamento. D'altra parte, è proprio il sistema penale ad assecondare l'isolamento, minacciando severe sanzioni a coloro che allaccino rapporti di sostegno alla prostituzione. Sicché le difficili condizioni del mestiere, che a dispetto della legge, continuano a esistere, trovano nella legge stessa una concausa.

Tale normativa mira, in effetti, a tutelare la persona spingendola ad abbandonare il meretricio ovvero a denunciare chi la sfrutta, ma in relazione alle ipotesi di scelta non indotta da altri con mezzi illeciti[5], non v'è dubbio

[3] Era prevista peraltro, per chi si prostituisce, la contravvenzione di adescamento o invito al libertinaggio (art. 5 della legge n. 75 del 1958); contravvenzione, questa, in seguito depenalizzata dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, recante: «Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'art. 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205».

[4] Fatta salva l'ipotesi di prostituzione minorile, rispetto alla quale il cliente è punito ai sensi dell'art. 600-*bis* c.p.

[5] Ovviamente ci riferiamo a individui maggiorenni, capaci di autodeterminazione responsabile.

che questa tutela è in realtà imposta all'individuo attraverso mezzi coercitivi, sebbene punendo altre persone, obbligandole ad astenersi da ogni relazione utile con il soggetto 'tutelato'. Un muro divisorio di sanzioni penali distanzia il 'diverso' dagli altri: *qualsiasi* forma di favore verso l'attività 'degradante' del primo è punita; chi si prostituisce, non è punito, ma si auto-condanna a isolarsi dal resto del mondo in forza anche del contagio penale che distribuisce attorno a sé (una sorta di portatore sano di malattia); e ciò è prescritto per il suo 'bene', per un ideale al quale deve uniformarsi, pena, appunto, una quarantena sociale indotta.

C'è forse riflesso, in questo sistema penale, uno scorcio di secolo, del secolo XX, si vedono in controluce alcune sue caratteristiche indelebili alla memoria: la forza repressiva dello Stato al servizio di programmi ideologici, in vista sì del miglioramento etico e sociale degli individui, ma anche all'occorrenza contro la volontà degli individui stessi e con il loro sacrificio per il 'giusto fine'. È la logica, in altre parole, dell'ideale imposto a forza, dello Stato che ordina la via maestra per la formazione di un'umanità nuova o comunque migliore. Che a questo scopo, non esita, di fatto, ad atomizzare la massa degli individui, a renderli, in certi luoghi, e contesti, anonimi l'uno all'altro, non solidali, isolati cioè nel rapporto con l'autorità. Che, infine, in vista di un (realisticamente) inarrivabile bene ultimo delle persone, non esita a inchiodarle nell'immediato a una vita peggiore di quel che un minor radicalismo (ideologico) consentirebbe.

L'interrogativo, a questo punto, è se nelle condizioni storiche attuali, nel disincanto odierno dinanzi alle 'illusioni' ideologiche del XX secolo, un programma politico, per quanto condivisibile, di elevazione morale della persona, giustifichi ancor oggi l'attuazione di questo programma mediante la forza plasmante della sanzione più dura a disposizione dello Stato. Bisogna chiedersi, in altri termini, se ciò che aveva ancora un senso ai tempi della legge Merlin, lo conservi nel mondo attuale, o se piuttosto non rappresenti ormai un sostanziale anacronismo. Bisogna chiedersi, altresì, se è corretto ritenere di poter forgiare moralità e volontà degli uomini, imponendo un modello di dignità, e un coerente «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, Cost.) – concetto, quest'ultimo, intriso di infiniti e inafferrabili risvolti morali –, operando meccanicamente attraverso una pedagogia della coercizione, una ri-educazione impartita sotto il giogo della pena.

Bisogna interrogarsi, quindi, se oltre certi limiti il ricorso alla penalità non strida irrimediabilmente con l'intrinseco senso libertario della migliore pedagogia, e, in ultima analisi, non contraddica, una tale politica penale, il limite costituzionale liberale delle politiche democratiche di

miglioramento della società, sotto il profilo dei valori etici che ciascuno auto-responsabilmente sceglie di perseguire nel proprio agire sociale.

In sintesi, su questo punto, l'interrogativo attuale è se il mantenimento dell'obiettivo programmatico di emancipazione dalla prostituzione, presente all'origine della legge del '58, non solo debba fare i conti con una realtà recalcitrante a un significativo sradicamento della prostituzione, ma soprattutto non debba porsi il problema se, pur nella perseveranza dell'obiettivo finale, non sia necessario cambiare profondamente parte dei mezzi e delle metodologie attuative dello scopo, in una tollerante convivenza con le forme libere e volontarie di commercio della propria sessualità.

Si fa notare, in tal senso, come le forme odierne della prostituzione siano ben più articolate di un tempo[6].

La prostituzione riguarda oggi non soltanto le donne, ma anche uomini e transessuali e, soprattutto, mostra almeno tre forme fondamentali, dal punto di vista della assenza o presenza di libertà della scelta individuale: la prostituzione forzata, la prostituzione per bisogno e quella volontaria (tipica delle *escort*). Quest'ultima forma rappresenterebbe una netta cesura rispetto al passato. La penalizzazione a tutto campo introdotta dalla legge Merlin sarebbe, dunque, da considerare adeguata alle condizioni passate della prostituzione schiavizzante delle 'case chiuse'; mentre mostrerebbe una certa 'ridondanza', specie per il reclutamento e il favoreggiamento, una volta a contatto con le forme evolute del fenomeno prostitutivo, quelle cioè indipendenti da schiavitù e sfruttamento o da cogente necessità[7].

Orbene, pur essendo innegabile l'evoluzione del costume e della realtà sociale anche nell'ambito della prostituzione, pur memori della diversità del contesto storico, ci sentiamo tuttavia di attribuire alla legge Merlin, sebbene con sguardo retrospettivo, accanto agli indubbi meriti un certo – come detto – radicalismo 'ideologico' che non ha indirizzato, da allora ad oggi, il governo del fenomeno nel modo migliore.

La considerazione uniforme, 'presuntiva', di ogni atto personale di prostituzione come un qualcosa che evochi sempre una latente schiavitù o un possibile sfruttamento, era probabilmente una lettura della realtà già rigida allora, incapace di dar conto degli infiniti e imprevedibili casi della vita, non del tutto idonea, verosimilmente, a eliminare davvero, o per lo

[6] A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della Legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018, Pres. De Cillis, Est. Blattmann D'Amelj, ric. Tarantini e altri*, in «DPC», 2018, 3, pp. 153 ss.; v. pure I. Merzagora, G. Travaini, *Prostituzioni*, in «Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive», a cura di Cadoppi, Dike, Roma, 2014, pp. 38 ss.

[7] Cadoppi, *Ivi*, pp. 157 ss.

meno a ridurre sensibilmente, le forme peggiori di vita delle prostitute. È difficile non concordare, in proposito, con quanti sostengono che «la legge Merlin abbia di fatto alimentato nel tempo l'emarginazione sociale delle prostitute e soprattutto la prostituzione da strada, che rappresenta per l'appunto la forma di esercizio del meretricio più soggetto a sfruttamento ed a pericolose interferenze da parte della criminalità organizzata (anche transnazionale)»[8]. Arduo, dunque, non riconoscere che la cintura di protezione penale costruita dalla legge n. 75/1958 non abbia prodotto un effetto collaterale, sia pure inintenzionale, di perpetuazione di una 'umanità di scarto'.

Anche negli anni cinquanta, si sarebbe potuto tenere a mente del resto il tagliente giudizio di Francesco Carrara, espresso nella seconda metà dell'ottocento, sulla assurdità insita nel fatto che non si punisca la prostituta, dedita al suo 'turpe' mestiere, e «che si carceri invece l'amica di lei che le accomodò una stanza alle opere sue»[9]. Già in quei tempi 'remoti' era visibile l'assurdità di punire semplici forme di solidarietà (pur nel «turpe mestiere») e di aiuto, che non si risolvono, va da sé, in alcun atto di prevaricazione o di sfruttamento.

Se questo è vero, può allora ipotizzarsi una continuità storica, tra passato e presente, nel segno di un certo ideologismo punitivo che uniforma stili di vita, che impone condotte morali.

Peraltro, tra coloro che riconoscono una valenza ideologica al diritto penale della prostituzione, circola l'opinione che questo modello penale corrisponda a una visione etico religiosa del problema, e che dunque una tale disciplina contrasti innanzitutto col principio di laicità (volto ad affermare appunto l'indipendenza dello Stato, e delle sue politiche, da 'verità' religiose)[10].

In realtà, il problema, per lo meno in tema di prostituzione (diversamente da temi 'affini' come quello della eutanasia), vede storicamente una più complessa convergenza tra programmi ideologici diversi. Una compresenza qui, come già si è detto sopra, non soltanto di un'idea religiosa forte, di matrice cattolica, ma anche – soprattutto all'origine della legge del '58 – di

[8] A. Manna, A. De Lia, *Convinzioni etico-religiose e principio di laicità*, in «DPG», 2019, 3, pp. 3-4.; Giunta, *Ivi*, pp. 308 ss.; Cadoppi, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in «AP», 2019, 1, pp. 1 ss.

[9] F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, II, Tipografia Giusti, Lucca, 1870, p. 531; giudizio, questo del Carrara, ripreso già da A. Natalini, *Lettura sociologica del fenomeno di stampo moralistico*, in «GD», 2019, n. 35-36, pp. 53-54 (nota a commento di C. cost., sent. 6 marzo – 7 giugno 2019, n. 141).

[10] Manna, De Lia, *Convinzioni*, cit., pp. 1 ss.

un'idea socialista e marxista, altrettanto forte, nella concezione (dell'uomo e) della donna nella società; entrambe queste componenti ideologiche tese a consolidare quindi, in un quadro di convergenze parallele, un comune sentimento contro ogni mercimonio della sessualità. Un rifiuto netto e assoluto, in una 'sintesi' ideologica a due facce. Da un lato, ed è il profilo religioso dell'ideologia, si afferma il valore della spiritualità umana nella sessualità, che si vuole proiettata verso il 'bene' della procreazione; dall'altro lato, ed è il profilo 'materialista' dell'ideologia, il rifiuto radicale della prostituzione deriva dal rifiuto a monte della subordinazione delle masse agli interessi economici delle classi dominanti, dell'alienazione che ne segue, laddove la ricerca del 'bene' sta nella emancipazione dai bisogni materiali, di (auto-)liberazione dal catalogo ampio delle 'schiavitù' sociali (la libertà da).

In questa prospettiva, soprattutto la sessualità femminile non può concedersi al profitto, essendo ciò inteso, in ogni caso, come asservimento sociale. La volontà della singola persona non può contraddire questo modello di verità (non di fede ma) 'scientifica', senza deformarsi in una non volontà, in una volontà che non può non essere viziata da una qualche anomalia che ne mina alla radice la legittimazione giuridica.

Dicevo all'inizio come di queste grandi cornici ideologiche sia andato progressivamente svanendo nel tempo il contenuto propriamente rivoluzionario, la convinzione fideistica in un futuro radicalmente nuovo del mondo, sebbene associato (dal lato religioso) all'affermazione definitiva di valori antichi, in una sorta di grande compromesso tra rivoluzione e conservazione.

Tuttavia, pur riposte le rassicuranti visioni storicistiche, pur abbandonato, nel parlar corrente, lo stesso termine 'ideologia', restano, sottotraccia, metodi, relazioni di mezzo a fine in chiave ideologica, attraverso cui si vorrebbero governare complessi intrecci tra etica e azione sociale della seconda modernità, risolverli, in un certo senso, secondo metodi tradizionali, ampiamente sperimentati nel corso del XX secolo, come se si volessero fermare le vorticose accelerazioni del nostro tempo, così distruttivo di certezze morali secolari, agitando il vecchio e rigido spauracchio della pena.

Il paradigma ideologico sembra allora subire un'inversione, facendosi portatore adesso più di istanze conservatrici che rinnovatrici, in funzione di freno allo sgretolamento progressivo e inesorabile delle nostre certezze etiche e morali (in quello che molti definiscono espressione di paternalismo penale).

Dinanzi a simili processi di stabilizzazione di un diritto penale totalizzante, la tutela delle diversità, del pluralismo delle idee, nel segno

della libertà di autodeterminazione della persona, si impone all'attenzione come alternativa di governo del relativismo dei valori, realmente appropriata a una società aperta, non più basata sulla punizione, come riaffermazione del valore, ma concepita semmai come politica di incentivo di misure (non autoritarie bensì) promozionali del valore stesso, oppure anche di disincentivo a pratiche contrarie ma non appunto punitive.

Tale alternativa di 'governo' della complessità etico valoriale sembrerebbe anzi imposta dalla nostra Costituzione. Ciò implicherebbe, in materia di prostituzione, un parziale congedo dal diritto penale, quanto meno nei termini esposti dalla Corte di Appello di Bari che, con l'ormai famosa ordinanza di rimessione del 6 febbraio 2018, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8), della legge n. 75/1958, «nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata»[11].

La Corte Costituzionale, tuttavia, con la sentenza n. 141 del 2019[12], ha, come è noto, dichiarato non fondate tutte le questioni sollevate dalla Corte d'Appello barese, concernenti, con riferimento alle norme impugnate, le sospette violazioni degli artt. 2, 3, 13, 25, secondo comma, 27 e 41 della Costituzione.

2. *La sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 2019: il problematico rapporto tra dignità e libertà del* sex worker

Anche se già ampiamente discussi in dottrina, rivediamo ancora i passaggi fondamentali nella decisione della Corte Costituzionale. Essa evidenzia anzitutto l'assenza di una strategia univoca a livello internazionale e di discipline nazionali sulla prostituzione[13]. Viene sottolineato, in

[11] Ordinanza reperibile in <http://www.giurcost.org>.

[12] C. cost., 6.3.2019 - (dep.) 7.6.2019, n. 141, in <http://www.giurcost.org>; v. pure C. cost., 6.11.2019 - (dep.) 20.12.2019, n. 278, *ivi*, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal G.U.P. Trib. Reggio Emilia, oltre che in relazione al favoreggiamento, anche in relazione alla tolleranza abituale dell'esercizio della prostituzione di cui all'art. 3, primo comma, n. 3) l. n. 75/1958, riproponendo le medesime argomentazioni a sostegno della infondatezza già esposte nella sent. n. 141/2019 (v. F. Bacco, *La disciplina penale della prostituzione al doppio vaglio della Consulta, tra giudizi di fatto, moralismo penale e ragionevolezza giudiziale*, in «SP», 6 luglio 2020, pp. 5 ss.).

[13] Esprime parziale scetticismo sulla scelta dei giudici costituzionali di allargare lo sguardo alle normative estere sulla prostituzione, interrogandosi sul grado di neutralità

proposito, il relativismo che caratterizza il giudizio politico sul fenomeno in particolare della prostituzione volontaria. Diversi, anche profondamente, appaiono gli approcci e i modelli di disciplina ricavabili dall'esame delle singole legislazioni interne, anche se poi, a parere della Corte, le soluzioni normative in campo possono essere ricondotte a una «preliminare opzione tra due visioni alternative»[14].

Secondo una prima visione, la prostituzione va regolata opportunamente, più che combattuta, per governare sicurezza e rischi connessi al mestiere (il c.d. modello regolamentarista).

Nella visione rivale, invece, la prostituzione costituisce sempre un fenomeno da debellare penalmente, perché, al fondo, non rappresenterebbe mai esercizio autentico di libertà, ledendo comunque la dignità umana, oltre all'indubbia rilevanza dei rischi per la salute e per la sicurezza individuale che questo tipo di attività comporterebbe per il soggetto (c.d. modello abolizionista).

All'interno di queste due grandi opzioni, si collocano combinazioni e varianti che possono costituire anche vere opposizioni all'interno della stessa opzione. Sicché al c.d. regolamentarismo classico originario della Francia, al quale si era ispirato, sotto il regime fascista, il sistema delle 'case di tolleranza' abolito poi dalla legge Merlin, si contrappone il regolamentarismo contemporaneo, o neo-regolamentarismo, che, in modo radicalmente diverso dal passato, sia pur conservandone, in certo senso, il realismo di fondo, mette in primo piano le istanze liberali di tutela dell'autodeterminazione sessuale; un modello, questo, adottato a partire dagli anni '90 del secolo scorso da Olanda, Austria, Germania, Svizzera, e teso a implementare, accanto alla salvaguardia della libertà di scelta, le c.d. procedure di riduzione del danno, volte «a limitare le conseguenze negative che la vendita di prestazioni sessuali può comportare»[15].

Nella logica della regolamentazione, la tutela penale si concentra sulle forme di aggressione alla libera e genuina formazione della volontà di prostituirsi, sul controllo o sullo sfruttamento di tale attività, mentre le differenze principali, tra vecchio e nuovo modello regolamentare, vanno a cadere essenzialmente sulla disciplina extrapenale, sul rapporto tra lo Stato e chi esercita il *sex work*, e dunque sui principi che regolano un tale rapporto.

Sul versante alternativo alla concezione regolamentarista, quello

della classificazione delle discipline nazionali proposta dalla Corte, A. Di Martino, *È sfruttamento economico e non autodeterminazione sessuale: la Consulta salva la legge Merlin*, in «DC», 20 giugno 2019, p. 2.

[14] C. cost., 6.3.2019 - 7.6.2019, n. 141, cit., pp. 17-18.

[15] C. cost., 6.3.2019 - 7.6.2019, n. 141, cit., p. 22.

abolizionista, le soluzioni normative adottate possono divergere quasi altrettanto significativamente, sebbene le relative distanze si apprezzino qui più direttamente sul piano penale.

Così, da un lato, vi è un abolizionismo 'vecchia maniera', quello della legge Merlin, per intendersi, che pur disseminando tagliole penali intorno e a 'protezione' di chi si prostituisce, lascia tuttavia immune da responsabilità il cliente[16]. Dall'altro lato, dalle asserite insufficienze delle politiche abolizionistiche, ha preso piede un neo-proibizionismo teso viceversa ad ampliare ulteriormente la protezione indiretta del soggetto 'debole', punendo anche colui che, attraverso la 'domanda' del servizio sessuale (il cliente appunto), alimenta lo sfruttamento altrui. Di nuovo, le soluzioni adottate possono rivelarsi più o meno severe, più o meno radicali. Nel Regno Unito[17], per esempio, il cliente viene punito solo quando ottenga la prestazione sessuale da una persona vittima di prostituzione forzata; diversamente, in Svezia, dal 1999, a seguire in altri paesi del Nord Europa, e di recente anche in Francia[18], il cliente è punito a prescindere dalla condizione in cui il soggetto che offre la prestazione sessuale si trovi (versione, questa, evidentemente più radicale e severa rispetto alla prima).

Va da sé che, dalle due fondamentali opzioni indicate dalla Corte Costituzionale, regolamentarismo e abolizionismo, occorre tenere ben distinto, per meglio intendere la questione, il paradigma proibizionista tradizionale che, considerando illecita la prostituzione, rende punibile lo stesso soggetto che si prostituisce (un paradigma, questo, tuttora presente in diversi paesi dell'Europa orientale, negli Stati Uniti d'America, per non parlare di realtà assai diverse dalla nostra, come nei paesi musulmani, dove il trattamento penale delle prostitute può toccare punte di estrema severità). Il nuovo corso proibizionista, tuttavia, si distacca dal tronco della tradizione, e può quindi essere legittimamente ricondotto al filone abolizionista, perché condivide con questo la *liceità* e la vittimizzazione del prostituirsi, il fine di svellere le condizioni favorevoli alla prostituzione, alla luce del quale fine va apprezzata la responsabilità penale del cliente 'consumatore'.

Questo connubio tra abolizionismo e neo-proibizionismo costituisce, d'altra parte, la strategia che viene caldeggiata a livello europeo. La Corte Costituzionale richiama, da un lato, la direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, riguardante «la prevenzione e la

[16] Fatta eccezione, come già ricordato, per la prostituzione minorile.

[17] Si veda il *Policing and Crime Act* del 2009.

[18] Art. 611-1 del codice penale francese, ipotesi criminosa (punita con pena pecuniaria) aggiunta nel codice dalla legge 13 aprile 2016, n. 2016 - 444.

repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime», con cui si invitano gli Stati membri a impegnarsi «per ridurre la "domanda" che è alla base del traffico di esseri umani, anche valutando la possibilità di prevedere come reato l'utilizzo di servizi che sono oggetto di sfruttamento, qualora l'agente sia a conoscenza che la persona è vittima di tratta»; dall'altro lato, viene ricordata la risoluzione del Parlamento Europeo del 26 febbraio 2014, su «sfruttamento sessuale e prostituzione, e loro conseguenze per la parità di genere», nella quale risoluzione è visto con favore il «modello nordico», più radicale, con cui, come detto, si punisce il cliente «a prescindere dalle caratteristiche della persona che offre i servizi sessuali e dalla condizione di soggiogamento o di necessità in cui essa eventualmente si trovi»[19].

Dunque, in uno scenario europeo e internazionale così composito, sia pure esso ricondotto a due sole opzioni fondamentali, è apparso da subito improprio alla Corte legare le mani al legislatore, imponendogli costituzionalmente di non punire determinate ipotesi criminose, come quelle appunto del reclutamento e del favoreggiamento di chi liberamente si prostituisca, ipotesi che possono, viceversa, già 'giustificarsi' alla luce del confronto tra ordinamenti. Nel gioco della concorrenza e nell'ottica di un proficuo interscambio tra le nazioni, è comprensibile che al legislatore si voglia lasciare libertà di movimento adeguata, in vista di una costruttiva cooperazione europea e internazionale.

D'altro canto, ed è questo il tema principale, la diversità delle soluzioni politico criminali adottate nel mondo deporrebbe per un relativismo globale nel bilanciamento dei valori in campo, tale, sembrerebbe, da eliminare alla radice la stessa fondatezza di un giudizio univoco di illegittimità, in sede interna, di specifiche scelte punitive esercitate o esercitabili in ordine alla prostituzione.

Naturalmente ciò non basta, lo sfondo comparato, sovranazionale e internazionale non risolve certo, in un senso o nell'altro, il vaglio delle norme interne al cospetto delle regole sancite nella Costituzione; tale sfondo di più ampio contesto può rappresentare sì un argomento importante, a favore o contro una certa soluzione, ma non l'argomento decisivo.

Gli argomenti 'risolutivi' fatti propri dalla Corte Costituzionale a smentire l'ipotesi dell'incostituzionalità delle norme impugnate dal giudice rimettente, infatti, sono altri. Un ruolo centrale gioca il rifiuto della tesi espressa dal giudice *a quo*, secondo cui l'attività di meretricio volontaria costituirebbe espressione della libertà di autodeterminazione sessuale, qualificabile come diritto inviolabile della persona garantito dall'art. 2 Cost.

[19] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 22.

Su questa linea, viene negato che si possa, alla luce dello stesso art. 2, garantire la liceità di condotte di intermediazione (reclutamento) o di favoreggiamento, supponendo che la Costituzione possa garantire l'eliminazione di ogni ostacolo contrario al pieno sviluppo della libertà di autodeterminazione dell'individuo anche se diretta al commercio della propria sessualità (nella concezione dei giudici pugliesi la tutela della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41, comma primo, Cost. trova il suo referente maggiore nell'art. 2 Cost.).

A monte di tutto si osserva che, a stretto rigore, le tesi del giudice rimettente avrebbero, se fondate, una forza espansiva che andrebbe chiaramente oltre le fattispecie di reclutamento e di favoreggiamento suddette. Si tratterebbe di una rivoluzione copernicana della normativa in esame. In effetti, all'interno della medesima logica di valorizzazione dell'autodeterminazione sessuale, «sarebbero destinate a cadere», per illegittimità costituzionale, «anche tutte le altre previsioni punitive dell'art. 3 della legge n. 75 del 1958 che colpiscono forme specifiche di "cooperazione" alla prostituzione altrui, non importa se remunerate»[20]. E ancora, sarebbe in dubbio la stessa legittimità della figura delittuosa dell'induzione alla prostituzione (art. 3 numeri 5 e 6 della legge cit.), ove scevra da forme di inganno o di coartazione della volontà del soggetto indotto. Non si comprenderebbe più perché punire «la persuasione ad effettuare una certa opzione, anziché un'altra», finché la scelta indotta rientri tra le «possibili modalità alternative di esercizio di un diritto inviolabile della persona»[21].

In realtà, il collegamento tra diritti inviolabili della persona e principio di solidarietà che rimanda anche all'art. 3, coma 2, Cost., e dunque al principio di eguaglianza sostanziale, fa sì che, per il Giudice delle leggi, i diritti individuali vadano colti in una prospettiva di tutela più ampia di sviluppo della personalità, da cui rimane giocoforza estranea l'attività di prostituzione, giacché, intrinsecamente contraddittoria, per così dire, con l'idea stessa di uno sviluppo 'positivo' dell'essere umano. Discende da ciò la rilevanza puramente economica dell'attività di meretricio, e di conseguenza la sua esclusiva riconduzione all'art. 41 Cost. e ai limiti qui richiamati in ordine all'esercizio della libertà d'iniziativa privata[22]. La «sessualità dell'individuo» non sarebbe «altro, in questo caso, che un mezzo per conseguire un profitto: una "prestazione di servizio" inserita nel quadro

[20] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 23.
[21] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 24.
[22] C. cost., 6.3.2019-7.6.2019, n. 141, pp. 24-25.

di uno scambio sinallagmatico»[23]. In tale contesto, la liceità del prostituirsi, la stessa riconosciuta tassabilità dei proventi[24], non contrasterebbero, bensì rafforzerebbero la collocazione di simile «prestazione di servizio» nel solo alveo segnato dall'art. 41 Cost.

Lo sganciamento della prospettiva di valutazione dall'art. 2 Cost. consente alla Corte costituzionale di valorizzare, in rapporto alla prostituzione, i limiti all'attività economica indicati dal comma 2 dell'art. 41 sopra citato, sottolineandosi qui in particolar modo il contro valore della dignità umana, collocando il tutto, quindi, dentro uno schema di risoluzione del 'conflitto' tra libertà e dignità a vantaggio della dignità.

Anche scelte apparentemente libere contrasterebbero, in questo caso, con una idea forte di dignità dell'essere umano associata alla presunta *vulnerabilità* del soggetto decidente.

La Corte, infatti, contro l'idea di una prostituzione volontaria, accoglie un parametro storico sociologico valutativo secondo il quale, quand'anche non si sia in presenza di conclamate forme di prostituzione forzata o necessitata, la scelta di 'vendere sesso' dipenderebbe comunque, «nella stragrande maggioranza dei casi», da fattori limitanti o condizionanti la libertà di autodeterminazione dell'individuo. Non solo fattori di ordine economico, ma anche «situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la *naturale riluttanza* verso una "scelta di vita" quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede» (corsivo aggiunto)[25].

Insomma, sarebbe arduo qui tracciare la linea di confine tra decisioni realmente libere e decisioni solo apparentemente libere, il che renderebbe difficile tradurre, in formule normative astratte, tale fluida e problematica distinzione. Senza contare i pericoli a cui le persone che pure inizialmente pongano sé stesse in modo volontario sul 'mercato' si espongono a contatto con i clienti (pericoli di violenza fisica, contagio di malattie ecc.).

Ecco, dunque, che al cospetto di un concetto di dignità inteso in senso oggettivo, cioè non rimesso alla singola sensibilità personale (dignità in senso soggettivo), il legislatore di un determinato momento storico, facendosi interprete del comune sentimento sociale, può del tutto legittimamente ravvisare anche nella prostituzione c.d. volontaria «una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente». Coerente con questa visione è,

[23] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 25.

[24] Cass. civ., Sez. trib., 4.11.2016, n. 22413, in <http://www.ledaritacorrado.it>.

[25] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 26.

perciò, la scelta da un lato di tutelare il «soggetto debole» che si prostituisce, non sottoponendolo ai rigori della legge penale, dall'altro di scoraggiarne l'attività punendo i terzi che con essa «interagiscano»[26]. Viene affermata, in sostanza, un'etica della dignità associata a un'etica della vulnerabilità.

L'esercizio della libertà di prostituirsi è considerato, a ben vedere, non un danno per gli altri bensì un male per lo stesso individuo che esercita la libertà. L'ordinamento tutela l'individuo anzitutto da sé stesso, dalle sue scelte di vita *oggettivamente* non dignitose e, in fondo, mai veramente libere. In un certo senso, è la contrarietà al proprio bene morale il primo indicatore della fragile libertà esercitata dal soggetto, della sua debolezza socialmente condizionata[27]. La dignità si abbina così a un paradigma vittimario che giustifica al contempo la non punibilità di colui che si prostituisce e la punibilità di coloro che aiutano il soggetto a 'farsi del male', per così dire, prostituendosi.

Vediamo ora, in estrema sintesi, gli argomenti esposti dalla Consulta per escludere che reclutamento e favoreggiamento della prostituzione violino il principio di offensività, e, in relazione al favoreggiamento, il principio di determinatezza e tassatività della fattispecie.

Anzitutto, viene riproposta la distinzione, consolidata nella giurisprudenza costituzionale, tra offensività in astratto e offensività in concreto. Poi viene richiamata l'evoluzione ultima della giurisprudenza ordinaria tesa a focalizzare il bene tutelato dalla legge Merlin sulla dignità (piuttosto che sulla libertà sessuale) della persona[28]. Su queste premesse, la Corte afferma allora che, fatta salva la legittimità in astratto delle ipotesi di reato sottoposte al suo esame in funzione dell'offesa a un tale bene, il giudice, in ogni caso, può e deve escludere la criminosità della condotta ove *concretamente* priva di «ogni potenzialità lesiva»[29].

Nessun vizio di costituzionalità è ravvisabile dunque neppure da questa visuale, perché il correttivo dell'accertamento in concreto consentirebbe di

[26] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 27.

[27] A favore della dignità in senso soggettivo, Cadoppi, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 14 ss.; R. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in «FQC», 26 novembre 2019, pp. 1 ss.

[28] Tra le altre, Cass. Sez. III, 19.7.2017-7.2.2018, n. 5768, in «Dejure».

[29] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 30. Questo, peraltro, è uno dei punti ritenuti in dottrina meno chiari, dove cioè possono cogliersi talune ambigue aperture, da parte dei giudici costituzionali, al rilievo esimente, in concreto e in casi limite, di una reale e consapevole volontà di prostituirsi, v. M. Picchi, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in «FQC», 8 settembre 2019, pp. 9 ss.

precisare, per così dire, volta per volta, lo stesso profilo astratto dell'offesa di pericolo (per la dignità della persona, par di capire) tipizzata dalla legge[30].

Per quanto riguarda infine la questione sollevata in ordine alla insufficiente determinatezza del fatto di favoreggiamento, la questione è risolta attraverso una più ampia comparazione effettuata, potremmo dire, 'in negativo'. Infatti, la formula «chiunque in qualsiasi modo favorisca […] la prostituzione altrui», oltre a rimandare a un concetto generale di favoreggiamento «di ampio e sperimentato uso» nel diritto penale, soprattutto non si mostra «affatto più indeterminata di quanto lo sia la generale disposizione sul concorso di persone […] (art. 110 cod. pen.), costruita anch'essa come clausola sintetica» (più persone che concorrono nel medesimo reato) (favorire la prostituzione non è altro, del resto, che una forma di concorso materiale, sia pure *sui generis*, in tale attività)[31].

Eventuali incertezze applicative vanno di conseguenza risolte attraverso la «fisiologia dell'ermeneutica giudiziale» non potendo esse, per la Corte, tradursi, per ciò solo, in vizi di determinatezza/tassatività della fattispecie di reato[32].

Così concludendo, la Corte lascia dunque il legislatore futuro libero di riformare, se vorrà, la materia, di cambiare strategia anche valorizzando la funzione propulsiva del diritto penale[33], ma senza presupporre qui una via costituzionalmente obbligata tra le varie possibili[34].

Se questo, grossomodo, è il quadro complessivo dei rilievi formulati dalla Corte costituzionale, veniamo ora a ridiscuterne i singoli passaggi, non senza, prima, aver chiarito un dato preliminare all'intera questione.

Non v'è dubbio che una parte consistente della società civile manifesta un fastidio, anzi, una resistenza forte a liberalizzare il meretricio e a sottoporlo

[30] Cfr. G. Baffa, *La condotta di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione nell'ambito del libero esercizio di prestazioni sessuali. A proposito della sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale (caso Tarantini)*, in «GPW», 2019, 10, p. 19.

[31] C. cost., 6.3.2019, n. 141 cit., pp. 30-31.

[32] Secondo la C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., pp. 30-31, la controversa distinzione di matrice giurisprudenziale tra il favorire la prostituzione e il favorire chi si prostituisce in quanto persona, la prima forma punibile, mentre la seconda no, mira «proprio a evitare indebite dilatazioni della sfera applicativa della figura criminosa», e quindi questa finalità farebbe passare in secondo piano le incertezze di confine esistenti, nella stessa prassi, tra i due concetti (ad es., Cass. Sez. III, 4.2.2014 - 17.2.2014, n. 7338, in «Dejure»; Cass. Sez.III, 22.5.2012 - 21.9.2012, n. 36595, in «Dejure»).

[33] Baffa, *Ivi*, p. 20.

[34] In tal senso, la C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 29, precisa che l'incriminazione delle «condotte parallele» alla prostituzione non costituisce «una soluzione costituzionalmente imposta».

eventualmente a una nuova regolamentazione. Pur senza ammetterlo apertamente, si confida nella funzione del diritto penale come mezzo di conservazione di valori morali ormai traballanti, come argine all'avvento di una società poco rassicurante, senza più solidi principi.

Sennonché la preoccupazione, non priva di ragioni, di un decadimento dei costumi, questo 'danno' che nella società si avverte, non è più in grado di legittimare, rispetto al problema che ci impegna, il ricorso alla sanzione penale da parte dello Stato. Questa conclusione appare corroborata, almeno implicitamente, dalla stessa Corte Costituzionale. Infatti, se nell'atto del prostituirsi fosse ravvisabile ancora un danno verso gli altri, una forma di corrompimento dei costumi, dovremmo ricorrere a una riproposizione, magari in termini (formalmente) aggiornati, della 'vecchia' tutela penale della morale pubblica dominante.

In realtà, ciò, sulla base di una lettura sistematica della sentenza, è implicitamente escluso dallo stesso giudice delle leggi, il quale di fronte all'obiezione di un riproporsi, dietro lo schermo della dignità umana, di schemi sorpassati di tutela del buon costume, si limita a ribadire ciò che aveva già affermato qualche pagina addietro, e cioè che la tutela penale va riguardata in funzione della salvaguardia dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili e quindi della loro stessa dignità[35]. Ne segue, e questo è il dato da sottolineare, che la punibilità del favoreggiamento e del reclutamento, a fronte di una prostituzione (apparentemente) 'libera', non possa più giustificarsi in una prospettiva di tutela della morale collettiva, cioè a dire del mondo esterno al soggetto. Il fondamento punitivo risiede e si esaurisce nella protezione dello stesso soggetto che esercita la prostituzione. Si tratta, insomma, di una tutela tutta ripiegata su questo individuo; una tutela che vuole dissuaderlo da un comportamento non dignitoso verso di sé, e che impone agli altri, vietando talune azioni, di non assecondarne l'autolesionismo morale.

Sgombrato il campo dal dubbio che, nel ragionamento della Corte, il richiamo alla tutela della dignità umana possa *legittimamente* intendersi come un ritorno alla salvaguardia di interessi pubblici 'esterni', quale il

[35] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., pp. 29-30, l'obiezione è quella sollevata dalle parti costituite (p. 29) preoccupate che il richiamo alla dignità mascheri un ritorno alla tutela della morale dominante; sulla base di quanto sostenuto nel testo, non condividiamo l'opinione (De Lia, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in «FQC», 20.6.2019, pp. 5 ss.) secondo cui la Corte non avrebbe preso posizione circa la definizione del bene giuridico tutelato dalle norme penali della legge Merlin; contro il paternalismo penale insito nella tutela della dignità della persona che si prostituisce, già Cadoppi, *Moralismo penale e prostituzione*, in «IP», 2019, 1, pp. 4 ss.; F.P. Lasalvia, *"Libero sì, ma non a pagamento". Legge Merlin, sesso e diritto penale*, in «AP», 2019, pp. 1ss.

buon costume, non resta che esaminare più a fondo il nodo centrale della connessione tra libertà e dignità nella prostituzione volontaria.

Nella sentenza qui in esame, come s'è visto, la dignità della persona è posta in antitesi alla sua libertà, intesa in realtà come una non-libertà (nel momento in cui si sceglie, sotto il torchio dei condizionamenti, di prostituirsi). Tuttavia, il dato di partenza è che, per la Corte, la libertà di prostituirsi non è riconducibile ai diritti inviolabili dell'uomo *ex* art. 2 Cost., in quanto la destinazione economica impressa alla sfera sessuale, il farne mercato, fuoriuscirebbe appunto dal cono d'ombra di tale articolo per trovare esclusiva ospitalità sotto il tetto dell'art. 41 Cost., incrociando i limiti ivi previsti, segnatamente quello del rispetto della dignità umana.

Già da questo punto di vista sorgono però delle perplessità. Infatti, sembra più stringente, per coerenza logica, quanto sostenuto dalla Corte d'Appello di Bari, nell'ordinanza di rimessione, e cioè che la libertà di autodeterminazione riconosciuta all'individuo dall'art. 2 Cost. in relazione alla propria sessualità non possa non implicare finanche la libertà di lucrarne. In una visione autenticamente liberale della sessualità, questa merita tutela per se stessa, e non in funzione delle finalità perseguite. È lecito dubitare che l'art. 2 cit. tuteli la libertà di autodeterminazione sessuale solo se proiettata verso finalità diverse dal guadagno economico: ad es., per procreare, per amore, per puro desiderio. La facoltà di autodeterminazione va salvaguardata invero come atto libero da fini. Altrimenti si finisce con l'imporre all'esercizio della sessualità stili di vita e valori morali eteronomi, comprimendo la libertà sessuale dentro una visione (etica e) 'ideologica di Stato'[36].

Finché, dunque, l'espressione della propria (valida) autodeterminazione sessuale non vada a danno di altre persone, e ciò è appunto da escludere nel caso della prostituzione, il significato finalistico dell'atto o dell'attività sessuale compete al nucleo più intimo della libertà, cioè al dialogo dell'individuo con sé stesso, al confronto dialettico tra modelli, valori o anche assenza di valori, che egli risolve in funzione della scelta di comportamento da compiere. Sicché fare della sessualità un'attività di scambio economico, imprimerle cioè una finalità professionale, non recide il cordone ombelicale col diritto inviolabile, proprio perché il fine pur eticamente controverso non muta la natura di questo diritto. Esso non ammette più, per la sessualità, una valutazione di «adeguatezza sociale» imposta dall'alto. Si rivela, dunque, subito discutibile

[36] Sulla vocazione "totalitaria" della libertà di autodeterminazione, «nel senso che essa ha la tendenza a imporsi come una libertà per così dire "vuota di fini", che aspira ad affermarsi proprio in quanto autodeterminazione indipendentemente dai contenuti oggetto della volontà individuale», F. Palazzo, *La tutela della persona umana: dignità, salute, scelte di libertà*, in «DPC», 23 settembre 2019, p. 8.

la direzione di scopo che, a mezzo dell'art. 3 comma 2 Cost., viene impressa dalla Corte Costituzionale ai diritti inviolabili, segnatamente al diritto di libertà sessuale, verso il «pieno sviluppo della persona umana». Ciò perché questa direzione di scopo viene concepita, in un'ottica di solidarietà, 'sovrapponendo' alla libertà sessuale della persona un modello 'positivo' di sviluppo che scarta la prostituzione in quanto non corrispondente al modello. Così ragionando, riesce tuttavia difficile credere a un reale superamento della tutela della moralità pubblica e del buon costume, esprimenti la supremazia delle convinzioni sociali dominanti sulle convinzioni individuali. L'unica diversità col passato, nel valorizzare oggi il bene della dignità umana, sta nel fatto che l'adeguamento alla morale comune è ora concepito in funzione non della collettività, quanto dell'individuo e della sua supposta evoluzione verso un pieno sviluppo di sé. Sta di fatto che l'effetto è sempre lo stesso e cioè, appunto, l'imposizione di valori 'normalizzanti' pur con riguardo ad aspetti intimi della vita (sessuale).

Frutto, dunque, di latente contraddizione appare il convincimento della Corte Costituzionale, che vede, come si è detto, una cesura netta tra libertà di autodeterminazione sessuale garantita dall'art. 2 Cost. e impiego remunerato di tale libertà[37]. Il *sex work*, anche se non forzato o necessitato, colliderebbe così con la dignità umana intesa in senso oggettivo, cioè alla stregua dell'opinione comune (art. 41, comma 2, Cost.) (ciò in coerenza con il forte legame previamente posto tra gli art. 2 e 3 Cost.[38]).

La tesi contraria privilegia viceversa la dignità 'personale' o soggettiva[39]. Prioritario rilievo avrebbero le convinzioni del soggetto, il modo con il quale egli, individualmente, vive e valuta, in termini etico morali, il proprio comportamento[40]. Il che comporta, evidentemente, riconoscere nella prostituzione volontaria un fattore di esclusione del rischio penale per chi recluta o favorisce tale attività.

Non sembra, tuttavia correttamente impostata questa contrapposizione, tra oggettivo e soggettivo, nei termini con i quali essa è proposta generalmente.

[37] In questi termini la Corte Costituzionale precisa il rapporto con la propria precedente decisione, sent. n. 561 del 1987, con la quale è stata ricompresa tra i diritti inviolabili *ex* art. 2 Cost. anche la «libertà sessuale», come diritto soggettivo assoluto, in quanto «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana».

[38] Il concetto di «dignità» compare tre volte in Costituzione, la prima proprio nell'art. 3, comma primo (come «pari dignità sociale»), poi nell'art. 36, comma 1, e infine nell'art. 41, comma 2, cfr. Picchi, *Ivi*, pp. 13 ss.

[39] Cfr. S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2008, pp. 241 ss.

[40] Cadoppi, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 21 ss.

La dignità umana è un valore intriso di contenuto etico, filosofico; non contiene 'verità' scientifiche, si basa non su evidenze inoppugnabili, bensì su valutazioni storicamente condizionate da influenze culturali magmatiche, complesse e relative. Dunque, nel rapporto tra prostituzione volontaria e dignità, non c'è vera dicotomia tra oggettivo e soggettivo, cioè tra un accertamento rigoroso e un gusto personale della dignità, che sfugge nella realtà inafferrabile dello spirito. La dignità va declinata piuttosto secondo la dialettica delle opinioni, dove l'oggettivo e il soggettivo si mescolano secondo misure di consenso variabili. Perciò anche quando parliamo di dignità 'soggettiva', in effetti facciamo implicito riferimento a concezioni minoritarie della dignità stessa alle quali il singolo fa, magari inconsapevolmente, appello, e alle quali il suo pensiero e la sua azione possono essere legittimamente ricondotti. Non manca quasi mai, cioè, una parte o anche solo un frammento di oggettività nel quale il suo soggettivo sentimento di ciò che è dignitoso possa esservi, in qualche modo, ricompreso.

Accogliere il presupposto, per la prostituzione, e in generale per i temi eticamente sensibili, che esista giuridicamente una dignità umana in senso oggettivo, opposta a una puramente soggettiva, vuol significare riconoscere una supremazia assertiva di valori forti su altri deboli, quando poi una tale supremazia poggia, non sull'inoppugnabile 'natura delle cose', ma sulla forza dell'opinabile e mutevole giudizio di maggioranza. Gruppi, associazioni anche femminili, intellettuali, persone comuni considerano la prostituzione volontaria un lavoro non immorale, meritevole di tutela e riconoscimento sociale. Si tratta, a ben vedere, di idee dalle alterne fortune, a giudicare dal variegato panorama legislativo mondiale, idee non prive, in ogni caso, di validi argomenti a sostegno (rispetto, ad esempio, a un'effettiva tutela della sicurezza del *sex worker* e a una regolarizzazione dei suoi guadagni, come anche rispetto a una concezione della sessualità emancipata da antichi moralismi).

Ora, di fronte a questa diversità di vedute nello scenario globale, si capisce come la soluzione corretta stia nell'accoppiare dignità e autodeterminazione, dignità e autonomia, e non nel contrapporle[41]. Torniamo a quanto detto

[41] Conf. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione*, cit., pp. 4-5, il quale richiama, nella giurisprudenza costituzionale, a favore di tale abbinamento, la sentenza n. 144/2019 (in cui è valorizzato «il maggior rispetto dell'autonomia e della dignità della persona disabile» nei rapporti tra questi e l'amministratore di sostegno), la sentenza n. 114/2019 (in cui, in relazione alla legislazione più recente sulle persone con disabilità, è manifestato apprezzamento per l'atteggiamento di tale legislazione «più rispettoso della loro autonomia e della loro dignità», di quanto non fosse nel passato), e infine l'ordinanza n. 207/2018, sul caso Cappato (dove si afferma, come è noto, che imporre alla persona «un'unica modalità per

sopra. Il punto di necessaria sintesi, tra l'oggettivo e il soggettivo della dignità, non può non risiedere nella scelta della persona, se e in quanto capace di autodeterminazione responsabile: nel nostro caso, nella sua personale valutazione di stili di vita sessuale disponibili al confronto nel vasto campionario della società, e nella decisione di optare, tra queste eterogenee *chance*, per quella più confacente per sé. La dignità concepita come limite oggettivo esterno alla volontà di prostituirsi finisce col veicolare, dunque, una quasi inevitabile reviviscenza «di concetti di moralità pubblica e di buon costume, di standard etici imposti all'individuo»[42].

D'altra parte, nella stessa giurisprudenza costituzionale è risultato tutt'altro che facile restare coerenti in ordine al rilievo da attribuire ora alla dignità in senso oggettivo ora a quella in senso soggettivo. Così, si è notato in dottrina che per il caso Cappato e la questione del fine vita in relazione all'aiuto al suicidio, nella famosa ordinanza n. 207 del 2018, per ben cinque volte la Consulta avrebbe patrocinato una concezione soggettiva della dignità dell'aspirante suicida, a sostegno della non punibilità, a determinate condizioni, dell'aiuto a suicidarsi, contro invece la lettura «marcatamente oggettiva, enucleabile invece dal tenore della sentenza n. 141 del 2019 in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione»[43]. Il che spiegherebbe, poi, il motivo per il quale nella sentenza n. 242 del 2019, successiva all'ordinanza richiamata, sempre sul caso Cappato, la «dignità» finisca invece in secondo piano nell'accoglimento della questione di costituzionalità. Avrebbe prevalso, questa è l'ipotesi, la preoccupazione di «scongiurare un possibile cortocircuito» tra le due aree tematiche all'attenzione della Corte: fine vita e prostituzione[44].

Se così fosse, tuttavia, anche da ciò si coglierebbe un diverso peso delle ideologie, una diversa misura del consenso, avvertiti dai giuristi, a monte delle due questioni e delle opposte decisioni tecniche adottate.

E invero, che la dignità 'oggettiva' possa acquistare una consistenza soprattutto 'ideale' o 'ideologica' (un po' come per il bene dell'ordine pubblico), con una corrispondente perdita di materialità e offensività in campo

congedarsi dalla vita» è da considerare una «lesione al principio della dignità umana»).

[42] Ancora Bin, *Ivi*, pp. 5-6.

[43] C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in «SP», 2019, n. 12, p. 46.

[44] *Ibid.*, p. 46; G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in «*Discrimen*», 3 febbraio 2020, pp. 10 ss.; sulle decisioni della Corte Costituzionale in merito al caso Cappato - Antoniani, v. pure M. Romano, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in «SP», 8 gennaio 2020, pp. 1 ss.

penale, è un'acquisizione della recente scienza penalistica che conta sempre maggior credito. Che si tratti, infatti, di un concetto poco afferrabile, a forte connotazione etica ed emozionale, è un'obiezione che autorevoli esponenti della dottrina hanno sollevato, sia pure con accenti diversi, contro l'impiego appunto della dignità umana come bene penalmente tutelabile[45]. Francesco Palazzo ha sottolineato la proliferazione di fattispecie penali imperniate, in via esclusiva, sulla «offesa alla dignità dell'essere umano come tale», ovverosia imperniate sulla «"negazione" ideale del valore culturale della dignità»[46]. Orbene, secondo l'illustre studioso, «questo consistente filone evolutivo della tutela penale della persona verso la dignità produce un vistoso effetto di dilatazione quantitativa» dei reati. Ma soprattutto, si nota «il crescente processo di erosione della materialità del contenuto offensivo del reato, sempre più impoverito di un substrato fisico-naturalistico fino a ridursi nella manifestazione di un pensiero che disconosce il valore ideale della dignità». Tale 'personalismo', verso le componenti spirituali della persona, per Palazzo, «si pone in tensione coi principi fondanti della modernità penalistica», tanto da farli ritenere «culturalmente recessivi rispetto all'arricchimento dell'idea di persona umana e dei suoi profili meritevoli di essere tutelati giuridicamente e penalmente»[47].

Rammentando, tuttavia, che i principi della modernità penale sono scolpiti nella nostra Costituzione proprio a tutela prioritariamente della persona, i processi di astrazione della dignità non dovrebbero mai in realtà sopravanzare le regole costituzionali del sistema punitivo, colte nella loro connessione con gli stessi diritti fondamentali individuali. Tornando allora alla prostituzione volontaria, questo è il classico ambito nel quale la rilevanza oggettiva della dignità rischia di reprimere (indirettamente) concezioni di minoranza della morale sessuale, in contrasto con la tutela costituzionale del pluralismo delle idee, delle 'diversità' e delle pratiche sessuali che non offendano interessi altrui. Se, come detto, il danno alla dignità è concentrato sullo stesso soggetto che decide di prostituirsi, senza poter più giustificare

[45] W. Hassemer, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in «*Ars interpretandi*», 2007, n. 12, pp. 57 ss.; Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in «RIDPP», 2007, pp. 546 ss.; F. Parisi, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merli? Sulla sentenza 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in «LP», 21 novembre 2019, pp. 29 ss.; Id., *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

[46] Palazzo, *La tutela della persona umana*, cit., p. 10, che fa gli esempi dei reati di clonazione umana, di surrogazione della maternità, di traffico d'organi e anche di negazionismo.

[47] *Ibid.*, p. 10.

la punizione del favoreggiamento o del reclutamento in nome di un danno sociale da immoralità, l'offesa perde di legittimazione, nella misura in cui presuppone un formante di 'verità' violato. Per la Consulta è inconfutabile che la prostituzione non sia altro che degradazione[48], testimoniata dalla «naturale riluttanza» a esercitare un tale mestiere[49]. Per contro, qui non c'è un contenuto di verità da affermare, ma soltanto punti di vista, anche diametralmente opposti, sul rapporto tra sessualità e profitto. Non siamo di fronte a una ritrosia verso questo controverso mestiere che derivi dalla natura dell'uomo, ma che discende da costruzioni socio-normative, da ideologie, variabili di epoca in epoca, da luogo a luogo, e diversamente condizionanti la psicologia di massa e la radice profonda delle nostre convinzioni morali.

Nella questione entra in gioco non solo il principio di laicità dello Stato, nella sua più stretta attinenza alla libertà religiosa, ma anche una difesa più ampia delle plurali manifestazioni del pensiero in connessione con il rispetto della sfera privata della persona. Per questo, mi sembra che, rispetto anche alla prostituzione volontaria, il diritto all'autodeterminazione sessuale ha come antecedenti logici la libertà di opinione e il rispetto della vita privata: la sessualità esprime, in modo esplicito o implicito, un personale codice morale; la pratica sessuale rispecchia la propria concezione di vita o di suoi aspetti particolari. In questo contesto, non dovrebbero sorgere responsabilità penali per coloro che solo assecondino l'altrui libertà di prostituirsi (se e in quanto non lesiva di interessi altrui).

Ma, come abbiamo già visto, per la Corte Costituzionale chi si prostituisce generalmente non esercita un'autentica libertà. Torniamo sul secondo argomento forte speso dalla Corte a sostegno della legittimità delle figure delittuose devolute al suo esame. Sulla premessa, a monte, secondo cui la «persona che vende prestazioni sessuali è […] potenzialmente una vittima e l'aggressore è la società nel suo complesso»[50], si sostiene che la scelta di

[48] In coerenza con tale costrutto ideologico, A. Pace, *Le escort di S.B., ma Aspasia e Pericle*, in «GC», 2019, 3, pp. 614 ss., ritiene che i principi costituzionali, a cominciare da quello della «pari dignità sociale» (art. 3, primo comma, Cost.), «dovrebbero proibire la prostituzione»; in precedenza, M. Luciani, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in «QC»., 2002, p. 401, scrive: «chi vende sesso si degrada», per questo, nella prostituzione «non c'è alcuna libertà meritevole di tutela […] sui piatti della bilancia stanno soltanto gli interessi della collettività (la salute e la morale) e la dignità di esseri umani che sono usati come oggetti»; nella dottrina penalistica, M. Bertolino, L. 20 febbraio 1958, n. 75, in «Commentario breve al codice penale», a cura G. Forti, V. Seminara, G. Zuccalà, Cedam, Padova, 2017, p. 1745, ritiene che la tutela penale si concentrerebbe sulla moralità pubblica e il buon costume come argini al danno sociale connesso alla prostituzione.

[49] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 26 (corsivo aggiunto).

[50] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 20.

«vendere sesso» è condizionata, nella larghissima maggioranza dei casi, da fattori non solo di ordine economico, ma anche da situazioni di mero disagio sul piano affettivo o familiare che ridurrebbero peraltro drasticamente il novero delle «opzioni esistenziali». La linea di confine tra libertà e assenza di libertà sarebbe qui così fluido da essere difficilmente catturabile in formule astratte in grado di trattenere, con precisione, il rilevante penalistico e di scartare l'irrilevante[51]. La conclusione è che questa latente compresenza di non-libertà minerebbe alla radice, quasi senza eccezioni, l'idea di una prostituzione realmente figlia di un consapevole volere.

Tuttavia, il fondamento empirico dell'asserzione sulla scarsa o assente libertà appare fragile, facilmente rovesciabile nella sua lettura, perché generico nei presupposti fattuali tanto più se rapportati, direttamente o mediatamente, al sistema della responsabilità penale.

Sull'opinabilità del giudizio che involge fattori di condizionamento che sfumano nel sottosuolo psichico, possono essere portati a riprova, innanzitutto, elementi di raffronto desumibili dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Se riprendiamo le decisioni della Consulta relative al caso Cappato, constatiamo che si è ritenuto qui, pur nell'attenzione prestata ai soggetti vulnerabili, di attribuire rilevanza esimente dell'altrui responsabilità penale a quelle situazioni estreme in cui il soggetto, pur sotto il peso di una malattia grave e irreversibile, vessato da intollerabili sofferenze, tenuto in vita grazie a trattamenti di sostegno vitale, 'ciononostante rimane capace di prendere decisioni libere e consapevoli', e in queste condizioni di vigile autonomia faccia richiesta ad altri di aiutarlo nel congedarsi dalla vita. A essere rigorosi, dovrebbero in realtà essere proprio queste situazioni limite a indiziare la massima vulnerabilità, cioè a dire l'assenza pressoché generalizzata di autentica libertà, a causa dell'enorme condizionamento derivante da tali gravosissime sofferenze (una sorta di rovescio speculare dello stato di necessità).

I giudici costituzionali peraltro si pongono tale problema, ritenendo di risolverlo nei seguenti termini: «Quanto […] all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze appartengono solitamente a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere

[51] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 26.

di concludere la propria esistenza con l'aiuto altrui»[52].

La risposta al problema, però, non appare convincente, non solo e non tanto nella prospettiva tutta interna ai casi di aiuto al suicidio, quanto soprattutto nel raffronto con la problematica della prostituzione volontaria. Di primo acchito, non è agevole cogliere infatti il criterio di valutazione dell'autodeterminazione nelle due diverse situazioni. Anche senza addentrarsi nella questione, è sufficiente notare che, al cospetto della concreta possibilità di riconoscere la capacità di autonomamente decidere in soggetti massimamente vulnerabili, i malati irreversibili, stride profondamente la negazione generalizzata di (rilevanza di) libertà nei confronti di altri soggetti che non compiono gesti estremi in condizioni estreme, ma che, in condizioni normali, tengono più semplicemente condotte sessuali in controtendenza rispetto al comune sentire. Tale disparità valutativa non si sottrae al sospetto di irragionevolezza, mancando una solida giustificazione sul piano dell'analisi del comportamento. Emerge anzi una sottostima degli elementi fattuali che depongono a favore della libertà nella prostituzione volontaria (più che nell'aiuto al suicidio).

Se così è, il paradigma della vulnerabilità, per il penalista, si mostra, nei termini proposti specie per la prostituzione, carente di determinatezza, basato, come si è detto, non su precise evidenze, dimostrative di una menomazione della libertà, quanto su vaghe generalizzazioni psicologiche, diversamente apprezzate in chiave valoriale, senza tuttavia che a tale diversità corrisponda una plausibile e conforme differenza nella vita reale. Si delinea, insomma, un'etica della vulnerabilità differenziata per settori, ma della quale non si riesce a discernere un coerente criterio (scientifico) esplicativo dei fenomeni empirici osservati.

Sono in realtà i diversi presupposti ideologici a distinguere i dati neutri dell'esperienza. È l'immoralità del comportamento, ritenuto degradante per chi si prostituisce, che indizia il «superamento della naturale riluttanza», la perduta libertà, a differenza del suicida che resti lucido: qui la scelta è considerata, a certe condizioni, non più immorale ma dignitosa, dunque può essere anche libera. Sennonché, così ragionando, si apre, a tacer d'altro, un problema più generale di coerenza interna dell'ordinamento.

La negazione dell'auto-responsabilità in chi volontariamente si prostituisce condiziona la responsabilità penale di altri soggetti. Nel favoreggiamento e nel reclutamento, benché non lesivi della sfera decisionale, il soggetto attivo

[52] C. cost., sent. (dep.) 22.11.2019, n. 242, in <http://www.giurcost,it>, p. 9, nel brano riportato nel testo si fa riferimento, in particolare, alla valutazione normativa operata con la l. 22.12.2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento).

non può fare legittimo affidamento nell'autodeterminazione responsabile altrui, mentre lo stesso soggetto è al contempo destinatario di ben altra rigorosa pretesa di adeguamento a norme per l'appunto penali.

Ma, e qui è il problema, quante volte la stessa 'naturale riluttanza' a commettere un reato, un atto certo intrinsecamente 'immorale', è indebolita da fattori sociali e psichici? Eppure l'ordinamento non esclude, di regola, la responsabilità personale. Essa è esclusa solo in situazioni ben circoscritte, e certo mai per generici quanto inafferrabili disagi esistenziali. Seguendo invece fino in fondo il principio di vulnerabilità, potremmo perfino concludere, in sintonia con teorie radicali tuttora circolanti, che anche il reato, e non soltanto la prostituzione, è da imputare alla «società nel suo complesso»; anch'esso è figlio di un convergere opaco di condizionamenti affettivi, famigliari, sociali, che lo rendono mai opera autentica di libertà, bensì materia di responsabilità sociale più che individuale.

Di fronte a simili possibili dilatazioni della 'vulnerabilità', appare ancor più irragionevole sottoporre a un trattamento tanto diverso i due poli decisionali di una medesima interazione penale, per lo meno fino a che la scelta del soggetto tutelato non dipenda dall'azione del reo, come appunto nel favoreggiamento e nel reclutamento della prostituzione che non toccano l'altrui decisione, non derivi da riconoscibili stati di bisogno o di alterazione della psiche (per esempio una tossicodipendenza), ma rifletta quel normale disagio del vivere, quel *Lebensrisiko* mentale, che può riguardare, sia pure in misura variabile da persona a persona, l'esistenza di ciascuno di noi senza per questo privarci del nostro senso di libertà/responsabilità.

Anche dal punto di vista comparato, non riteniamo che la Corte Costituzionale abbia tratto gli opportuni elementi di riflessione sul punto. Il messaggio della Corte è, come si è già visto, che impera nel mondo una diversità di tecniche legislative sulla prostituzione, opzioni di fondo così diverse, tali per cui emergerebbe un relativismo opzionale deponente a favore della legittimità costituzionale non di una sola soluzione ma di più soluzioni politicamente e tecnicamente possibili.

Per contro, pensiamo che, a proposito dell'abbinamento tra tutela della dignità umana e vulnerabilità del soggetto che si prostituisce, si dovrebbe prestare maggior attenzione a normative come quella tedesca, potendo questa rappresentare un caso esemplare ai nostri fini.

In Germania la tutela della dignità umana ha infatti un peso costituzionale superiore al nostro, di vero e proprio principio «pre-positivo»[53]. L'art. 1, primo comma, della Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca afferma

[53] Picchi, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., p. 13.

in proposito: «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla»[54]. Nonostante ciò, con il *Prostitutionsgesetz* del 2001, entrato in vigore nel 2002, e poi con il *Prostitutionsschutzgesetz* del 2016, con il quale si è cercato di rimediare ad alcune criticità, la prostituzione è ormai legalizzata (per l'appunto dal 2001), essendo pienamente riconosciuta la 'possibilità di scegliere volontariamente di prostituirsi', non dovendo più considerarsi il meretricio un'attività immorale contro il buon costume.

Senza addentrarsi in aspetti più di dettaglio della normativa tedesca, basti per ora sottolinearne i profili principali.

Nell'ordinamento tedesco, dove pure è altamente valorizzata la tutela della dignità, questa tuttavia non viene anteposta, per la prostituzione, all'autodeterminazione della persona. Il *Prostitutionsgesetz* riconosce la *libertà* di prostituirsi, in quanto, come si è detto, attività non più considerata immorale[55]. Ciò fa capire che, al di là dell'argomento moralistico, non c'è una ragione 'obiettiva' per negare, in condizioni normali, 'autonomia' decisionale a chi esercita un mestiere pur tanto controverso. In situazioni similari, moralmente controverse, poco 'dignitose', gratuitamente rischiose, o 'alienanti', ordinamenti liberali evoluti, come pure il nostro, non negano, per ciò solo, una libera e responsabile decisione; non vanno a sottilizzare nella filiera dei disagi che possono condizionare la scelta (si pensi, per esempio, al mestiere di attore porno, o agli sport estremi, pericolosi per la propria incolumità, o, ancora, a certi lavori usuranti che pochi ormai sono disposti a svolgere).

Naturalmente la soluzione tedesca è solo una delle opzioni in campo, contraddetta da altre legislazioni nazionali: questa è l'«obiezione» della Consulta. Ma, il modello tedesco dimostra, a mio avviso, qualcosa di difficilmente contestabile. E cioè che le teorie che sostengono, in modo specifico per la prostituzione, una presunzione generale[56] di non libertà non si basano su evidenze differenziali, che dimostrino una 'regolare' compromissione psichica in coloro che si prostituiscono, e non, mettiamo,

[54] C'è chi ritiene che la dignità umana funga da «valore supercostituzionale» anche in Italia, ossia costituisca il fine a cui gli stessi diritti inviolabili dell'uomo debbano tendere, così A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in «Consultaonline», 2018, 2, pp. 392 ss.; a sé la posizione di N. Lipari, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in «RTDPC», 2017, p. 11, per il quale: la «dignità è specchio e insieme fondamento dei diritti della persona»; v. pure S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, La scuola di Pitagora, Napoli, 2013, pp. 4 ss.

[55] Con conseguente non punibilità del favoreggiamento della prostituzione liberamente esercitata.

[56] Nella «larghissima maggioranza dei casi», così come sostenuto dalla Consulta.

in quanti lavorano come attori in film pornografici. È soltanto un diverso giudizio valoriale, che nega libertà laddove, secondo gli schemi ordinari, essa è normalmente riconosciuta.

In secondo luogo, si capisce che l'impronta di immoralità che discende dalle stesse leggi abolizioniste, almeno nel senso rivendicato di proteggere il soggetto dal biasimo che circonda l'attività che svolge, e di concepire la sua al più come libertà (non di prostituirsi ma) dalla prostituzione[57], alimenta un circolo vizioso del biasimo, contribuendo, per prima, proprio la legge a instillare un disagio della 'diversità' in coloro che non si adeguano al pensiero dominante.

A meno di non considerare in Italia la società civile molto più arretrata che in Germania, ipotesi questa da scartare con decisione, è difficile a questo punto negare che il fenomeno delle o degli *escort* fa emergere l'esistenza di individui responsabili, disposti a offrire volontariamente prestazioni sessuali a pagamento.

La risposta dell'ordinamento non può essere una tra le tante, pescando liberamente tra i molteplici modelli normativi sparsi per il mondo, scegliendo a piacimento tra proibizionismo, neoproibizionismo o regolamentarismo. Le basi liberali della nostra Costituzione mostrano in realtà, come via tendenzialmente obbligata, una considerazione molto più attenta al principio di autodeterminazione, sia in quanto associato e non opposto alla tutela della dignità, sia in quanto generatore di autoresponsabilità, con conseguente esclusione, nel raggio della competenza esclusiva primaria, della responsabilità penale di altri.

Ciò premesso, possiamo subito scartare alcune opzioni teoricamente disponibili di disciplina.

Innanzitutto, non sarebbe costituzionalmente legittimo punire chi si prostituisce in conseguenza della immoralità del proprio comportamento, seguendo l'idea proibizionista tradizionale. Su questo, almeno, la concezione accolta dalla Corte costituzionale, che abbraccia per aspetti significativi un paradigma vittimario della prostituzione, sembra decisamente convergere. D'altra parte, non sembra neppure sostenibile che la Costituzione vieti il prostituirsi, ancorché non sia punito chi lo fa: così ragionando si ricadrebbe comunque, similmente al primo caso, in un moralismo radicale della proibizione difficilmente accettabile[58].

Pure tuttavia nell'ottica di tutela della dignità del *sex worker*, il discorso

[57] S. Niccolai, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, in «Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione», a cura di D. Danna, S. Niccolai, L. Tavernini, G. Villa, Vanda Epub, Milano, 2019, p. 1662.

[58] *Contra* Pace, *Le escort di S.B.*, cit., p. 2.

non muta molto nella sostanza. Come si è cercato di dimostrare, anche il paradigma oggettivo della dignità si risolve in una forma, sebbene addolcita dall'intento solidale, di coercizione della coscienza etica.

Infatti, anche se la prospettiva è modernizzata dall'attenzione al soggetto 'debole', il punto di forza della tutela è sempre costituito da valori morali forti all'altare dei quali il soggetto è sollecitato a sacrificare i propri anche se in nome, stavolta, del suo stesso 'bene'. Teoricamente è libero di non adeguarsi, ma al prezzo di una segregazione indotta dalle stesse proibizioni penali che dovrebbero tutelarlo. Non siamo distanti dalla protezione della moralità pubblica. La dignità, la meta dell'eguaglianza sostanziale, cambiano solo di verso all'ideologia che, volta per volta, storicamente, imprigiona in un modo o nell'altro la libertà dell'uomo di auto-realizzarsi, di rischiare in proprio sul piano morale.

Logica vuole, allora, che dignità e diritto all'autodeterminazione stanno e cadono insieme. Il soggetto decide auto-responsabilmente come risolvere per sé la dialettica delle opinioni morali e conseguentemente a quale immagine dell'uomo dignitoso ricondurre la pratica professionale del 'sesso a pagamento'.

Il che ci riporta alla questione della libertà vulnerabile.

Abbiamo già evidenziato come il principio di responsabilità non possa seguire tutti i fruscii dell'animo umano; non possa fibrillare a ogni alito di vento che agiti la scatola nera della decisione individuale. Questo è tanto più vero quando si entri nella struttura di illeciti penali, che esigono determinatezza e precisione di confini tra ciò che è dentro e ciò che è fuori della fattispecie, tra ciò che è significativamente rilevante e ciò che non lo è perché resta al di sotto di una soglia, di una misura, potremmo dire, di importanza ed evidenza del fenomeno (psichico in questo caso). In breve, per andare dritti al punto, il problema della fluidità della linea di confine, tra decisioni «autenticamente libere e decisioni che non lo sono»[59], ove risolto con una sostanziale presunzione di 'non libertà', rovescia, in un certo senso, la corretta prospettiva del principio 'responsabilità', specie in ambito penale. La prospettiva più appropriata, infatti, rispettosa ad un tempo del principio di auto-responsabilità e di precisione della fattispecie criminosa, è semmai quella di risolvere la 'fluidità' dei fenomeni psichici intrappolando nelle maglie del fatto soltanto le situazioni di maggior incisività lesiva della libertà di autodeterminazione, quindi di più agevole dimostrazione sul piano processuale, tagliando fuori quei disagi pulviscolari del 'sottosuolo', a più bassa intensità, sfuggenti all'occhio esterno, rispetto ai quali l'individuo è

[59] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 26.

chiamato a un controllo responsabile, a un autogoverno che postula, per l'ordinamento, libertà di scelta.

La rilevanza di generici fattori emozionali o sociali produttivi di vulnerabilità risulta dunque inadeguata, in linea generale, al diritto penale. In tale contesto, la regola di costruzione della fattispecie deve guardare a quei compendi situazionali che scienza giuridica ed esperienza secolari mostrano come significativamente e distintamente incidenti sulle motivazioni del comportamento. I paradigmi a disposizione sono presenti, nel codice penale, in varia guisa. Violenza, minaccia, abuso di potere, inganno, molestie. E, ancora, incapacità per età o per deficienza mentale, stato di bisogno, di cui altri approfittino o che sfruttino, grave stato di ansia, di paura o turbamento causati dall'azione illecita. È vero che anche il nostro codice penale, sulla scia della normativa internazionale sul *trafficking in human beings*, prevede ormai l'approfittamento di una situazione di *vulnerabilità*, segnatamente nella riduzione in schiavitù (art. 600) e nella tratta di persone (art. 601). Tuttavia questa *eccezionale* estensione della punibilità a stati psichici più sfumati, è compensata dal contesto offensivo assai pregnante di tali reati: l'approfittarsi della vulnerabilità riducendo o mantenendo la persona in soggezione continuativa, ovvero, nella tratta, al fine di indurre o costringere la vittima ad attività che ne comportano lo sfruttamento.

Estendere la rilevanza della vulnerabilità in altri ambiti, senza precisarne contenuti e contesto, significa allora slabbrare i confini della fattispecie criminosa, aprendo le porte a un magma indistinto e amplissimo di influssi che possono aver agito nella psiche altrui, anche al di fuori di un condizionamento diretto. È il caso, appunto, del favoreggiamento e del reclutamento della prostituzione che prescindono, ai fini punitivi, da qualsiasi attività di influenza causale, a differenza dell'induzione, sulla decisione dell'altro[60]. A chi aiuta, ma non induce, è arduo non riconoscere un legittimo affidamento nell'autodeterminazione responsabile di chi volutamente si prostituisce, sol perché costui può avere un vissuto interiore difficile (condizione, questa, comune forse a tutto il genere umano).

Peraltro, a sostegno della teoria della vulnerabilità, c'è pure chi sostiene che la condizione vulnerabile del soggetto che mercifica la propria sessualità rappresenti «la chiave di senso della pronuncia» della Consulta[61] e che il fatto stesso di mercificarsi «determini inevitabilmente una condizione di

[60] F. Mazzacuva, *Favoreggiamento e induzione della prostituzione: limiti e contraddizioni dei paradigmi causali*, in «DPP», 2018, 10, pp. 1328 ss.

[61] P. Scarlatti, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, in <http://www.dirittifondamentali.it>, p. 39.

soggezione» della persona. Subito dopo si precisa però che la possibilità di una libera scelta, ancora fattibile al momento di iniziare l'attività di meretricio, tenderebbe sempre più ad affievolirsi, fino a scomparire, ove si volesse arrestarne la prosecuzione. In questa seconda fase, favoreggiamento e reclutamento contribuirebbero a rendere ancor più difficoltosa la scelta di uscire dal giro[62], assumendo, par di capire, una influenza negativa sulla stessa capacità decisionale altrui.

L'automatismo proposto è presentato come un vero e proprio postulato: concedersi sessualmente per denaro equivale necessariamente a soggezione. Tuttavia, vale qui quel che si è già evidenziato sopra. In assenza di fattori 'costrittivi', può darsi benissimo che il soggetto non avverta alcuna soggezione, e che affermi anzi il proprio senso di libertà prostituendosi. Sentirsi liberi o merce di scambio è in questo caso una costruzione mentale autonoma, da lasciare pertanto nella responsabilità esclusiva del decidente.

D'altra parte, si vede come sia difficile stabilire con esattezza quando si è liberi e quando non nell'ottica della vulnerabilità: secondo la tesi or ora esposta lo si può essere ancora all'inizio del mestiere, ma poi di fatto non lo si è più man mano che si entra nel tunnel della prostituzione, a un certo punto non si è più in grado di tornare indietro. In realtà, la Corte Costituzionale sostiene qualcosa di diverso, nel momento in cui rimarca soprattutto la «naturale riluttanza» umana proprio a far ingresso nel mondo della prostituzione[63]. L'impressione è che la 'libertà vulnerata' sia manovrabile un po' come si vuole, tanto non ha confini precisi da rispettare. Seguendo allora criteri meno opinabili, tutto è più chiaro anche a proposito della possibilità di cambiare vita.

Se si è vittima di coercizione o di necessità, uscire dal giro è effettivamente quasi impossibile, ma ciò è per definizione diverso dal caso appunto delle *escort*. Se qui poi, come accade in altre attività, si manifesta la tendenza a proseguire nel lavoro, specie se redditizio, e una volta venuti meno gli iniziali freni inibitori, questa è altra questione che non esclude però la concreta possibilità di smettere. Semmai, è il pregiudizio diffuso nei confronti di questo mestiere che contribuisce, esso sì, a rendere arduo il ritorno alla 'normalità'. E la legge, che vieta penalmente ogni collaborazione, alimenta di fatto le barriere che ostacolano un tale ritorno. Reclutamento

[62] Scarlatti, *La sentenza*, cit., pp. 38-39.

[63] In effetti, la Corte fa riferimento alle difficoltà di uscire dal circuito della prostituzione una volta entrati nel giro, ma come ipotesi presa in considerazione per quei casi, che non rientrino nella «larghissima maggioranza», nei quali si possa immaginare «una scelta (almeno inizialmente) libera e consapevole» (p. 26); v. pure C. cost., 6.11.2019, n. 278, cit., p. 6.

e favoreggiamento non possono venir intesi dunque come condotte che agevolano il mancato ravvedimento altrui, senza dare la sensazione di una certa macchinosità del costrutto. Queste azioni non rilevano per un'eventuale influenza su scelte decisionali, bensì soltanto per l'apporto materiale fornito all'attività di meretricio (in linea con le teorie correnti).

In definitiva, la «chiave di senso» della 'vulnerabilità' si dimostra un paradigma sociologico generico, manipolabile in funzione etica, che entra in rotta di collisione con l'immagine dell'uomo auto-responsabile, cardine del sistema penale[64]. Ne segue che una condizione di mera fragilità interiore non può pregiudicare di regola l'autoresponsabilità, quando ciò comporti l'insorgere della responsabilità penale di altri e l'azione di questi non influenzi causalmente la capacità di autodeterminazione altrui.

Questo peraltro non vuol dire che una situazione – genericamente intesa – di vulnerabilità non possa rilevare mai. Significa piuttosto che occorrono ragioni eccezionali che giustifichino l'altrettanto eccezionale rilevanza penale di un tale vago *status* soggettivo.

In proposito, torna ancora utile il confronto con istigazione e aiuto al suicidio nel processo Cappato.

In questo caso, infatti, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui esso non escludeva la punibilità dell'aiuto al suicidio in specifiche condizioni estreme di malattia e sofferenza[65]. L'accoglimento della questione è stato tuttavia più limitato di quello proposto dal giudice rimettente[66]. La Corte d'Assise di Milano, infatti, e anche parte della dottrina, si erano espressi a favore di una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. che riguardasse tutte le condotte di aiuto

[64] Importanti, al riguardo, le pagine di A. Fiorella, *Responsabilità penale*, in «ED», XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1296 ss.; ID., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini, Firenze, 1984, pp. 173 ss.

[65] C. cost., 25.9.2019, n. 242, cit., p. 13, precisamente nella parte in cui l'art. 580 c.p. «non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 […] – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputi intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

[66] Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, con nota di M. Forconi, *La Corte d'Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*

al suicidio non interferenti, come nell'istigazione, con la libera decisione dell'aspirante suicida[67]. La Consulta ha invece ristretto il suo intervento a una ben più limitata casistica, questo perché ha valorizzato «la tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili», rispetto a scelte estreme e irreparabili, come quella di suicidarsi. Dunque, al di fuori delle condizioni limite individuate di sofferenza per una malattia irreversibile, l'aiuto al suicidio continua a essere punibile a tutela di coloro che versano in più normali difficoltà e sofferenze, anche «per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»[68].

Da un punto di vista logico, all'interno della categoria dei soggetti deboli o vulnerabili, la Corte ha così differenziato le situazioni, valorizzando il diritto di autodeterminazione individuale nelle casistiche più gravi, limitandone, o meglio neutralizzandone la rilevanza, nelle casistiche (generalmente molto) meno gravi di sofferenza e quindi di vulnerabilità. Non possiamo entrare in questa sede in un'analisi approfondita della trama logica della decisione, basti osservare che questa geometria variabile del sistema può trovare una sua razionale giustificazione, ma al netto di talune precisazioni. La perdurante rilevanza penale accordata alla vulnerabilità di chi intende suicidarsi, al di qua del confine estremo di una malattia irreversibile, non viene giustificata con un'aperta sconfessione della libertà di autodeterminazione del soggetto, come invece nella sentenza sulla prostituzione. Infatti, il richiamo che pur viene fatto a situazioni di più o meno intensa fragilità pure non fa mai diretto ed esplicito riferimento a una assenza o drastica riduzione di libertà[69]. Ciò si può spiegare con il fatto che, se si fosse messa in discussione la capacità di una libera decisione suicidiaria in situazioni non estreme, sarebbe risultato pressoché impossibile, a maggior ragione, riconoscere una tale capacità in casi estremi di sofferenza, cosa che viceversa l'ordinamento, a certe condizioni, apertamente riconosce (con la legge n. 219 del 2017).

Questi rilievi da un lato sembrano confermare i dubbi in precedenza sollevati (sull'uniformità dei criteri valutativi) in relazione alla diversa decisione assunta in tema di prostituzione; dall'altro lato, ci persuadono che la mantenuta rilevanza della 'vulnerabilità' *ex* art. 580 vada intesa come 'deroga del tutto eccezionale' al pieno dispiegamento del diritto di autodeterminazione, giustificabile unicamente alla luce dell'importanza

[67] A. Manna, P. Guercia, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini*, in «*Dal diritto vigente al diritto vivente. Casi, soluzioni e problemi*», a cura di A. Manna, Dike, Roma, 2018, pp. 69 ss.

[68] C. cost., ord. 24.10.2018-16.11.2018, n. 207, in <http://www.giurcost.org>, p. 7.

[69] C. cost., ord. 24.10.2018, n. 207, cit., p. 8.

assolutamente primaria del bene tutelato, la vita, e della irreparabilità dell'offesa che si vuole evitare (il suicidio) (anzi, argomentando *a contrario*, è ricavabile la regola della capacità di un agire libero delle stesse persone fragili, eccezionalmente sospesa, nella sua piena rilevanza, in vista di una tutela rafforzata del bene primario della vita).

Certo, gli argomenti corrono sul filo di una coerenza sempre in bilico. Tuttavia, basti rimarcare qui il seguente punto. Non è immaginabile che l'ordinamento moltiplichi la «sospensione» del principio di auto-responsabilità trasformando, per così dire, l'eccezione in regola.

Che, dunque, situazioni di vulnerabilità, sia pure tratteggiate con imprecisione, possano rilevare contro il pieno dispiegamento del principio suddetto, in via eccezionale, per la tutela della vita rispetto al rischio di offese irreparabili, è ancora ragionevolmente giustificabile. Non trova invece ragionevole giustificazione revocare in dubbio un'autentica libertà del soggetto 'vulnerabile' in scelte reversibili, neppure alla lontana paragonabili al suicidio, riguardanti solamente il modo di concepire e praticare la sessualità, coinvolgenti un bene quello della dignità, a differenza della vita, dagli incerti e controversi confini. Sembra davvero che si fuoriesca dalla logica di eccezione, e che le finalità etiche prendano il sopravvento sulle ragioni obiettive di tutela della persona.

In quest'ottica, è rispetto al suicidio che potrebbe sì, a ragion veduta, parlarsi di «naturale riluttanza» a togliersi la vita, di un istinto di conservazione difficile da vincere, se non appunto in stato di particolare debolezza; mentre lo stesso, come si è già rilevato, non può dirsi della prostituzione. La riluttanza verso questo mestiere è frutto non della natura ma di costruzioni etico sociali, normative, soggette ai processi di erosione prodotti dal relativismo crescente dei valori, sicché il superamento delle resistenze (morali) può immaginarsi assai meno impegnativo, una volta entrati in un ordine di idee diverso dall'ordinario, e quindi non per forza dettato da particolari fragilità psichiche.

D'altra parte, sempre in una prospettiva di confronto, la Corte costituzionale ha ritenuto di respingere l'obiezione della contraddittorietà insita nella dissociazione di giudizio tra la condotta del soggetto che si prostituisce (non vietata) e la condotta del terzo (punita) che ne agevola l'attività, argomentando che, allo stesso modo, la Corte aveva escluso che «possa ritenersi censurabile sul piano costituzionale la disparità di trattamento tra il consumatore di sostanze stupefacenti e chi gli fornisce la sostanza» (essendo il primo immune da pena, ancorché soggetto a sanzione amministrativa, e il secondo invece sottoposto a severe sanzioni penali)[70]. Ma

[70] C. cost., 6.3.2019, cit., p. 27.

anche qui le differenze prevalgono sulle analogie. Intanto perché il consumo di droghe costituisce un illecito, seppure amministrativo, cosa che non è per il meretricio in sé considerato. Poi perché consumo e spaccio degli stupefacenti colpiscono la salute collettiva. Gli effetti delle droghe non agiscono sul piano rarefatto della dignità, bensì molto più tangibilmente sull'integrità psico-fisica, mettendo altresì in pericolo l'ordine pubblico, data la comprovata incidenza causale delle tossicodipendenze su forme diffuse e allarmanti di criminalità (specie per procurarsi quanto necessario all'acquisto di droga). Il che spiega, in ultima analisi, il divieto dello stesso consumo personale ai sensi dell'art. 75 D.P.R. n. 309 del 1990.

Peraltro, la Consulta, anche con riguardo alla prostituzione, fa riferimento ai rischi per la salute e per l'integrità fisica cui le persone dedite a questo mestiere «inevitabilmente vanno incontro nel momento in cui si trovano isolate a contatto con il cliente (pericoli di violenza fisica, di coazioni a subire atti sessuali indesiderati, di contagio conseguente ai rapporti sessuali non protetti e via dicendo)»[71]. Tuttavia, a differenza dell'uso degli stupefacenti, per chi si prostituisce il riferimento ai pericoli per la salute appare un problema serio sì, ma indiretto, legato semmai alle condizioni di svolgimento del lavoro. Da questo punto di vista, anzi, è proprio la 'solitudine' del contatto con i clienti la fonte di pericolo che potrebbe essere se non eliminata comunque significativamente ridotta, proprio attenuando per legge l'effetto di isolamento sociale che, per prime, le norme penali c.d. collaterali alimentano (verrebbe ridotto anche il rischio di finire sotto il tallone della criminalità). È il problema del 'circolo vizioso'. Sono le stesse proibizioni ad aumentare i rischi associati al mestiere, vista l'impossibilità di sradicare il fenomeno; mentre una liberalizzazione, o per lo meno una liberazione dal controllo penale delle relazioni ausiliarie del *sex worker*, conterrebbe assai meglio i danni collaterali più ricorrenti, che peraltro, ribadiamo, solo lambiscono il bene protetto, come eventualità negativa, senza costituirne il cuore.

L'analisi dei confronti, dei raccordi sistematici, sembra dimostrare, insomma, che, a somiglianza della soluzione raggiunta per l'aiuto al suicidio, anche per la prostituzione consapevole e volontaria si sarebbe potuto ritagliare uno spazio di non punibilità rispetto alle figure di favoreggiamento e di reclutamento[72], lasciando punibili le sole condotte sorrette da consapevolezza e volontà di reclutare o favorire persone sfruttate, ovvero forzate a prostituirsi, per bisogno o per costrizione da altri determinata (e fatta sempre salva

[71] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 26 (corsivo aggiunto).

[72] Conf. Cadoppi, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione: verso una legittimazione del moralismo penale?*, in «DPP», 2019, 12, pp. 1653 ss.

ovviamente, rispetto ai minori, l'applicazione dell'art. 600-*bis* c.p.).

L'esistenza di un profilo sociale di persone che si sentono libere nel prostituirsi, che scelgono questa vita, non può essere trattato con indifferenza, in particolare dal diritto penale, non possono essere queste persone omologate forzosamente alla morale comune, giudicando irrilevanti le loro (minoritarie) istanze di libertà[73]. L'analfabetismo di massa costituiva in passato la ragione e il pretesto per non riconoscere a pieno diritti e libertà di intere categorie sociali. Ma oggi è diverso. La società aperta, alfabetizzata, tecnologica, immersa nella comunicazione, presuppone individui capaci di gestire le infinite *chance* di informazione offerte, e di risolvere auto-responsabilmente i conflitti di coscienza che si pongono innanzi. Non è l'uomo-massa, inconsapevole, vulnerabile, manipolabile, a poter più essere figura di riferimento dell'organizzazione punitiva del sociale, se non al prezzo di sacrificare il nucleo essenziale di autonomia dell'individuo.

Ne segue che, in rapporto alla prostituzione libera, esiste, in effetti, un nesso inscindibile tra art. 2 e art. 41 Cost. Ciò peraltro non vuol dire che, in quanto prestazione di servizio, la prostituzione non debba andare incontro a una disciplina regolamentare, come per altre prestazioni lavorative, in funzione della sua 'convivenza' con altri contro-interessi (sicurezza, salute pubblica, tutela dei minori ecc.). Ma ciò non può neppure voler dire che venga azzerato di tale prestazione l'intrinseco valore affermativo della personalità e il diritto, in tal senso, a non vedersi negata una normale relazionalità sociale.

D'altro canto, ripristinare il cordone ombelicale del *sex work* con la norma madre di cui all'art. 2 Cost. non implica necessariamente che l'ordinamento debba addirittura incentivare lo sviluppo del meretricio, in quanto collegato all'esercizio di un diritto fondamentale. L'alternativa non può essere intesa in modo secco fra promuovere la prostituzione o, al contrario, mettervi di traverso rigide barriere, andando da un estremo all'altro, in una sorta di radicalismo costituzionale. Nessuna delle due soluzioni estreme rientra nei dettami della Costituzione.

Piuttosto, il richiamo all'art. 2 fa sì che l'ingresso della sessualità, azionata come strumento lavorativo, nell'ambito dell'art. 41 Cost. non predichi la contrarietà di questo rapporto mezzo a fine a un uniforme parametro di valutazione della dignità umana, proprio perché, come si è visto, l'origine libera della scelta e la tutela ad essa accordata dal citato art. 2 impongono un modellamento del parametro in funzione del rispetto delle concezioni minoritarie. Il comportamento sessuale non subisce una

[73] Vedi CoEDU, sent. 11.9.2007, Tremblay c. Francia, ric. n. 37194/02, secondo cui la prostituzione è incompatibile con i diritti e la dignità della persona solo qualora costituisca oggetto di costrizione.

radicale metamorfosi sol perché destinato a uso professionale, è sempre nell'agire libero, nel modo personale di interpretare il vincolo mezzo a fine, che trova la sua identità inalterabile.

Se così è, la decisione auto-responsabile di chi si prostituisce rende prive di significato offensivo, già in astratto, le condotte del reclutatore e del favoreggiatore, che solo assecondano, a questo punto, il legittimo esercizio di una libertà.

3. *Ideologia e proibizione. La valenza post-ideologica del principio di autoresponsabilità*

Si può eccepire ancora, sulla base di quanto espresso dal giudice delle leggi (per l'aiuto al suicidio), che la teoria qui sostenuta disponga le cose «in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso» le persone prendono simili decisioni[74]. È, in verità, facile osservare che a una concezione astratta dell'autonomia individuale la Corte Costituzionale ha opposto una altrettanto astratta concezione che nega, in via generale, rilevanza a tale autonomia nei casi di prostituzione volontaria.

Giova rammentare le pagine dedicate da Ugo Spirito alla critica della concezione illuminista del diritto penale. Questo studioso concentrava le sue critiche proprio sull'astrattezza (giusnaturalistica) dei diritti e dei principi posti a fondamento del diritto criminale dagli illuministi. Egli salutava con favore l'ingresso del 'mondo', in tutta la sua concretezza, nel sistema della responsabilità penale secondo la Scuola positiva, e soprattutto secondo la sociologia criminale, ritenendo tuttavia che gli errori deterministici di quella Scuola fossero superabili solo all'interno di una concezione storico dialettico attualista della responsabilità penale. Una forma di responsabilità, questa, che pur mantenendo «viva» la libertà dell'individuo tuttavia la doveva inglobare, ed «esaltare», nell'abbraccio totalitario dello Stato corporativo[75].

La storia del XX secolo insegna che, in realtà, avevano ragione gli illuministi e che dunque il paradigma della libertà/responsabilità individuale non possa prescindere da un certo grado di astrazione rispetto a una molteplicità di più o meno sfuggenti condizionamenti. Inseguire gli infiniti aspetti del reale,

[74] C. cost., ord. 24.10.2018, n. 207, cit., p. 8.

[75] U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Editori Fratelli Bocca, Torino, 1932, pp. 23 ss.

tanto più se nascosti nelle pieghe della mente umana, porta quasi fatalmente a una negazione o comunque a un deciso indebolimento del principio di autonomia della persona, e questo significa aumentare i rischi di invadenza della comunità sociale e dello Stato.

La tutela penale della persona, rispetto a temi dal chiaro significato morale o etico, come nel caso della prostituzione, deve quindi basarsi sulla ricerca di un bilanciamento equilibrato tra interessi e valori, che consenta in ogni caso «di non perdere la persona umana in totalitarismi o assolutizzazioni ideologici prima ancora che politici»[76].

Ciò non vuol dire, peraltro, che determinati temi etici non debbano più essere approcciati secondo un sistema teorico compiuto e strutturato, dal punto di vista dei valori positivi proposti, che possiamo definire ideologia. Anzi, riteniamo ancora attualissimi quegli insegnamenti morali del passato volti a promuovere un umanesimo integrale anche della sessualità.

Tuttavia, quel che la questione della prostituzione volontaria insegna è la necessità di un superamento del binomio ideologia e proibizione, specie quando la proibizione è attuata attraverso il metodo punitivo. Rispetto alle vicende ideologiche del XX secolo, riteniamo dunque che un programma di forte disincentivo della stessa prostituzione volontaria continui a essere del tutto legittimo, anzi auspicabile, purché attuato salvaguardando la libertà non soltanto del *sex worker* ma anche di chi allaccia con lui rapporti collaborativi. I mezzi legittimi di contrasto possono essere molteplici: istruzione, informazione, sostegno alle famiglie, incentivi per favorire l'abbandono del mestiere, limiti regolamentari all'attività (quel che possiamo definire una dissuasione dolce). Ciò che invece dovrebbe essere lasciato alle spalle è, appunto, un ricorso massiccio e 'tutorio' alla sanzione penale (secondo la politica della 'terra bruciata').

Ricordando riflessioni filosofiche più generali, non bisogna aver paura della libertà[77]. Il principio di autoresponsabilità dovrebbe essere perciò meglio valorizzato. Tale principio, infatti, può rappresentare uno scudo di fronte al rischio di imposizioni ideologiche; un principio cioè ideologicamente neutro, posto a tutela dell'autonomia decisionale della persona e dell'affidamento che gli altri legittimamente ripongono in tale autonomia. Certo, per molti il principio dell'autoresponsabilità esprimerebbe a sua volta un'ideologia marcatamente liberalista o liberista. Nella concezione qui sostenuta, diversamente, questo principio va inteso come espressione di quel minimo comune denominatore 'liberale' che non può essere accantonato in nessun

[76] Palazzo, *La tutela della persona umana*, cit., p. 1.
[77] Si veda, in particolare, C. Levi, *Paura della libertà*, Einaudi, Torino, 1964, *passim*.

programma ideologico che voglia avvalersi dell'arma del diritto penale, in modo che l'ideologia non impregni di sé eticamente la struttura del reato, conferendo ad esso tratti 'autoritari'.

In questo limitato senso, può parlarsi, a mio avviso di una valenza post-ideologica del principio di auto-responsabilità, particolarmente funzionale alla materia che ci impegna.

4. *Oltre la disciplina penale attuale della prostituzione*

La Consulta ha richiamato la quasi inevitabilità di un effetto domino 'abolitivo' che sarebbe derivato dall'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale del favoreggiamento e del reclutamento della prostituzione. Accogliendo, infatti, la questione sollevata dalla Corte rimettente, accogliendo in particolare l'argomento fondato sulla violazione dell'art. 2 Cost., sarebbero state destinate a cadere «anche tutte le altre previsioni punitive» dell'art. 3 della legge Merlin concernenti «forme specifiche di "cooperazione" alla prostituzione altrui». E sarebbe, anzi, risultata in dubbio la stessa legittimità del reato di induzione alla prostituzione (nn. 5 e 6 dell'art. 3), ove assenti violenza, minaccia o inganno «modalità di condotta che, nell'architettura della legge n. 75 del 1958, integrano una circostanza aggravante speciale: art. 4, numero 1». In effetti, non si comprenderebbe più perché punire la «persuasione ad effettuare una certa opzione, anziché un'altra», nell'ambito delle possibili alternative di esercizio di un diritto inviolabile della persona[78].

Non c'è dubbio, anche a mio modesto avviso, che l'accoglimento della questione avrebbe prodotto un'onda d'urto molto più ampia.

Nella prospettiva attuale che ormai è affidata esclusivamente al legislatore e a una possibile riforma della materia, l'auspicabile valorizzazione del principio di autoresponsabilità nel modo detto implicherebbe effettivamente che tutte le fattispecie di 'cooperazione' attualmente previste, non solo il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione, fossero rimodulate in funzione di tale valorizzazione.

Non solo, la stessa induzione alla prostituzione dovrebbe essere effettivamente rivista, proprio perché, riprendendo le parole della Corte, la mera persuasione ad attuare un'opzione 'esistenziale' compresa nel libero esercizio di un diritto costituzionalmente garantito di per sé non può

[78] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., pp. 23-24.

costituire reato, si violerebbe altrimenti il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, ancorché diretto a influenzare la volontà altrui di agire. D'altra parte, non può essere neppure la pura efficacia suadente dell'azione a determinare il 'salto di qualità' dal rischio consentito al fatto punibile, perché, fino a quando la persuasione non si avvalga di mezzi indebiti o di *deficit* di capacità altrui, compete all'ambito esclusivo di responsabilità del ricevente la comunicazione gestire il rischio di dar seguito o meno alla proposta(d'azione) ricevuta.

Insomma, nell'induzione a prostituirsi, il fatto tipico non dovrebbe prescindere da modalità qualificate, accostabili per efficacia alla prostituzione forzata conclamata. Laddove questa seconda dovrebbe dar luogo a una fattispecie che annoveri tra i propri elementi costitutivi lo sfruttamento, l'inganno, la costrizione mediante abuso di potere, violenza o minaccia; la prima dovrebbe contenere l'approfittamento dell'altrui stato d'incapacità fisica, mentale, di bisogno, di abbandono o di minore età. In tale contesto, si potrebbero inserire anche situazioni di vulnerabilità, come condizioni però prossime agli stati deficitari sopraindicati.

Peraltro, l'intero sistema di disciplina della prostituzione andrebbe, a questo punto, rivisto a fondo.

Una volta riconosciuto infatti il corretto valore al principio di autoresponsabilità si dovrebbe procedere, coerentemente, a una liberalizzazione 'controllata', se si vuole, di questa attività. Soprattutto, sarebbe importante affermare il principio per cui la prostituzione non può più essere considerata attività immorale, e nei limiti del rispetto di una eventuale regolamentazione amministrativa, riconoscere il principio di libertà contrattuale per i servizi sessuali civilmente inquadrati.

Ciò consentirebbe una chiara e lineare definizione dei diritti e degli obblighi contrattuali collegati alla prestazione da parte di persona maggiorenne del *sex work*, uscendo dal ginepraio del sistema normativo attuale, nel quale questa attività di per sé non è vietata, ma il patto avente ad oggetto lo scambio tra prestazione sessuale e utilità economica è configurato, per costante giurisprudenza, come contratto nullo per illiceità della causa, poiché contrario ai *boni mores* (art. 1343 cod. civ.), essendo pertanto consentita la *soluti retentio* (art. 2035 cod. civ.), ma non anche l'azione civile in caso di mancato pagamento spontaneo del cliente[79]; salvo in ogni caso considerare tassabili i proventi del mestiere.

Una equilibrata regolamentazione del fenomeno prostitutivo, inoltre, potrebbe sottrarre da un lato una certa quota di 'forza lavoro' alla

[79] Ad es., Cass. Sez. II, 17.1.2001-5.3.2001, n. 9348, in «RP», 2001, p. 444.

criminalità organizzata; dall'altro consentirebbe di gestire la composizione degli interessi in gioco e i limiti da opporre all'esercizio di tale attività senza azzerarne, come è attualmente, la capacità di relazione sociale, perché così si comprime intollerabilmente una libertà, ma prevedendo pur sempre regole ragionevoli a garanzia della sicurezza, della salute, dell'igiene, della formazione morale delle giovani generazioni, impiegando ove necessario la stessa sanzione penale a presidio dei limiti regolamentari predisposti (si pensi al § 184 g del codice penale tedesco che punisce la prostituzione che mette in pericolo la gioventù, vietando l'attività nelle vicinanze delle scuole o di altri luoghi frequentati o abitati da minori)[80].

La revisione del sistema in senso liberale dovrebbe riflettersi anche nelle definizioni penali, restituendo ai concetti maggior determinatezza.

Penso innanzitutto proprio al concetto di prostituzione del quale, rispetto ai maggiorenni, andrebbe chiarito se sia necessario il carattere abituale dell'attività o se possa bastare anche un esercizio saltuario; penso poi al concetto di sfruttamento che, nel diritto vivente, è esteso al punto da comprendere «fatti in cui semplicemente una persona offre servizi continuativi alla prostituta (relativi alla sua attività) dietro proporzionato corrispettivo»[81]. Lo sfruttamento dovrebbe includere viceversa una chiara sproporzione del guadagno che indichi l'ingiustizia insita nello sfruttare qualcuno (un riferimento può essere dato dall'art. 603-*bis* c.p. – Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro). Sono convinto che anche questa estensione della incriminazione risponde a una mentalità 'tutoria' da superare, espressione, a suo modo, di un diritto penale onnivoro.

5. *La (in)determinatezza del favoreggiamento e il rapporto col concorso di persone nel reato*

Tuttavia, è il favoreggiamento della prostituzione l'ipotesi di reato, nella legge Merlin, maggiormente bisognosa, già a un primo sguardo, di recuperare determinatezza e tassatività tanto la formula normativa appare vaga e ampia: «chiunque in qualsiasi modo favorisca» la prostituzione

[80] Gli aspetti regolamentabili della prostituzione sono vari e più o meno complessi: uso obbligatorio del profilattico, autorizzazione a gestire case di appuntamento, tipi di contratto di lavoro, individuazione di zone dove vietare l'attività in determinati orari o meno (a tutela dei minori, della moralità pubblica), *etc*. La pandemia da Covid-19, d'altra parte, sollecita ancor più una regolamentazione del fenomeno.

[81] Cadoppi, *Moralismo penale e prostituzione*, cit., p. 7.

(art. 3, primo comma, n. 8, l. n. 75 del 1958) (una formula nella quale la giurisprudenza fa rientrare: il prendere telefonate e fissare appuntamenti alla prostituta, accompagnarla sul posto di lavoro, garantirle la sicurezza, fornirle materiale per la sua attività, procurarle clienti, affittarle un appartamento, offrirle determinati servizi di pubblicità, e altro ancora[82]).

L'argomento centrale speso dalla Corte Costituzionale per salvare tale fattispecie dal punto di vista della determinatezza ha fatto leva sul suo rapporto non solo con le altre ipotesi di favoreggiamento di «ampio e sperimentato uso nell'ambito del diritto penale», ma anche a monte col concorso di persone nel reato che non è meno «indeterminato» del favoreggiamento stesso, il quale altro non è, nella legge Merlin, che «una forma di concorso materiale nella prostituzione altrui»[83].

Sennonché, sul concorso di persone, è bene riprendere le parole di Giuliano Vassalli: l'«art. 110 del codice penale del 1930 è la disposizione più incostituzionale che esista nell'ordinamento italiano, quanto meno nell'ordinamento penale. Essa contraddice in modo flagrante l'art. 25 comma secondo della Costituzione». E ancora, «L'art. 110 viola in modo flagrante sia il principio di legalità sia il principio costituzionale di eguaglianza». Tale articolo «annega ogni criterio di razionalità in un indistinto rapporto di causalità […] omettendo del tutto una descrizione e persino una menzione delle condotte punibili e parificando, contro giustizia ed eguaglianza, tutte le ipotetiche e non descritte condotte costitutive del concorso»[84]. Se questo è vero, concorso di persone e favoreggiamento avrebbero entrambi bisogno di essere riformulati dal punto di vista del rispetto della stretta legalità[85].

Sostengo da tempo che anche rispetto al concorso di persone, in particolare nelle ipotesi di concorso morale, specie in quelle più problematiche di rafforzamento del proposito criminoso altrui, occorrerebbe impiegare l'auto-responsabilità, oltre al rapporto causale psichico, per procedere a una selezione modale tassativa delle condotte istigatrici punibili, distinguendole da quelle in cui la scelta di azione sollecitata cade nella responsabilità esclusiva dell'esecutore materiale del reato[86].

Riguardo al favoreggiamento della prostituzione, non ritengo che

[82] *Ibid.*

[83] C. cost., 6.3.2019, n. 141, cit., p. 30.

[84] G. Vassalli, *Sul concorso di persone nel reato*, in «La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso», a cura di A. M. Stile, Jovene, Napoli, 2003, pp. 345-346.

[85] Cfr. Massaro, *Reclutamento e favoreggiamento*, cit., p. 4.

[86] A. Sereni, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Cedam, Padova, 2000, pp. 141 ss.

sia ininfluente, o che possa essere messa tra parentesi, la presenza di una clausola modale troppo ampia e indeterminata come quella di cui all'art. 3, comma primo, n. 8 l. n. 75/1958: (favorire) «in qualsiasi modo» (l'attività prostitutiva). D'altra parte, se si fosse riconosciuto il valore selettivo dell'autoresponsabilità nella prostituzione consapevole e volontaria, si sarebbe certamente sdrammatizzato il problema della determinatezza di questa fattispecie.

Ma questo ci riporta alla questione iniziale e al programma, sempre attuale, di restituire 'neutralità' ideologica al diritto penale della prostituzione.

Anna Salvina Valenzano*

Il rilievo dell'omissione nella truffa

Sommario:1. Condotta a forma vincolata e principio di stretta legalità: il silenzio può costituire artificio o raggiro? – 2. Sulla configurabilità della truffa quale reato omissivo improprio: è applicabile la clausola di equivalenza azione-omissione dell'art. 40 cpv. c.p.? – 3. L'analisi dell'atteggiamento giurisprudenziale: aporie e incongruenze – 4. Il silenzio come 'comportamento concludente'? Rilievi conclusivi.

1. *Condotta a forma vincolata e principio di stretta legalità: il silenzio può costituire artificio o raggiro?*

Un interessante problema, mai sopito in dottrina e giurisprudenza, consiste nello stabilire se ed in qual misura rilevi il contegno inattivo, nella forma del silenzio, nelle fattispecie incriminatrici con condotte a forma vincolata, tra le quali emerge in particolare il delitto di truffa. A differenza delle fattispecie penali a forma libera, in cui la definizione della condotta è priva di vincoli, nella truffa il legislatore ha determinato le modalità della condotta, tipicizzandole, in alternativa tra loro, negli artifizi o raggiri[1].

Per stabilire se possa configurarsi una truffa mediante omissione, occorre dare risposta ad un primo quesito, determinando *se il silenzio, di per sé, possa costituire un artificio o un raggiro che soddisfi il vincolo di tipicità posto dall'art. 640 c.p., trattandosi di fattispecie con condotta a forma vincolata*[2].

* Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

[1] In assenza di una definizione codicistica, in dottrina l'"artifizio' è stato definito come «ogni studiata trasfigurazione del vero, ogni camuffamento della realtà effettuato sia simulando ciò che non esiste, sia dissimulando, vale a dire, nascondendo ciò che esiste» e il 'raggiro' come «un avvolgimento ingegnoso di parole destinate a convincere: più precisamente una menzogna corredata da ragionamenti idonei a farla scambiare per verità»; quindi «l'artifizio opera sulla realtà esterna, creando una falsa apparenza materiale, mentre il raggiro agisce direttamente sulla psiche dell'ingannato»: così, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. I, 14ª ed., Milano, 2002, pp. 356 s.

[2] In dottrina appare come prevalente l'indirizzo che esclude che il silenzio rientri, di per sé, nella portata semantica degli 'artifizi o raggiri': in questo senso, cfr., per tutti, Leoncini,

Premesso che è la medesima norma incriminatrice a definire il contegno penalmente rilevante come attivo od omissivo, lo stabilire se una certa condotta possa ritenersi tipica per la specifica fattispecie penale pone un problema che deve essere correttamente ascritto nel perimetro del principio di stretta legalità, e dei suoi corollari, proprio perché è il medesimo legislatore a stabilire la tipicità del fatto, assegnando valore giuridico-penale ad una condotta determinandone la rilevanza per l'ordinamento come azione o inazione.

L'analisi, quindi, non può che prendere le mosse dai principi generali che governano la legge penale, guardando in particolare ai due profili relativi alla posizione e all'applicazione della norma penale, per stabilire se detta fattispecie, nei termini indicati, risulti conforme alle declinazioni del principio di stretta legalità consistenti nei principi di determinatezza e tassatività[3], in forza dell'art. 25 comma 2 Cost.[4] e, a livello eurounitario, degli artt. 7 Cedu e 49 della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), senza dimenticare le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale[5] da inscriversi nel quadro sovranazionale di riferimento fondato sulla più ampia accezione della 'legalità penale europea' - come

La truffa in assunzione ad un pubblico impiego, in «CP», 1999, pp. 2486 s.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro il patrimonio*, vol. II, tomo II, 2ª ed., Torino, 2000, p. 171; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale*, *Delitti contro il patrimonio*, vol. II, 2ª ed., Padova, 2002, p. 192; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano. Delitti contro il patrimonio*, vol. IX, Torino, 1952, pp. 601 ss.; E. Mezzetti, *Truffa e frode (delitti di)*, in «Dizionario di diritto pubblico», diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, pp. 6047 s.; R. Zannotti, *La truffa*, Milano, 1993, p. 31. Per un *excursus* sulle diverse posizioni dottrinali, si v. F.C. Palazzo, *Truffa mediante omissione*, in «Studium Iuris», 1999, I, p. 179.

[3] Per un ventaglio delle possibili accezioni dei principi di determinatezza e tassatività, in dottrina, cfr., per tutti, Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, pp. 3 ss.; M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, pp. 9 ss.

[4] Per quanto riguarda invece le fonti di legge ordinaria dalle quali ricavare il principio di stretta legalità con i suoi corollari, si v. l'art. 1 c.p., nel quale l'avverbio 'espressamente' contribuisce a definire in particolare il corollario della determinatezza; nonché gli artt. 12 e 14 delle disposizioni sulla leagge in generale (preleggi al codice civile), con specifico riferimento ai contenuti dei principi di riserva di legge e, soprattutto, di tassatività nell'applicazione della norma penale.

[5] Sulla portata del principio di stretta legalità, declinato in particolare nel corollario della determinatezza, per come risultante dal controllo di legittimità delle incriminazioni ad opera della giurisprudenza della Corte Costituzionale, si v., per tutti, la recente indagine di S. Massi, *Speciale anti-doverosità della condotta ed elusione del fatto tipico. Un'indagine sui confini 'costituzionali' della fattispecie penale*, Torino, 2020, pp. 187 ss.

risultante dalla giurisprudenza sovranazionale delle Corti europee[6] - che, se correttamente intesa, trova comunque, a tutela del reo, un imprescindibile argine nella garanzia costituita dalla legge penale.

Come noto, il corollario della determinatezza impone al legislatore di definire la norma, e quindi la fattispecie penale, in modo sufficientemente determinato, dovendo identificare e circoscrivere con precisione i confini dell'area di ciascun illecito penale in rapporto alla più vasta area della liceità penale. Mentre il principio di tassatività impone al giudice un'applicazione della norma penale, che sia stata formulata in modo determinato, dentro i confini posti dal legislatore, dovendo applicare la norma ai soli casi dalla stessa espressamente previsti per evitare una illegittima estensione degli stretti confini della frammentaria area del penalmente illecito. Con la conseguenza che è vietato, al giudice penale, far ricorso al procedimento analogico nell'applicazione di una norma incriminatrice.

Ciò posto, potrebbe in qualche misura dubitarsi della sufficiente determinatezza della fattispecie legale di truffa, la quale, pur non prevedendo

[6] Sul rilievo dogmatico del principio di stretta legalità a livello sovranazionale, e sulla sua portata applicativa, si v., per tutti, A.M. Maugeri, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano, 2008, pp. 119 s. Per i contenuti del principio di stretta legalità, e dei suoi corollari, alla luce della più recente giurisprudenza sovranazionale delle Corti europee, cfr., per tutti, Massi, *Speciale anti-doverosità della condotta ed elusione del fatto tipico*, cit., pp. 191 ss., là dove muove dal presupposto che, nella lettura della Corte Edu, l'art. 7 Cedu consente la definizione di un fatto di reato, e la previsione di una corrispondente pena, non soltanto attraverso la legge scritta (in linea con gli ordinamenti europei *Civil law*), ma anche attraverso l'interpretazione giurisprudenziale (secondo la tradizione degli ordinamenti di *Common law*), la quale può, quindi, a determinate condizioni, divenire 'fonte'. Tuttavia, nonostante il diverso peso attribuito alla 'fonte scritta' nella giurisprudenza della Corte Edu, rimane un fondamentale limite legale nella misura in cui «il diritto giurisprudenziale trova comunque un limite nella legge; sicché il diritto penale non può essere costruito estensivamente a svantaggio dell'accusato, per esempio attraverso il ricorso all'analogia» (*Ivi*, p. 201). Nel senso che, per individuare i più specifici contenuti della legalità penale nella 'concezione europea', occorra parametrare il principio di legalità all''accessibilità' e alla 'prevedibilità' della norma, dovendo il precetto penale, secondo la Corte di Strasburgo, indipendentemente dalla tipologia della fonte che lo preveda, possedere «caratteristiche *qualitative* tali da risultare *accessibile* ai suoi destinatari, e da far apparire *prevedibile* al momento del fatto la sua futura applicazione da parte del giudice», cfr. F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in «DPC», 5.4.2017, pp. 9 s. Per un'analisi recente su tali profili, anche nella prospettiva della 'legalità europea', cfr. A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, *passim*.

vere e proprie 'clausole generali', contiene tuttavia taluni 'elementi valutativi'[7], tra cui le note tipiche della condotta consistenti negli artifici o raggiri, che, in quanto tratti dal linguaggio comune, sono stati definiti come 'elementi vaghi'[8] proprio in rapporto al loro contenuto.

Il vincolo consistente in un contegno dell'autore che integri un artificio o raggiro, quale 'elemento valutativo' tipico, non sembra ammettere, di per sé stesso, il rilievo del mero silenzio, nemmeno là dove si tratti di silenzio antidoveroso in violazione di un obbligo civilistico o comunque extrapenale. Quindi la risposta al primo quesito posto è, in via di principio, di segno negativo, perché una diversa interpretazione della condotta a forma vincolata, diretta a ricomprendere il silenzio nella semantica degli artifici o raggiri, travalicherebbe il significato della condotta per come espressamente tipicizzato dal legislatore penale.

Tuttavia, vi è sin d'ora da rilevare che, come meglio vedremo[9], in sede applicativa, la condotta a forma vincolata, per lo più la nota tipica costituita dal raggiro, ha subìto una significativa estensione, sino a comprendere nel suo alveo anche condotte di pura inazione, attraverso una interpretazione che, in realtà, finisce per superare il significato letterale del dato normativo. Gli annali di giurisprudenza sono colmi di decisioni che, nell'estendere oltremodo l'area dell'incriminazione, hanno affermato la penale responsabilità di chiunque serbi maliziosamente il silenzio in ordine a talune circostanze che avrebbe dovuto comunicare, così inducendo in errore il preteso soggetto passivo del reato che, altrimenti, non avrebbe compiuto l'atto dispositivo a suo danno e a vantaggio altrui. Si tratta di un non condivisibile fenomeno di estensione applicativa, o meglio 'supplenza giurisprudenziale', che, a nostro avviso, viola il principio di tassatività attraverso una interpretazione della norma penale che supera lo sbarramento posto dal limite costituito dall'applicazione ai soli casi espressamente considerati dalla stessa norma incriminatrice, giungendo così a valicare il confine posto dal divieto di analogia *in malam partem*[10].

[7] In dottrina, per i cardini della distinzione tra elementi descrittivi (o naturalistici) ed elementi valutativi e normativi nella fattispecie penale, cfr., per tutti, Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, pp. 109 ss. e, con più specifico riferimento alla natura degli elementi tipicizzati nella fattispecie di truffa, *Ivi*, pp. 277 s.

[8] Per questa lettura, in dottrina, cfr., per tutti, G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in «DDP», vol. VIII, Torino, 1994, p. 322, il quale evidenzia anche l'impossibilità di eliminare gli 'elementi vaghi' e 'valutativi' dalle norme incriminatrici, «nonostante la forte delegazione che da essi deriva al potere giudiziario» (*Ibid.*).

[9] Per approfondimenti sul punto, si rinvia, *infra*, al par. n. 3.

[10] In dottrina, sul rischio dar luogo ad un procedimento analogico, là dove si superino i

Del resto, ragionando diversamente da quanto appena prospettato, cioè ammettendo che sia sufficiente il mero silenzio ad integrare il raggiro o l'artificio secondo l'astratta formulazione dell'art. 640 c.p., in sé considerato, si giungerebbe al paradosso di considerare il delitto di truffa quale reato omissivo proprio, cioè quale fattispecie che attribuisca, di per sé, un autonomo rilievo alla condotta omissiva ai fini della integrazione del reato medesimo. Detta considerazione vale, ovviamente, là dove, a nostro avviso correttamente, si ancori la distinzione tra reato omissivo proprio e improprio all'astratta formulazione della norma penale[11] e non alla circostanza che il primo costituirebbe un reato di pura condotta e il secondo un reato di evento, come invece la dottrina maggioritaria ritiene[12]. Nel senso che la differenza tra omissione propria e impropria non è da identificarsi *tout court* in quella tra reato di pura condotta - se omissivo proprio - e reato di evento - se omissivo improprio - ma deve, più propriamente, essere identificata nella diversa tecnica di tipizzazione della fattispecie penale, dato che la tipicità dell'omissione propria è definita dal legislatore come tale nella singola norma incriminatrice speciale, mentre nella omissione impropria la tipizzazione è diversa, essendo costruita, come meglio vedremo, per combinazione di più norme, il cui combinato disposto consente di considerare equivalente l'omissione all'azione e, quindi, la causazione dell'evento mediante omissione alla causazione dell'evento mediante azione.

2. *Sulla configurabilità della truffa quale reato omissivo improprio: è applicabile la clausola di equivalenza azione-omissione dell'art. 40 cpv. c.p.?*

Superato il primo problema, occorre chiedersi se il silenzio possa assumere rilievo nella truffa attraverso un diverso meccanismo normativo di potenziale duplicazione delle fattispecie penali e, segnatamente, *se*

confini dell'interpretazione, sia pur estensiva, andando oltre il possibile significato letterale dei termini normativi «artifizi o raggiri», cfr. Leoncini, *La truffa in assunzione ad un pubblico impiego*, cit., p. 2486. Sul tema più generale relativo allo sviluppo attuale del fenomeno del c.d. 'diritto giurisprudenziale penale', nel complesso rapporto con i limiti costituzionali posti dai principi di riserva di legge, tassatività e dal divieto di analogia in materia penale, si v. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in «DPC-RT», n. 3/2016.

[11] Per il fondamento dogmatico dell'evidenziato criterio distintivo, cfr. Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, cit., pp. 238 s.

[12] In dottrina, per il segnalato indirizzo prevalente, si v., per tutti, Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, 4ª ed., Padova, 2001, pp. 138 s.

la truffa possa considerarsi come un reato omissivo improprio, attraverso l'applicazione della clausola di equivalenza tra azione e omissione stabilita dall'art. 40 cpv. c.p.

In altri termini, occorre stabilire se l'art. 40 comma 2 c.p. possa reagire sull'art. 640 c.p., dando luogo alla incriminazione e punizione della truffa per omissione impropria, dato che, come detto, non è sufficiente di per sé sola la norma incriminatrice speciale che non definisce il comportamento omissivo come comportamento rilevante, ma, ove possibile, andrebbe combinato l'art. 640 c.p. con l'art. 40 cpv. c.p., che stabilisce il presupposto della tipicità della condotta inattiva nel contrasto dell'inazione con l'obbligo giuridico di impedimento, attraverso un meccanismo combinatorio della specifica norma incriminatrice con detta norma di parte generale.

Sul tema specifico la dottrina è divisa tra coloro che ammettono[13] e quanti escludono[14] che la fattispecie di truffa sia suscettibile di conversione in reato omissivo improprio, in forza della clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p., non potendo essere convertita trattandosi di fattispecie a forma vincolata.

Ma andiamo con ordine. Per poter giungere ad affermare la configurabilità della responsabilità penale per l'omesso impedimento dell'evento del reato di truffa, debbono essere soddisfatte due condizioni.

In primo luogo, occorre stabilire l'esistenza del nesso causale tra l'omissione e l'evento lesivo, accertando che, senza la 'condizione statica', ovvero senza l'inazione consistente nel mancato compimento dell'azione doverosa, l'evento lesivo non si sarebbe verificato, secondo il giudizio controfattuale: l'inazione può considerarsi causa dell'evento del reato solo se, ove non fosse sussistita, l'evento non si sarebbe verificato. Perciò, ai fini dell'accertamento del nesso causale, occorre stabilire se la condotta

[13] In dottrina, a favore della configurabilità della truffa mediante omissione attraverso il meccanismo di conversione di cui all'art. 40 comma 2 c.p., cfr., per tutti, G. Cortese, *La struttura della truffa*, Napoli, 1968, pp. 159 ss.; G. Marini, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, pp. 87 ss.; Id., voce *Truffa*, in «DDP», vol. XIV, Torino, 1999, p. 368; C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 218; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 354; G. Sammarco, *La truffa contrattuale*, Milano, 1974, pp. 170 s.

[14] Nella letteratura, nel senso di escludere la configurabilità della truffa mediante omissione impropria, cfr., per tutti, Fiandaca, Musco, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio,* cit., pp. 170 s.; Leoncini, *La truffa in assunzione ad un pubblico impiego*, cit., p. 2485; Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio,* cit., p. 192; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano. Delitti contro il patrimonio*, cit., pp. 601 ss.; Mezzetti, *Truffa e frode (delitti di)*, cit., p. 6048; Zannotti, *La truffa*, cit., p. 31.

omissiva, cioè l'omissione dell'azione doverosa, integri la *condicio sine qua non* dell'evento non impedito, potendosi la condotta omissiva considerare causativa dell'evento là dove la condotta 'salvifica' (con ciò intendendosi quella doverosa non tenuta) lo avrebbe potuto evitare. Il giudizio, fondato su leggi universali o statistiche, postula che il procedimento dell'eliminazione mentale si innesti «su un ulteriore giudizio ipotetico della c.d. "addizione mentale", rispetto alla condotta doverosa non tenuta, *nel senso di dover accertare se, tenendo quest'ultima, il soggetto avrebbe evitato l'evento*»[15].

In secondo luogo, quale ulteriore presupposto della responsabilità penale per l'omesso impedimento dell'evento, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., il soggetto 'inerte' deve essere titolare di un 'obbligo giuridico di impedire l'evento', affinché l'omissione possa considerarsi causalmente 'equivalente' all'azione. È proprio l'esistenza dell''obbligo giuridico di impedire l'evento' che consente di valutare una certa condotta non più semplicemente 'inerte', ma 'omissiva', poiché inosservante dello specifico obbligo giuridico[16].

Quindi, una corretta analisi impone di scomporre due diversi momenti logici[17]: *in primis*, di valutare il profilo dell''esistenza' di un obbligo impeditivo per stabilire cioè se esista detto obbligo in capo al soggetto che resti inerte e, in secondo luogo, di considerare se un tale obbligo sia munito di 'rilevanza penalistica', ove si concluda per la sua esistenza. In altri termini, ove pur si dovessero individuare in capo al soggetto che resti in silenzio specifici obblighi di intervento, a tutela dell'altrui bene giuridico patrimoniale, derivanti da 'precise fonti giuridiche' (diverse dall'art. 40 cpv. c.p. in sé e per sé), il secondo momento logico dell'analisi imporrebbe in ogni caso di chiedersi se gli obblighi eventualmente individuati, in rapporto al loro più specifico 'contenuto', possano essere considerati obblighi giuridici 'di impedimento' dell'evento del reato di truffa, muniti di rilievo penalistico ai sensi del medesimo art. 40 comma 2 c.p., proprio nella misura in cui nel loro 'contenuto' sia rinvenibile un obbligo di attivarsi per impedire l'evento del delitto.

Sotto il primo profilo, vi è da tener presente che una corretta interpretazione dell'art. 40 cpv. c.p. postula in ogni caso l'individuazione di una diversa, ulteriore 'fonte giuridica' dello specifico obbligo di impedimento

[15] Così, testualmente, Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, cit. p. 267.

[16] Per approfondimenti sul punto, si rinvia a Fiorella, voce *Responsabilità penale*, in «ED», vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1300.

[17] Per una più approfondita analisi dogmatica di questi due profili, sia consentito rinviare a A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza, tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, 2019, pp. 353 ss.

in capo al soggetto cui, eventualmente, la norma incriminatrice rinvii[18]; dovendosi trattare di un obbligo specificamente diretto ad una cerchia di soggetti che si trovino in una determinata relazione qualificata con il bene giuridico da proteggere[19].

Inoltre, non appare sufficiente la condizione, giuridica o naturalistica, del 'poter' intervenire a tutela di un bene giuridico per costituire un obbligo di garanzia in capo ad un soggetto, poiché l'art. 40 cpv. c.p. richiede espressamente che 'preesista' in capo al garante dell'altrui bene giuridico un più specifico 'obbligo giuridico' di impedire l'evento, non potendosi perciò ricavare l''obbligo giuridico' di impedimento direttamente dall'art. 40 cpv. c.p. e non esistendo nel nostro ordinamento giuridico un 'obbligo generale' di impedire l'evento[20].

Quanto al secondo profilo, nello stabilire l'eventuale 'rilievo penalistico' dell'obbligo che sia stato eventualmente individuato, in rapporto al suo 'contenuto', occorre distinguere l''obbligo giuridico di impedimento dell'evento' da obblighi di contenuto diverso, che possono definirsi, in via più generale, come 'obblighi giuridici di attivazione' (nella dottrina tedesca, *Handlungspflichten*). Lo sforzo della dottrina, anche d'oltralpe, è perciò quello di selezionare, tra gli obblighi giuridici di attivazione di diversa natura, dal 'contenuto' anche assai diverso tra loro, quelli che possono essere considerati obblighi giuridici di garanzia («*Garantenpflichten*») per essere effettivamente orientati alla protezione di beni giuridici, proprio in relazione al 'contenuto' dell'attività che l'ordinamento comanda a determinate categorie di soggetti, affermando sotto questo profilo un principio di autonomia del diritto penale rispetto ai modelli extrapenali di tutela[21].

[18] In tal senso, cfr. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, p. 186, il quale conclude nel senso che «per rinvenire la fonte dell'obbligo, occorre riferirsi ad una fonte giuridica cui eventualmente la norma incriminatrice del caso rinvii».

[19] Nel senso che la 'specificità' dell'obbligo indica che l'obbligo medesimo «deve esistere in quel determinato rapporto obbiettivo» e, quindi, «può essere generale, e cioè valevole per tutti i cittadini; professionale o d'ufficio, e cioè valevole solo per una classe o categoria di persone, o speciale, e cioè valevole solo per un individuo», cfr. Antolisei, *L'obbligo di impedire l'evento*, in «RIDP», 1936, p. 128.

[20] In questo senso, nella letteratura italiana, cfr., per tutti, Antolisei, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., pp. 128 s., il quale bene chiarisce che «nel diritto odierno non esiste un obbligo generale di impedire i reati. Il cittadino, di regola, non è tenuto ad attivarsi per evitare che altre persone violino la legge penale», posto che «è fuori dubbio che il Codice Rocco con la disposizione del capoverso dell'art. 40 non ha voluto far rivivere la complicità negativa o connivenza».

[21] Sulla differente *ratio* dei modelli di tutela penale e civile alla base dei diversi obblighi

Ora, nel tentativo di chiarire i presupposti necessari ai fini del costituirsi di un obbligo giuridico dal contenuto impeditivo in capo ad un soggetto, cioè di un pregnante obbligo di garanzia («*Garantenpflicht*») munito di rilievo penale ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., la dottrina ha enucleato i tratti tipici che definiscono l''obbligo giuridico di garanzia', tenendo presente quali parametri di riferimento i principi generali del nostro sistema penale, ponendo innanzi tutto l'accento sulla 'giuridicità' dell'obbligo, proprio in quanto deve essere previsto da una determinata 'fonte' formale, nel rispetto del principio di stretta legalità[22]. L'obbligo di intervento inoltre deve avere un 'contenuto specifico', e non generico o indeterminato, in adesione al principio di determinatezza, in quanto contribuisce a tipicizzare il reato omissivo improprio. D'altronde, oggetto dell'obbligo giuridico deve essere proprio l'azione che avrebbe impedito l'evento lesivo, nel senso che il garante deve essere giuridicamente obbligato a compiere la specifica azione che avrebbe evitato il verificarsi dell'evento[23]. I soggetti destinatari del vincolo giuridico debbono essere anch'essi determinati, trattandosi di un obbligo che grava su determinate categorie di individui che debbono essere ben individuate[24].

Infine, i soggetti destinatari dell'obbligo devono trovarsi in un particolare rapporto giuridico con il bene patrimoniale da proteggere, vale a dire nella 'posizione giuridica di garanzia', in quanto muniti dei 'poteri giuridici impeditivi' necessari a scongiurare il verificarsi dell'evento offensivo. Sono proprio i 'poteri giuridici' stabiliti dall'ordinamento[25], in quanto correlati

giuridici di attivazione nei due distinti rami dell'ordinamento, cfr., per tutti, A. Grünwald, *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, Berlin, 2001, pp. 18 ss.

[22] Nella letteratura penalistica italiana, sul principio di stretta legalità e sui suoi corollari, cfr., per tutti, Vassalli, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., pp. 282 ss.

[23] Nella dottrina italiana, in questo senso, cfr., per tutti, Antolisei, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., p. 128, il quale precisa che «solo quando si può dire che esisteva un obbligo specifico di evitare con una certa azione un certo evento, il non compimento di quella azione importa responsabilità per l'evento stesso».

[24] In questo senso, cfr. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, pp. 252 ss., secondo il quale i criteri per individuare il 'rilievo penale' dell'obbligo di impedimento dell'evento possono essere sintetizzati nei seguenti: l'obbligo deve essere rivolto all'impedimento di eventi del 'tipo' verificatosi; il titolare del bene giuridico garantito deve essere, anche solo in parte, incapace di proteggerlo in misura adeguata rispetto ai pericoli che possano profilarsi; l'obbligo deve gravare su specifici soggetti per la protezione di specifici beni giuridici; la tutela di detti beni deve essere l'oggetto immediato della situazione tipica dell'obbligo. Nel senso che «la responsabilità per omissione presuppone sempre un affidamento del bene giuridico ad una cerchia più o meno ampia di soggetti»: cfr. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 200.

[25] Nel senso che dal principio di personalità della responsabilità penale che postula

all'obbligo giuridico, a qualificare il 'contenuto' del medesimo obbligo di garanzia, distinguendolo da altri obblighi affini che non possono però considerarsi obblighi di garanzia[26]. Sotto questo profilo, è perciò essenziale che rientri tra i poteri giuridici del garante quello di impedire l'evento offensivo da evitare e il garante deve anche avere, in concreto, la possibilità materiale di tenere l'azione impeditiva cui è obbligato, in osservanza del noto principio *ad impossibilia nemo tenetur*.

Ora, per individuare la 'posizione di garanzia' — rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. — in capo ad un soggetto, va in ogni caso dedicata particolare attenzione al 'tipo' di affidamento che intercorre tra il garante ed il bene[27]: deve invero trattarsi di un affidamento del bene giuridico al garante pressoché completo, per cui il bene può considerarsi 'nelle mani' del titolare dell'obbligo. Ciò soltanto giustifica che l'omesso impedimento da parte del garante dell'offesa al bene possa essere parificato all'offesa del medesimo bene giuridico mediante comportamento attivo, anche sul piano sanzionatorio, posto che la responsabilità per azione è da considerarsi come normalmente più grave rispetto alla responsabilità omissiva[28]. In questo senso si giustifica il ricorso al concetto di «omissione-parificabile-all'azione»[29] posto a fondamento della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 comma

l'appartenenza del fatto all'agente, ai sensi dell'art. 27 Cost., si ricava un requisito fondamentale dell'obbligo di garanzia, che lo distingue dagli altri obblighi di mera attivazione, consistente nella «necessaria corrispondenza tra il dovere giuridico 'impeditivo' ed un simmetrico *potere giuridico*, effettivo e certo, di soddisfare tale pretesa»: Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 49; nonché N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, pp. 42 ss.

[26] Sulla necessaria corrispondenza tra l'obbligo giuridico 'impeditivo' e il simmetrico 'potere giuridico' di impedimento, si v. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 49.

[27] Significativo rilievo assume l'individuazione dello specifico bene protetto: se, ad esempio, l'obbligo giuridico di garanzia è posto a tutela del bene-vita di un individuo, lo stesso obbligo non potrà estendersi alla tutela del diverso bene-patrimonio del medesimo individuo; così come non potrà automaticamente estendersi alla tutela di analogo bene giuridico (nell'esempio, del bene-vita) che tuttavia appartenga a soggetto diverso.

[28] Nel senso che, ai fini dell'applicabilità dell'art. 40 comma 2 c.p., debba in ogni caso trattarsi di una omissione che esprima anche una efficienza causale pari all'azione, là dove la salvezza del bene giuridico 'dipenda' in maniera risolutiva dall'intervento del garante, quale soggetto obbligato, per poter giustificare «la parificazione anche dal punto di vista del principio costituzionale di giustizia sostanziale e quindi di proporzionalità»: Fiorella, voce *Responsabilità penale*, cit., p. 1300.

[29] In questo senso, cfr. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., pp. 199 ss. Cfr., altresì, Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., pp. 41 s.

2 c.p., proprio perché la tutela del bene giuridico 'dipende' dall'intervento salvifico del garante.

È proprio la specificità del 'tipo' di affidamento, pieno, del bene da proteggere nelle mani del «*Garant*», a fondare l'indicata distinzione tra gli obblighi impeditivi penalmente rilevanti («*Garantenpflichten*») e gli obblighi di mera attivazione («*Handlungspflichten*»), la violazione dei quali non sembra poter costituire una «omissione-parificabile-all'azione» necessaria ai fini dell'applicabilità della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p.

Sotto questo profilo, la specifica norma che prevede l'obbligo giuridico di attivarsi deve essere correttamente interpretata per stabilire se, proprio in rapporto al 'contenuto' dell'attività prescritta, contempli un 'obbligo di garanzia' («*Garantenpflicht*») oppure un semplice 'obbligo di sorveglianza'[30] («*Aufsichtspflicht*»), là dove in capo al titolare dell'obbligo sia stata posta una semplice 'obbligazione di mezzi', e non 'di risultato', nel senso di dover l'obbligato soltanto 'agevolare' l'impedimento dell'evento del reato e non, egli stesso, direttamente impedirlo, per l'assenza dei necessari 'poteri giuridici impeditivi'.

Quindi, il particolare affidamento del bene giuridico nelle mani del 'garante' si giustifica nella sola misura in cui l'ordinamento abbia preventivamente attribuito allo stesso una rosa di 'poteri giuridici' necessari per poter intervenire a difesa del bene giuridico protetto che, in quanto tale, fondi la 'posizione di garanzia' (o «*Garantenstellung*»); la quale, nella letteratura d'oltralpe e poi in quella italiana, è stata ulteriormente declinata, attraverso una 'bipartizione funzionale', nella posizione di 'protezione' di beni giuridici («*Beschützgarantenstellung*») e in quella di 'controllo' di fonti di pericolo («*Überwachungsgarantenstellung*»), da cui la sicurezza di beni giuridici di altri dipende per l'incapacità di questi ultimi di proteggerli da soli, trattandosi di posizione su cui questi, pertanto, fanno affidamento[31].

[30] Sui più ampi riflessi dogmatici riconducibili alla distinzione tra 'obblighi di garanzia' e semplici 'obblighi di sorveglianza', si v., in dottrina, per tutti, Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., pp. 199 ss.; Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., pp. 50 ss.; volendo, Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza, tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, cit., pp. 376 ss. Sulla distinzione tra 'obblighi di attivarsi', 'obblighi di garanzia' e 'obblighi di sorveglianza', si v. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., pp. 14 ss. e, *amplius*, pp. 55 ss., per la quale l'"obbligo di attivarsi', là dove sia munito di rilevanza penale, è da identificarsi nel dovere di agire posto - o comunque richiamato - da una norma incriminatrice che preveda un reato omissivo proprio; nonché F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 158 ss.

[31] Nella letteratura tedesca, per l'elaborazione dogmatica del concetto di *Garantenstellung*, che chiarisce il fondamento della parificabilità tra azione ed omissione, cfr., per tutti, di

Più in particolare, la posizione di 'protezione' («*Beschützgarantenstellung*») è diretta a tutelare il bene o i beni giuridici protetti dai diversi pericoli che possano minacciarli, per l'incapacità del relativo titolare di contrastare i pericoli che possano pregiudicare i beni medesimi. Il garante è perciò tenuto a vigilare affinché il bene o i beni giuridici vengano tutelati da ogni pericolo di lesione[32]. Mentre la posizione di 'controllo' («*Überwachungsgarantenstellung*») è rivolta a neutralizzare una fonte di pericolo («*Gefahrenquelle*») per garantire che non vengano lesi beni giuridici, anche diversi, esposti al pericolo[33]. Il garante è quindi tenuto a vigilare su una determinata fonte di innesco di un pericolo per gli interessi di terzi che non possano da soli adottare adeguate misure di protezione, garantendo la 'sicurezza del traffico' che potrebbe essere lesa dalla medesima fonte pericolosa da controllare[34].

Tornando ora al profilo, speculare, relativo al 'contenuto' dell''obbligo di

H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 2013, p. 504. È importante richiamare anche analisi più lontane nel tempo, come quella del Krug (A.O. Krug, *Kommentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855,* 4 Abteilung, Leipzig, 1855, p. 38), che identificava il fondamento dell''obbligo di impedimento' dell'evento nella 'promessa di soccorso' nello stesso implicita; ovvero quella del Kohler (J. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, Band 1, Mannheim, 1889, p. 46) che invece identificava nella violazione dell''obbligo di impedimento' dell'evento quell'offesa all'attesa di comportamento cui fa affidamento l'individuo in una collettività socialmente organizzata.

[32] In questo senso, nella dottrina tedesca, cfr. A. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 283, per il quale «*Einmal kann das Gebotssubject "auf Posten gestellt" sein zum Schutze eines ganz bestimmten Rechtsgutes gegen alle Angriffe, gleich aus welcher Richtung; hier besteht die Schutzfunktion in der "Rundumverteidigung" des konkreten Rechtgutes gegen Gefahren verschiedener Art*». Nella letteratura italiana, cfr. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pp. 172 ss.; Grasso, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 294 ss.

[33] Nella dottrina italiana, in questo senso, cfr. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 189 ss.; Grasso, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 320 ss. Nella letteratura tedesca, cfr. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., pp. 283 s., per il quale «*Zum anderen kann die Garantenposition in der* Überwachung *einer bestimmten Gefahrenquelle bestehen, gleichgültig, welchen konkreten Recthsgütern im einzelnen aus dieser Quelle Gefahren drohen*»; precisando altresì che la 'posizione di garanzia' che comporti l'obbligo di vigilanza su una determinata fonte di pericolo può trovare il proprio fondamento in una 'precedente condotta pericolosa' del soggetto («*Ingerenz*»), ovvero nel tessuto sociale per un ambito di 'dominio sulla persona' («*Herrschaftsbereich einer Person*») o, infine, può radicarsi in 'speciali relazioni di fiducia' («*aus speziellen Vertrauenverhältnissen*»).

[34] In questo senso, nella letteratura italiana, cfr. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 320 s.; in quella tedesca, cfr. H.J. Rudolphi, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, pp. 103 s.

garanzia'[35], questo può essere perciò declinato nell''obbligo di protezione'[36] del garante di determinati beni giuridici a lui affidati contro tutte le fonti di pericolo che possano minacciarli, stante l'incapacità del titolare degli stessi di proteggerli autonomamente (che fonda la «*Beschützgarantenstellung*»), che è quello che maggiormente interessa ai fini della nostra indagine; ovvero nell''obbligo di controllo'[37] di determinate fonti di pericolo a tutela dei diversi beni giuridici ad esse esposti, per il quale il garante è titolare di poteri giuridici di controllo della fonte di pericolo, in quanto i titolari dei beni minacciati non possono proteggersi da soli senza ingerirsi nella sfera giuridica altrui (fondante la «*Überwachungsgarantenstellung*»).

Fermo restando che è solo dalla 'risultante' dell'obbligo giuridico e del correlativo potere giuridico, quale effetto della 'somma' tra le due componenti giuridiche, che ha origine la 'posizione di garanzia' penalmente rilevante. Quindi, in definitiva, può qualificarsi 'garante' unicamente un soggetto titolare di uno 'specifico' obbligo di azione, l'obbligo giuridico di impedire l'evento, quale obbligo gravante su determinate categorie di soggetti che siano anche dotati di adeguati 'poteri giuridici' di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di detti beni di proteggerli adeguatamente.

Alla luce dei risultati dell'indagine sin qui condotta, occorre ora chiedersi se possa individuarsi un 'obbligo giuridico di garanzia' in capo al soggetto che resti inerte, in silenzio, di fronte alla controparte, posto che per potersi ammettere la responsabilità penale per omissione impropria, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., dovrebbe individuarsi, come detto, la titolarità in capo al medesimo di un obbligo giuridico munito di 'rilevanza penalistica' che lo renda 'garante' dell'altrui patrimonio, tenendo presente la necessità che detto obbligo risulti conforme ai requisiti sin qui enucleati come essenziali ai fini dell'equiparazione dell'omissione all'azione.

Ora, sotto questo profilo, a noi sembra che gli obblighi di matrice

[35] Nella dottrina d'oltralpe, viene riconosciuta l'essenza della 'posizione di garanzia' nel differente 'contenuto' materiale dell'obbligo di garanzia, secondo la bipartizione, riferibile all'obbligo di 'protezione' e di 'controllo', tra «*Obhutspflichten*» e «*Sicherungspflichten*»: in questo senso, cfr. H. Mayer, *Die besonderen Tatbestandsmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, Jur. Diss. v. 9. Aug. 1934, *passim*. In tempi meno remoti, cfr., altresì, G. Freund, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: Eine Untersuchung zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln, 1992, pp. 232 ss.; J. Vogel, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, *passim.*

[36] Nella dottrina italiana, cfr., per tutti, Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., pp. 81 ss., anche per la dottrina *ivi* richiamata.

[37] Cfr., per tutti, Ead., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., pp. 96 ss., anche con riferimento alla dottrina citata.

civilistica, siano essi individuabili in obblighi giuridici di informazione, ovvero nel generico obbligo di comportarsi secondo 'buona fede' nei rapporti con la controparte, tanto nella fase di trattativa, o stipula, quanto nell'esecuzione contrattuale[38], non abbiano un pregnante 'contenuto' di 'protezione' dell'altrui bene giuridico patrimoniale e, quindi, non costituiscano obblighi di 'garanzia', ma rappresentino dei semplici obblighi di comportarsi nel rispetto del canone della 'buona fede', trattandosi di meri 'obblighi di attivarsi'[39] per informare la controparte e non anche per tutelarne il patrimonio. Essi costituiscono, in definitiva, semplici obblighi di attivazione che impongono un comportamento orientato ai principi di correttezza e buona fede nei rapporti contrattuali, senza tuttavia costituire un obbligo di impedimento dell'evento di danno all'altrui patrimonio che sia idoneo ad attivare la clausola di equivalenza azione-omissione stabilita dall'art. 40 comma 2 c.p., posto che dall'obbligo di buona fede non si può inferire, di per sé, un obbligo di impedimento penalmente rilevante. D'altronde, vi è anche da considerare che, nel sistema generale, il rilievo di obblighi civilistici di corretto comportamento deve tener conto del 'principio di autoresponsabilità'[40] del soggetto che sia pienamente capace di intendere e volere, in forza del quale non è certamente possibile addossare pregnanti obblighi di intervento, quali obblighi di 'garanzia', in capo ad un soggetto solo perché più attento o più scaltro di un altro, ad esempio, nel condurre una trattativa contrattuale.

In conclusione, detti obblighi extrapenalistici non costituiscono obblighi di intervento posti a carico di un soggetto quale 'garante' del bene giuridico patrimoniale altrui, il cui attivarsi dovrebbe invece essere considerato dalla legge come 'essenziale' ai fini della protezione del bene giuridico per l'incapacità del titolare del patrimonio di proteggerlo adeguatamente; non costituiscono, cioè, 'obblighi di garanzia' idonei ad incardinare una «*Garantenstellung*» perché il patrimonio della controparte non è stato

[38] Gli obblighi di matrice civilistica che potrebbero rilevare in questo senso sono connotati da contenuti differenti tra loro e sono stabiliti da diverse disposizioni codicistiche, tra cui, a titolo di esempio, si v. gli articoli 1175, 1337, 1338, 1358, 1366, 1375, 1391, 1460, 1746, 1759 del codice civile.

[39] In questo senso, cfr. Leoncini, *La truffa in assunzione ad un pubblico impiego*, cit., p. 2485.

[40] Sui cui più specifici contenuti e sulle cui implicazioni dogmatiche, si v., per tutti, A. Sereni, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, *passim*. Più di recente, sugli sviluppi dogmatici del principio di autoresponsabilità nel diritto penale italiano oltre che nel sistema tedesco, si v. i contributi pubblicati in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco, M. Helfer, 2020, Nomos e Giappichelli, *passim*.

'affidato' dal legislatore ad un soggetto-garante, cioè non è stato consegnato 'nelle mani' del soggetto che resti inerte, in silenzio, il quale non è, quindi, titolare di alcun obbligo di protezione che possa concretare un vincolo di garanzia a tutela dell'altrui patrimonio.

D'altronde, è erroneo identificare, in modo pressoché automatico, una posizione di garanzia in capo ad un soggetto per il solo fatto che eserciti un'attività contrattuale, sia essa nella fase di trattativa, o stipula, ovvero di esecuzione di un negozio giuridico, a tutela di un soggetto che non sia, di per sé, incapace di tutelare adeguatamente i propri interessi patrimoniali, per il rischio di produrre un indominabile effetto moltiplicatore delle sfere della garanzia penale, tale da radicare presunte posizioni di garanzia in capo a chiunque e, dunque, di ampliare enormemente la sfera del rilevante penalistico. Dimenticando, quindi, l'osservanza del principio che riserva l'intervento penale all'*extrema ratio*, nel rapporto interferenziale che corre con gli altri rami dell'ordinamento giuridico. Del resto, ogni volta in cui un soggetto, in una fase negoziale, anche di tipo *pre* o *post* contrattuale, violi un obbligo di buona fede o un obbligo informativo che sia posto dalla normativa civilistica, potrà essere chiamato a rispondere per il corrispondente illecito civilistico, ma non anche per un illecito penale, secondo meccanismi pressoché automatici di attribuzione della responsabilità penale, al di là e dimentichi di ogni basilare garanzia.

Tirando le fila, in sintesi, per le ragioni evidenziate, la risposta al quesito posto deve considerarsi di segno negativo, dovendosi ritenere che *la fattispecie a forma vincolata di truffa non risulti suscettibile di conversione in reato omissivo improprio, non potendosi applicare la clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p. in assenza di uno specifico obbligo giuridico di impedimento dell'evento in capo al garante, al quale andrebbe affidata la tutela dell'altrui patrimonio per l'incapacità del titolare del bene giuridico di proteggerlo dalle aggressioni.*

3. *L'analisi dell'atteggiamento giurisprudenziale: aporie e incongruenze*

Il problema di stabilire l'eventuale rilievo del contegno inattivo nella fattispecie di truffa si è posto con vigore anche nella giurisprudenza, di merito e legittimità, e ha trovato delle soluzioni non sempre lineari che, ad una più attenta analisi, celano una confusione di fondo che può dare origine ad aporie e incongruenze nel sistema penale, ove unitariamente considerato.

Ma andiamo con ordine.

La giurisprudenza prevalente ammette la punibilità della truffa per omissione, in particolare nell'ipotesi di «truffa contrattuale», ritenendo che per integrare gli artifici o raggiri sia sufficiente il mero «silenzio» maliziosamente serbato da parte di chi abbia «l'obbligo di comunicare» determinate circostanze essenziali ai fini della determinazione della volontà negoziale del contraente, che, in questa chiave di lettura, viene considerato quale soggetto passivo del delitto di truffa[41].

Tra le altre, vi sono sentenze che, sempre in materia di truffa contrattuale, ritengono integrata la condotta tipica in presenza del silenzio maliziosamente tenuto dal preteso agente su determinate circostanze, che invece avrebbe dovuto comunicare alla controparte, anche là dove la presunta vittima non abbia tenuto un comportamento diligente e, cioè, «indipendentemente dal fatto che dette circostanze siano conoscibili dalla controparte con l'ordinaria diligenza»[42], con ciò mostrando peraltro

[41] Nella giurisprudenza più recente, nel senso che in tema di truffa contrattuale «anche il silenzio, maliziosamente serbato, su alcune circostanze rilevanti ai fini della valutazione delle reciproche prestazioni da parte di colui che abbia il dovere di farle conoscere, integra l'elemento del raggiro, idoneo ad influire sulla volontà negoziale del soggetto passivo», cfr. Cass. Sez. VI, 5.3.2019, n. 13411; Cass. Sez. II, 27.9.2018, n. 51908, la quale aggiunge che il silenzio-raggiro così configurato deve risultare idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti avrebbe negato. Similmente, ammette nella truffa contrattuale la configurabilità degli artifizi o raggiri nella forma del semplice silenzio serbato dal titolare di un obbligo giuridico, anche extrapenale, di comunicare determinate circostanze, Cass. Sez. II, 9.5.2018, n. 23079. Cfr., altresì, in questo senso, *ex plurimis*, Cass. Sez. II, 16.11.2017, n. 53593; Cass. Sez. II, 18.6.2015, n. 28791; Cass. Sez. II, 4.12.2013, n. 51136; Cass. Sez. II, 2.10.2009, n. 42337; Cass. Sez. II, 22.11.2006, n. 40238; Cass. Sez. II, 10.2.2006, n. 10231; Cass. Sez. II, 11.10.2005, n. 39905; Cass. Sez. VI, 10.4.2000, n. 6791.

[42] Cfr., in questo senso, Cass. Sez. II, 19.3.2013, n. 28703, che ha riconosciuto come integrata una truffa commessa da un costruttore che abbia omesso di riferire all'acquirente alcuni difetti e vizi urbanistici dell'immobile, che sarebbero stati comunque conoscibili dall'acquirente che si fosse comportato diligentemente. Nello stesso senso, cfr. Cass. Sez. fer., 13.9.2012, n. 46034, che ha confermato la condanna per il reato di truffa per un soggetto che ha venduto un'autovettura, dopo essersi presentato come proprietario dell'automobile posta in vendita, mentre era in realtà privo della qualifica di proprietario, trattandosi di circostanza che sarebbe stata facilmente riscontrabile attraverso un semplice accesso ai pubblici registri automobilistici. Cfr., altresì, in senso analogo, Cass. Sez. II, 13.6.2012, n. 30686, che ha confermato la condanna per l'agente che ha stipulato un preliminare di compravendita di un immobile, dopo essersi presentato come titolare dello stesso, pur essendo privo di detta qualifica soggettiva, trattandosi di circostanza che sarebbe stata comunque conoscibile dall'acquirente attraverso un controllo nei pubblici registri immobiliari e nonostante la proprietà piena dell'immobile sia stata comunque successivamente acquisita dal medesimo acquirente. Cfr. anche, similmente, Cass. Sez. II,

di non attribuire alcun rilievo al principio di autoresponsabilità[43] del soggetto che risulti capace di intendere e volere, con ogni conseguente riflesso sull'ascrizione della responsabilità penale.

Si tratta di conclusioni che, in via di principio, riteniamo non condivisibili, sia quando la giurisprudenza abbia ritenuto sufficiente il 'silenzio antidoveroso' ai fini dell'integrazione della condotta tipica della fattispecie di truffa[44], sia quando lo schema logico-giuridico seguito dalle citate pronunce sia stato quello di ammettere la configurabilità della truffa a titolo di reato omissivo improprio, considerando il generico 'obbligo di comunicazione' nelle trattative non quale semplice 'obbligo di attivarsi' ma quale 'obbligo di impedimento' dell'evento idoneo a costituire una 'posizione di garanzia' in capo all'omittente, così consentendo una parificazione tra omissione ed azione in forza del meccanismo di conversione dell'art. 40 cpv. c.p.

Ora, per le ragioni già argomentate alle quali si rinvia[45], non sembra potersi ammettere tale identificazione tra un generico 'obbligo di comunicazione' e un più pregnante 'obbligo di impedimento' dell'evento della truffa, che consenta di considerare il soggetto contraente quale 'garante' nelle mani del quale risulti 'affidato' il bene giuridico patrimoniale della controparte, per la cui tutela dovrebbe invece rinvenirsi uno specifico obbligo di protezione in capo al medesimo contraente che concreti uno specifico vincolo di garanzia munito di rilievo penale.

È interessante tuttavia evidenziare che, quando si pone il problema di tracciare i limiti esterni della truffa in rapporto ad altre fattispecie incriminatrici, la giurisprudenza penale ritiene invece che, ai fini della configurabilità della fattispecie della «truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche» (art. 640 *bis* c.p.), ovvero della «truffa aggravata a danno dello Stato» [art. 640 co. 2 n. 1) c.p.], non sia sufficiente il mero «silenzio omissivo antidoveroso» ad integrare gli artifici o raggiri tipici della truffa, ma sia invece necessario un «comportamento fraudolento in aggiunta al mero silenzio»[46]. Giungendo alla conclusione per la quale, là

14.10.2009, n. 41717.

[43] Per il quale si rinvia, *retro*, alla nota n. 40.

[44] Per le ragioni da noi addotte in senso contrario, si v., *retro*, par. 1.

[45] Per l'approfondimento di tali ragioni, si rinvia, *retro*, par. 2.

[46] Cfr., in tal senso, Cass. Sez. II, 26.2.2019, n. 16817, che, ai fini dell'integrazione della condotta tipica della truffa aggravata, postula la necessità che l'agente abbia posto in essere «comportamenti fraudolenti in aggiunta al silenzio serbato», non essendo stato quindi ritenuto sufficiente a tal fine il comportamento «meramente omissivo» tenuto dall'imputata; nonché, nello stesso senso, cfr., ad esempio, Cass. Sez. II, 10.11.2017, n.

dove la condotta dell'agente sia puramente omissiva, consista cioè in un mero «silenzio antidoveroso», può configurarsi la fattispecie meno grave di «indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato»[47], quale frode per il conseguimento di erogazioni pubbliche tipicizzata e punita dall'art. 316 *ter* c.p., la quale prevede, tra le condotte tipiche alternative, anche «l'omissione di informazioni dovute»[48].

E, allora, una domanda sorge spontanea: davanti ad una identità del 'nucleo comune' del fatto tipico tra la fattispecie base della truffa e le due fattispecie aggravate di truffa, come è possibile ragionevolmente ritenere che, per l'integrazione degli artifici o raggiri nella fattispecie base di truffa, sia pur nella declinazione della truffa contrattuale, sia sufficiente un semplice 'silenzio omissivo antidoveroso' da parte di chi sia titolare di un generico obbligo di comunicazione di determinate circostanze, mentre invece il medesimo 'silenzio omissivo antidoveroso' non sia, di per sé, sufficiente ai fini dell'integrazione dell'eguale elemento tipico di fattispecie, consistente nella condotta artificiosa o raggirante, nelle fattispecie aggravate di truffa, per le quali si richiede invece, più correttamente, un ulteriore 'comportamento fraudolento' oltre al mero silenzio?

A noi sembra evidente l'aporia che un simile ragionamento genera nel sistema penale all'interno del quale le fattispecie debbono invece essere unitariamente considerate, anche alla luce del principio di 'non-contraddizione' dell'ordinamento[49], sia allo scopo di stabilire il contenuto

55525; Cass. Sez. II, 20.1.2015, n. 4151; Cass. Sez. II, 8.2.2011, n. 21000; Cass. Sez. II, 18.2.2009, n. 21609; Cass. Sez. II, 22.3.2002, n. 23083.

[47] In questo senso, cfr. Cass. pen., SU, 16.12.2010, n. 7537; Cass. pen., SU, 19.4.2007, n. 16568, Carchivi. Quest'ultima sentenza delle Sezioni Unite ha, in particolare, precisato che il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 *ter* c.p.) è in rapporto di sussidiarietà, e non di specialità, con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 *bis* c.p.), per cui il residuale e meno grave delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato «si configura solo quando difettino nella condotta gli estremi della truffa, come nel caso delle situazioni qualificate dal mero silenzio antidoveroso o dall'assenza di induzione in errore dell'autore della disposizione patrimoniale». Nello stesso senso, cfr., altresì, ad esempio, Cass. Sez. VI, 5.10.2010, n. 38457; Cass. Sez. II, 5.5.2009, n. 24877; Cass. Sez. II, 19.6.2008, n. 36975; Cass. Sez. VI, 31.5.2007, n. 28667.

[48] Oltre alla condotta omissiva, consistente nella «omissione di informazioni dovute», l'art. 316 *ter* c.p. prevede, in alternativa, quali condotte attive, «l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere», il cui effetto sia stato, in ogni caso, l'indebito ottenimento di una erogazione pubblica.

[49] Per le ragioni dogmatiche che impongono un necessario 'coordinamento' che eviti ogni 'contraddizione' nell'interpretazione delle norme giuridiche, sia pur in riferimento al rapporto tra i diversi rami del diritto, si v. Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, cit., pp. 118 ss.

degli elementi tipici di ciascuna fattispecie penale in sé presa, ma altresì per identificare i 'limiti esterni' di una fattispecie in rapporto ad un'altra che, come nel caso di specie, alla prima risulti limitrofa, o meglio sovrapponibile, dal punto di vista dei contenuti tipici del precetto penale. Del resto, il concetto di artifici o raggiri non può cambiare il proprio volto, il proprio contenuto tipico, in rapporto alle esigenze poste dalla necessità di definire i limiti esterni di una fattispecie penale in rapporto ad un'altra!

Detto in altri termini, la giurisprudenza penale afferma un principio, a nostro avviso condivisibile, nel momento in cui si pone il problema di definire i limiti esterni tra le fattispecie penali, nel richiedere quale elemento costitutivo essenziale della truffa aggravata un *quid pluris* rispetto al semplice silenzio, costituito da un 'comportamento fraudolento', e al contempo lo nega, invece, in rapporto alla fattispecie-base della truffa, sia pur in riferimento alla truffa contrattuale, non ritenendo necessario che il silenzio sia integrato da un ulteriore indice fraudolento, senza tuttavia considerare che la condotta tipica delle due fattispecie penali è sempre la stessa, essendo costituita dai medesimi artifici o raggiri.

Presumibilmente può ritenersi che questo atteggiamento giurisprudenziale possa affondare le proprie radici nella pretesa esigenza di non lasciare presunti vuoti di tutela di fronte ad un soggetto che, nel restare in silenzio, possa indurne un altro in errore, con conseguenti possibili riflessi lesivi sul suo patrimonio, ritenendo perciò stesso integrati gli artifici o raggiri, attraverso il mero silenzio, nella truffa contrattuale.

Tuttavia, se anche fosse questa l'esigenza posta a fondamento del segnalato indirizzo giurisprudenziale di carattere prevalente, non sarebbe in ogni caso condivisibile quella che, a nostro avviso, è da ritenersi come una forma di illegittima 'espansione interpretativa giurisprudenziale', suscettibile di sfociare in una analogia *in malam partem* là dove si superi in via interpretativa il dato testuale determinato dal legislatore che ha postulato, come necessaria, l'integrazione di artifici o raggiri, dal contenuto assai più pregnante rispetto al mero silenzio, 'in tutte' le fattispecie di truffa (e non soltanto nelle due ipotesi di truffa aggravata!), con il risultato di dar luogo, inevitabilmente, ad una violazione del principio di stretta legalità e, in particolare, del corollario della tassatività nell'applicazione della norma penale. Fermo restando in ogni caso che, nelle segnalate ipotesi, nelle quali dovrebbe considerarsi, più correttamente, il mero silenzio come inidoneo, di per sé, a costituire un artificio o raggiro ai fini dell'integrazione della tipicità della truffa, rimarrebbe comunque la possibilità di valutare il medesimo contegno nella diversa ottica dell'illecito civile (e non necessariamente penale), anche

considerando che questo sviluppo segna quella linea di continuità necessaria a garantire, in un sistema giuridico unitario, l'applicazione del principio di *extrema ratio* dell'intervento penale, a vantaggio dell'espansione degli altri rami dell'ordinamento giuridico che prevedano illeciti extrapenali meno gravi, puniti, di conseguenza, con sanzioni non-penali connotate, in via di principio, da un più lieve contenuto afflittivo.

4. *Il silenzio come 'comportamento concludente'? Rilievi conclusivi*

Nella presente indagine abbiamo evidenziato come *il mero silenzio non sia, di per sé, sufficiente a costituire gli artifici o raggiri necessari a soddisfare il vincolo di tipicità posto dalla norma penale*, dato che per l'integrazione della condotta tipica della truffa è richiesto un qualcosa in più della semplice inazione, che costituisca, appunto, un contegno artificioso o raggirante.

Ebbene, ad una più attenta riflessione può rilevarsi che, in talune ipotesi, è possibile distinguere il mero silenzio che, come detto, è di per sé solo inidoneo a costituire un artificio o raggiro penalmente rilevante, dal silenzio che invece assuma una veste diversa, di carattere concludente, per il contesto concreto nel quale venga ad operare[50]. Ciò che si vuol dire è che possono darsi dei casi nei quali, in concreto, il silenzio non assume rilievo quale autonomo 'in sé' ma, invece, acquisisce una veste diversa, con una propria carica di disvalore, nel rapporto interferenziale con altri fattori, che ne alterino il significato puramente omissivo.

Possono darsi delle *ipotesi nelle quali il silenzio sia da considerarsi come meramente 'apparente', in cui cioè il tacere su determinate circostanze non costituisca una semplice inerzia ma acquisisca un significato differente, assai più pregnante. In rapporto al contesto e alle concrete circostanze del caso, il*

[50] In letteratura, in questo senso, cfr., per tutti, Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, cit., p. 182, per il quale il silenzio, a differenza della pura inerzia, può possedere un maggiore potenziale di efficacia, là dove acquisti un «chiaro valore espressivo». In senso analogo, si v. G. La Cute, voce *Truffa (dir. vig.)*, in «ED», vol. XLV, Milano, 1992, p. 260. Nel senso della necessità che il silenzio «assuma - in relazione alle specifiche circostanze delle quali il soggetto approfitta - un concreto valore concludente, tale da circonvenire la vittima»: Marini, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 88. Si v., altresì, Sammarco, *La truffa contrattuale*, cit., p. 174, là dove evidenzia che da un punto di vista strutturale «il silenzio dovrà essere guardato alla luce del contegno complessivo dell'agente, sicché con riferimento alle contingenze del caso singolo, sia possibile constatare se l'atteggiamento di chi tace, assumendo un chiaro valore di mendacio, crei nell'altro contraente un affidamento definitivo».

silenzio può quindi trasformarsi in un 'comportamento concludente', che, quale forma di 'comunicazione implicita', corrisponde ad una comunicazione diretta, acquisendo un proprio rilievo penalistico come costituente un comportamento 'positivo', quindi di valore 'commissivo'[51].

Mi spiego meglio. Il silenzio può in concreto diventare una forma di raggiro là dove sia corredato da altri elementi che lo trasformino in un fatto concludente, tale cioè da circonvenire la vittima, con il risultato di acquisire un significato più pregnante anche dal punto di vista del disvalore di condotta. La significatività del silenzio può, ad esempio, derivare dalla sua 'reiterazione' nel tempo[52] o dal costituire una inattività che, anche in risposta ad una 'pretesa-attesa' della controparte, si presenti come circostanziata, fraudolenta, comunque non meramente 'passiva' nella concreta situazione in cui venga ad operare.

Si pensi, a titolo di esempio, al caso in cui un soggetto intenda acquistare una scultura d'autore e, allo scopo, si rivolga ad un antiquario noto nell'ambiente come venditore di simili opere difficilmente reperibili. Dietro richiesta di un busto d'autore, l'antiquario conduce il potenziale acquirente in una stanza del suo ampio negozio completamente dedicata alle sculture d'autore, nella quale vi sono tutti bronzi firmati da noti scultori, tranne uno, che, però, è proprio quello che maggiormente piace all'acquirente per le sue splendide fattezze. L'acquirente nota che il prezzo di vendita di detto busto non firmato è in linea con quello degli altri bronzi firmati che, come detto, giacciono tutti nella medesima stanza dedicata ai bronzi d'autore e, quindi, suppone che anche il busto non firmato sia una scultura forgiata da un celebre autore, nonostante non rechi incisa alcuna sigla che valga a identificare con certezza la paternità dell'opera. Quindi il potenziale

[51] Nella dommatica tedesca, nel senso che il 'comportamento concludente' possa integrare una condotta 'commissiva', si v., per tutti, P. Cramer, W. Perron, *§ 263*, in *A. Schönke, H. Schröder, StGB, Kommentar*, 28., neu bearb. Aufl., München, 2010, 14/15 (pp. 2324 ss.); M. Gauger, *Die Dogmatik der konkludenten Täuschung*, Frankfurt, 2001, pp. 122 ss.; U. Kindhäuser, *Konkludentes Täuschen*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann*, Köln, München, 2008, pp. 579 ss.

[52] Per la pregnante significatività che può acquisire il silenzio 'reiterato' nel tempo, anche di carattere 'sistematico', sia pur nella diversa ottica del rilievo della 'tolleranza' nel concorso di persone nel reato, in dottrina, cfr. N. Selvaggi, *La tolleranza del vertice d'impresa tra 'inerzia' e 'induzione al reato'. La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*, Napoli, 2012, pp. 34 ss., il quale osserva che: «se il 'primo' silenzio (o la prima inattività) può ancora avere soltanto il significato di un'inerzia (…), potrebbe tuttavia ritenersi diversamente per i successivi silenzi (o le successive inattività), rispetto ai quali dovrebbe dunque porsi (almeno) il problema di un loro eventuale valore come consenso, se non addirittura come positivo incoraggiamento dell'altrui attività illecita» (*Ivi*, p. 35).

acquirente chiede conferma che si tratti di un bronzo d'autore all'antiquario, il quale, nell'elogiare le eccellenti caratteristiche tecniche e artistiche dell'opera, tace però in merito alla paternità della stessa, sostanzialmente non rispondendo alle domande poste sul punto dal potenziale acquirente, eludendole. Ciò, nonostante il medesimo antiquario sia in possesso di un documento dal quale si evince che il busto è in realtà un falso, poiché attesta che l'originale dell'opera, di un noto scultore, si trova presso una collezione privata all'estero. L'antiquario, quindi, nonostante le reiterate domande del potenziale acquirente in ordine alla paternità della scultura, oltre a tacere in proposito, non disvela nemmeno il documento, concentrando il proprio discorso sull'elogio della bellezza artistica dell'opera, quale opera unica nel suo genere. Il potenziale acquirente, quindi, nelle descritte concrete circostanze di contesto, si convince erroneamente che si tratti di una scultura d'autore e decide di acquistarla, ponendo in essere un atto di disposizione patrimoniale che, in realtà, risulta essere a proprio danno e a profitto dell'antiquario, avendo pagato un prezzo assai elevato, comunque sproporzionato, per un bronzo copiato, nell'erronea convinzione che si trattasse di una scultura d'autore.

In casi come quello appena illustrato, l'inattività dell'agente, calata in un determinato contesto comunicativo connotato da specifiche circostanze, realizza un 'silenzio qualificato', il cui valore comunicativo è assimilabile al 'parlare', trattandosi di un silenzio che, risultando idoneo a cagionare un affidamento definitivo nella vittima del comportamento concludente, acquisisce un carattere 'positivo' se considerato congiuntamente agli altri fattori che siano intervenuti nel processo causale di condizionamento della psiche della vittima.

Dal punto di vista formale, quindi, detto 'silenzio qualificato' può acquisire la veste di un 'raggiro' - o un 'artificio' - penalmente rilevante nel rispetto del vincolo di tipicità posto dalla norma penale. Cui si correda, dal punto di vista sostanziale, un autonomo contenuto di disvalore di condotta che contribuisce al perfezionarsi del disvalore complessivo della fattispecie del reato di truffa.

Quindi, una attenta valutazione del silenzio impone di *distinguere tra il semplice silenzio 'inerzia', di per sé incolore in quanto puramente negativo, e il silenzio 'eloquente'* (nella dommatica tedesca, «*beredtes Schweigen*»[53]), *di carattere 'comunicativo' o comunque 'espressivo', che è invece munito di*

[53] Nella letteratura tedesca, sul rilievo del «*beredtes Schweigen*» nella struttura della truffa, si v., per tutti, R. Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, p. 74; W. Naucke, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin, 1964, pp. 106 ss. Più in particolare, sulla rilevanza del criterio del «*Erklarungswert*» del contegno dell'agente, cfr. K. Tiedemann, *§ 263*, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11. Aufl., Berlin, 1999, Rn. 21 ss.

specifica significatività, quale contegno 'positivo' con «significato e valore di dichiarazione»[54]*, per l'emersione di circostanze ed elementi di varia natura che arricchiscono la situazione nella quale s'innesta il contegno dell'agente e, quindi, anche il suo significato penalistico quale condotta da considerarsi 'commissiva'.*

Del resto, come noto, l'elaborazione penalistica della condotta deve comunque tener conto di due livelli: il primo, relativo al 'nocciolo naturalistico', da considerarsi ancora neutro in rapporto al diritto, che può talvolta apparire eterogeneo là dove il contegno non costituisca univocamente un'azione o una inazione; il secondo, che, nell'evidenziare le forme del contrasto con la norma giuridica, individua il significato normativo rappresentato dalla natura commissiva od omissiva del contegno, identificando la condotta omissiva nel comportamento che contrasti con un precetto di 'comando' e la condotta commissiva nel contrasto con un precetto formulato in forma di 'divieto', con tutti i riflessi conseguenti in ordine alla possibile integrazione della fattispecie penale. Ma possono darsi dei casi più complessi nei quali il comportamento presenti profili di ambiguità per la sua apparente 'ambivalenza'[55], dovuta all'intrecciarsi di componenti attive e inattive, nei quali occorre stabilire quale fra le due componenti risulti prevalere, come accade proprio nelle forme di silenzio 'comunicativo' da inquadrarsi, per le ragioni dette, in una condotta dal valore 'commissivo'.

Certamente occorre muoversi con la massima cautela nello sceverare i contegni puramente negativi, costituenti semplici silenzi di carattere inerziale, non suscettibili di integrare la condotta tipica della truffa, da quelli ai quali riconoscere invece valore 'commissivo', per scongiurare

[54] Così, sia pur in rapporto al tema della definizione della natura negoziale del silenzio, E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, pp. 138 s., là dove ha chiarito che «un dato modo di comportarsi, pur non essendo consapevolmente diretto a dar notizia di un determinato contenuto precettivo a coloro cui interessa, può tuttavia assumere nell'ambiente sociale in cui si svolge, significato e valore di dichiarazione, in quanto renda riconoscibile secondo la comune esperienza una certa presa di posizione rispetto a taluni interessi che toccano la sfera giuridica altrui nella interferenza con la propria».

[55] Nella dottrina italiana, si v. l'indagine di Selvaggi, *La tolleranza del vertice d'impresa tra 'inerzia' e 'induzione al* reato', cit., pp. 114 ss., là dove classifica le ipotesi di comportamento 'ambivalente' nelle seguenti categorie: «a) *I comportamenti 'a doppia rilevanza'* (…); b) *Le 'omissioni mediante azione'* (…); c) *I comportamenti caratterizzati dallo 'scarso impiego di energia fisica'* (…); d) *La successione di comportamenti*». Nella letteratura tedesca, per l'identificazione del silenzio quale possibile contegno 'ambivalente', cfr., per tutti, K. Engisch, *Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für W. Gallas. Zum 70. Geburstag*, Berlin-New York, 1973, p. 172; Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, pp. 74 ss.

il rischio di promuovere 'travestimenti commissivi' con il risultato di estendere, in sede applicativa, il contenuto degli artifici o raggiri, dando luogo alla possibile violazione del divieto di analogia in materia penale. Un possibile 'travestimento commissivo' potrebbe, ad esempio, realizzarsi ove si identificasse un 'silenzio comunicativo' dal valore concludente nella semplice inosservanza di un onere o di un obbligo di informazione, attribuendo, di per sé, rilevanza ad un semplice obbligo di attivazione dell'agente, senza alcuna ulteriore indagine.

Ora, nel vagliare i criteri utili a distinguere la commissione dall'omissione, vi è a nostro avviso da evidenziare il limite di visioni di stampo meccanicistico che restano ancorate in modo esclusivo al 'piano naturalistico', a seconda che sia o meno identificabile un movimento volontario del corpo o una prestazione fisica, ovvero un impiego di energia corporea, le quali non risolverebbero i casi di 'silenzio eloquente'; o, all'opposto, il limite di visioni ancorate ad un normativismo che, nell'attribuire rilievo alla direzione del rimprovero della norma, ovvero al significato sociale del comportamento, risultino prive di riferimenti concreti.

Quello che a noi sembra possa fungere quale *criterio risolutore per la ricognizione generale del comportamento commissivo, che quindi consenta di ritagliare, per sottrazione, anche l'area di quello puramente omissivo, consiste nella formula della 'attivazione del rischio' per il bene protetto*, per la quale un comportamento può essere considerato commissivo «quando esprima un impulso sulla realtà circostante tale da attivare (o rafforzare) un rischio nei confronti del bene giuridico»[56]. A nostro avviso, quindi, *la caratteristica che segnala la natura positiva del comportamento è da individuarsi proprio nell'attivazione, o nel rafforzamento, di un impulso di potenziale offesa per il bene giuridico protetto, mentre ove manchi tale* input *impulsivo nel contegno dell'agente, nel lasciare cioè che la dinamica del fatto fluisca seguendo il proprio corso senza alcuna interferenza nell'innesto di un rischio offensivo, il comportamento deve essere qualificato in termini puramente negativi.*

Quindi, tirando le fila dell'indagine, ciò che va valutato, caso per caso, è il rilievo del silenzio nel contesto specifico. Se rileva solo di per sé, quale semplice inazione, non può costituire un artificio o raggiro tipico e, quindi, non può ritenersi sufficiente ai fini dell'integrazione della condotta truffaldina. Se, invece, il silenzio è soltanto 'apparente', nel senso che, in rapporto alle concrete circostanze del caso, cela un determinato atteggiamento fraudolentemente preordinato ad ingannare l'altro, lo

[56] Così, testualmente, Selvaggi, *La tolleranza del vertice d'impresa tra 'inerzia' e 'induzione al* reato', cit., p. 133, sia pur in riferimento al criterio di individuazione del rilievo penale della tolleranza del vertice nella differente ottica dell'analisi delle organizzazioni complesse.

stesso non costituisce una mera inazione, una stasi, ma acquisisce un più pregnante significato comunicativo quale 'silenzio qualificato', proprio in quanto corredato da un *quid pluris*, e, quindi, rileva come 'comportamento concludente' idoneo ad ingannare il soggetto passivo. Per queste ragioni, va quindi considerato come un 'contegno psichico attivo', dunque tipico, e, in quanto tale, penalmente rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di truffa.

Occorre, quindi, in conclusione, chiedersi quale valore abbia avuto il silenzio nello specifico contesto di riferimento per verificare se sia in concreto accompagnato da circostanze che lo trasformino in fatto concludente, tale da costituire un 'comportamento attivo raggirante', cioè un raggiro tipico vero e proprio. Detto altrimenti, deve considerarsi come il silenzio sia in concreto calato nello specifico ambito 'comunicativo-relazionale', proprio perché determinati 'silenzi espressivi' possono costituire non una semplice inazione, ma un vero e proprio 'comportamento concludente' munito di idoneità ingannatoria nell'influire sulla psiche della vittima e, quindi, idoneo ad indurla in errore determinandola al compimento del dannoso atto di disposizione patrimoniale. *La 'trasformazione' del silenzio in 'comportamento concludente' può aver luogo là dove il medesimo contegno silenzioso risulti in concreto corredato da altre circostanze, ulteriori elementi o fattori di contesto, che ne trasformino il significato penalistico in un contegno psichico 'positivo', dal valore 'commissivo', rendendone univoca l'oggettiva direzione lesiva atta ad ingannare la controparte per indurla al compimento dell'atto patrimoniale dannoso.*

Sergio Vinciguerra[*]

L'evoluzione in Italia del suicidio assistito fra storia e costituzionalità[**]

Sommario:1. Premessa – 2. Un breve *excursus* storico-giuridico – 3. La svolta storica della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale – 4. La giustificazione del fatto di chi agevola il suicidio altrui introdotta dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale – 5. Alcuni problemi che il legislatore dovrà risolvere.

1. *Premessa*

Il tema di questa conversazione concerne l'influenza sulla disciplina del suicidio della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, che, oltre a coinvolgere anche delicati problemi etici e religiosi, segna una svolta storica sia nello svolgimento dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi sia nella costruzione della disciplina penale del suicidio contenuta negli artt. 579 e 580 c.p. Costruzione che però non raggiunge, come vedremo, un livello esauriente tale da escludere la necessità di successivi interventi legislativi.

La questione sottoposta alla Corte concerne l'art. 580 c.p.[1], il quale ha alle proprie spalle una tradizione giuridica millenaria, che il progetto definitivo del nostro codice penale sintetizza osservando: «il principio che l'individuo non possa liberamente disporre della propria vita, inteso in senso assoluto e rigoroso, indusse taluno ad affermare la penale incriminabilità del suicidio e, in tempi remoti, trasse ad aberranti e spietate forme di

[*] Professore fuori ruolo di Diritto penale, Università degli Studi di Torino.

[**] Con l'aggiunta di riferimenti normativi e note bibliografiche è il testo della conversazione svolta all'Accademia ligure di scienze e lettere il 13 febbraio 2020

[1] «Chiunque determina altri o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione grave o gravissima» (1° comma). Circostanze aggravanti nel secondo comma in relazione alle condizioni di minore età o disabilità del soggetto passivo.

persecuzione contro il cadavere o il patrimonio del suicida»[2].

Il nostro codice penale ha segnato una tappa intermedia nel passaggio dall'illiceità penale del suicidio alla sua liceità penale completa. Infatti, pur ritenendo penalmente lecito il suicidio, considera punibile il contributo che è dato ad esso o mediante inflizione della morte a chi la richiede (omicidio del consenziente: art. 579 c.p.) o, nell'art. 580 c.p., mediante un contributo psichico (determinazione o rafforzamento dell'altrui proposito di suicidio) o mediante un contributo fisico (agevolazione).

2. *Un breve* excursus *storico-giuridico*

Prima di entrare nell'esame di quanto ha deciso la Corte costituzionale, un breve *excursus* storico-giuridico aiuta a comprendere le ragioni dell'impostazione seguita nel codice, in cui i fatti previsti negli artt. 579 e 580 c.p. sono rimasti inalterati, nonostante le modifiche molto numerose che il codice ha subito durante gli ormai lunghi anni della sua vigenza[3]. Nell'impostazione presente nel codice si nota anche l'influenza di normative emanate dalle autorità politiche straniere quando governarono nelle nostre terre e che influenzarono le nostre successive legislazioni.

Come vedremo, è il caso della normativa francese e della normativa asburgica.

Riguardo al suicidio, la profonda influenza esercitata dal pensiero illuministico sulla giustizia penale si manifestò in un fermo rimprovero morale, ma nell'altrettanto ferma separazione del piano giuridico dal piano etico e nel ritenere irrazionale la sua punizione[4].

Il primo esempio di questa influenza illuministica si trova nella c.d. Leopoldina, una raccolta sistematica delle norme penali e processuali penali allora vigenti, per dirla con Viora una «consolidazione»[5], emanata nel 1786 dal granduca di Toscana Pietro Leopoldo d'Asburgo-Lorena e, dopo la parentesi napoleonica, rimasta in vigore in Toscana fino al 1853, quando fu sostituita dal codice penale granducale, che seguì, come diremo fra breve, un diverso indirizzo. La Leopoldina tace completamente sul suicidio e nei suoi

[2] *Lavori preparatori del c.p. e del c.p.p.*, Roma, 1929, vol. V, parte II, p. 375.

[3] Precisamente, ottantanove anni sono maturati il l° luglio del 2020.

[4] V. per tutti C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, (Livorno, 1764), in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, a cura di G. Francioni, Mediobanca, Milano, 1984, § XXXII.

[5] M. E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 1967.

lavori preparatori si legge che per esso non si sarebbe più potuto procedere, dovendosi considerare i suicidi come infermi di mente[6].

Altrettanto radicale fu la normativa francese.

Sotto l'impulso dell'estremismo rivoluzionario, il *code pénal* del 1791 tacque completamente sul suicidio e altrettanto avvenne nel codice del 1795 e nel successivo codice napoleonico del 1810. Ma, questo silenzio lasciava in ombra una casistica che nell'età del diritto comune era stata oggetto di attenzione e di punizione. Una casistica, che, come possiamo constatare, è tuttora attuale.

Infatti, accanto a chi pone termine alla propria vita esisteva ed esiste chi, cercando di farlo, non vi riesce; chi, cercando di farlo senza riuscirvi, si cagiona lesioni (temporanee o permanenti); chi aiuta altri ad uccidersi ma senza compiere l'atto consumativo (cioè, senza infliggere la morte) e chi aiuta altri ad uccidersi compiendo su richiesta di questi l'atto consumativo (ciò che viene denominato «omicidio del consenziente»).

Come sempre accade e non solo in Francia, al silenzio del legislatore francese supplì la giurisprudenza.

Essa escludeva la punibilità dell'aiuto al suicidio, perché non poteva punire la complicità in un fatto (il suicidio) che non era illecito, ma riteneva generalmente punibile come omicidio ordinario la morte inflitta a chi la richiedeva. A questa conclusione non mancarono le opposizioni della dottrina francese, data la differenza morale che l'uccisione del consenziente presenta rispetto agli altri omicidi, e fu molto diffusa la richiesta dell'esplicita previsione di una figura speciale di omicidio punita con una pena meno severa dell'omicidio comune[7].

In linea con l'esperienza francese, il silenzio sul suicidio fu recepito in tre codificazioni penali preunitarie italiane: nel codice delle due Sicilie (1819), nel codice di Parma (1820) e nel codice sardo-piemontese del 1859, vigente anche nell'Italia unificata fino al 1890, quando entrò in vigore il codice tuttora denominato codice Zanardelli dal ministro della giustizia dell'epoca.

Del suicidio si parla, invece, nella legislazione penale asburgica. Non

[6] M. Da Passano, *Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone (1786-1807)*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 210.

[7] A. Chauveau, F. Hélie, *Théorie du code pénal*, a cura di L. Tarantini, tr. it., vol. II, Meline, Napoli, 1855, pp. 85-90 («la legge non ha preveduto l'omicidio commesso a richiesta della vittima. Convien forse dedurre da tal silenzio un'assimilazione combattuta dalla ragione, e contrastata dai motivi e dallo spirito della stessa legge? Noi siamo avvisati per la negativa quest'omicidio debba costituire un reato speciale e distinto sia nell'interesse della giustizia morale che vuole una distribuzione delle pene, sia nell'interesse della giustizia punitrice che tradisce i precetti della legge quando la pena non è più in accordo con la gravezza del reato» (90).

quella del granducato di Toscana, di cui ho già detto, ma la codificazione imperiale che in Italia (esclusa, ovviamente, la parentesi napoleonica) fu in vigore fino alla fine del 1859: per la precisione, in Lombardia a partire dal 1788 e nel Veneto dal 1815.

Chi moriva per suicidio veniva privato delle normali esequie funebri e sepolto con una ritualità spregiativa, diversa nel codice asburgico del 1787 (§§ 123 e 124 della parte I) e nel codice del 1803 (§ 92 della parte II). Se al tentativo non seguiva la morte, il colpevole veniva detenuto a tempo indeterminato fino al suo ravvedimento. Precisamente, fino a «pieno pentimento e speranza di miglioramento» secondo il codice del 1787 (§ 125 della parte I) e, secondo il codice del 1803, «sintanto che ricondotto con rimedi fisici e morali all'uso della ragione […] si mostri pentito della sua azione e faccia sperare per l'avvenire stabile ravvedimento» (§ 91 della parte II). Nel codice del 1803, questa dura conseguenza veniva attenuata, quando egli restava ferito e desisteva dal suicidio «mosso dal proprio pentimento», nel qual caso veniva portato davanti al magistrato che lo ammoniva «sull'enormità del suo attentato, che offende tanti doveri» (§ 90 della parte II).

Le norme sul suicidio scompaiono dal codice penale asburgico del 1852, che si colloca sulla linea francese del silenzio, ma alcune tracce del codice asburgico del 1803 sono presenti in altri tre codici penali italiani preunitari riguardo al suicidio non riuscito.

Nei codici penali pontificio (1832) ed estense (1855) le ferite tendenti al suicidio erano punite con la detenzione sotto sorveglianza da uno a tre anni (art. 317 e, rispettivamente, art. 413). Più penetrante, l'influenza asburgica nel codice penale sardo-piemontese del 1839, in cui il suicidio volontario provocava la privazione dei diritti civili, la nullità delle disposizioni di ultima volontà eventualmente formulate dal suicida e la privazione degli onori funebri (art. 585, 1° comma), mentre il tentativo di suicidio non assistito da pentimento determinava la collocazione in «luogo di sicura custodia […] sotto rigorosa ispezione da uno a tre anni» (art. 585, 2° comma).

Nella seconda metà dell'Ottocento qualunque forma di sanzione nei riguardi del suicida esce dalla nostra esperienza legislativa statuale e l'attenzione si concentra su due punti: la partecipazione al suicidio altrui; l'opportunità di differenziare dall'omicidio comune la morte inflitta a chi la richiede (il c.d. omicidio del consenziente).

La partecipazione al suicidio altrui come figura autonoma di reato fu prevista per la prima volta nel codice penale toscano del 1853, che la puniva

con la casa di forza (art. 314)[8].

L'unificazione politica non portò all'unità dell'ordinamento penale, che fu realizzata solo nel 1890 con il codice Zanardelli[9].

Durante i lunghi lavori preparatori del codice Zanardelli, protrattisi per un trentennio, fu discusso ampiamente se riprodurre la norma del codice toscano. Secondo alcuni era irrazionale ritenere illecita la partecipazione a un fatto (il suicidio) che non era illecito. Ma prevalse l'opinione contraria, perché «i motivi i quali giustificano la impunità del suicida non valgono rispetto a colui che per malignità, per interesse, o per malintesa misericordia induce altri al suicidio o sufficientemente vi presta aiuto»[10].

La ragione politica prevalse, dunque, sulla logica, che però rispunta per giustificare la non punibilità della partecipazione al suicidio rimasto allo stato di tentativo. Si legge, sempre nella relazione ministeriale al progetto, che la punibilità di tale partecipazione sarebbe «una estensione […] eccessiva di questa speciale figura delittuosa, si verrebbe a colpire una partecipazione consumata del tentativo di un fatto che per sé non è reato e quando non vi è stata nessuna vittima»[11].

La previsione dell'omicidio del consenziente, come omicidio minore,

[8] «Chiunque ha partecipato all›altrui suicidio, subisce la casa di forza da tre a sette anni». Questa norma derivava dal codice penale tedesco del granducato del Baden, che la prevedeva nel § 208. È un codice che il redattore del codice penale toscano, Francesco Mori (1802-1860), aveva tradotto in italiano nel quadro dei suoi studi sulla dottrina giuridica tedesca, nell'ambito dei quali si era legato soprattutto a Mittermaier. Nel codice del Baden era previsto anche l'omicidio del consenziente (§ 207), che in Italia, come dirò ora, continuò ad essere qualificato come omicidio comune.

[9] Per un trentennio sul territorio nazionale furono vigenti tre diversi sistemi penali, in un quadro che potremmo definire di *federalismo penale.* In Toscana, restò in vigore il codice penale del 1853, come emendato nel 1859 dal Governo provvisorio che vi espunse la pena di morte; nelle altre parti dello Stato, il codice sardo-piemontese del 1859, ma nei territori già del regno delle Due Sicilie rivisitato con soppressioni, modificazioni e aggiunte tratte dai codici penale e di procedura penale borbonici. Invece, unica fu la legge di ordinamento giudiziario e unico il processo, regolato dal codice di procedura penale sardo-piemontese prima e poi dal codice di procedura penale italiano del 1865; unica fu anche l'organizzazione di polizia e ciò fu sufficiente a mantenere l'unità dello Stato. Per più ampie notizie al riguardo, v. S. Vinciguerra, *Trent'anni di federalismo penale all'alba dell'Unità d'Italia*, in *Studi in onore di R. Bertolino*, Giappichelli, Torino, II, 2011, pp. 1541-1553; Id., *L'unificazione dell'ordinamento penale dopo l'unità politica. Il lento cammino (1859-1889)*, in Aa.Vv., *Codici penali, codice di procedura penale del regno d'Italia (1859-1889)*, Cedam, Padova, 2011, pp. VII-LVI.

[10] *Relazione ministeriale sui libri secondo e terzo del progetto di codice penale presentato alla Camera dei Deputati nel 22 novembre 1887*, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, p. 249.

[11] *Relazione ministeriale*, cit., p. 251.

venne esclusa perché prevalse l'opinione che dovesse essere considerato un omicidio comune[12], opinione autorevolmente sostenuta[13], ma non esente da ragionevoli critiche quando si evidenziava che «può condurre a soluzioni ripugnanti, come sarebbe quella […] relativa al caso, non infrequente, fra amanti infelici, di omicidio reciproco: punire come omicida quello dei due che sopravvive: e, se sopravvivano entrambi, punirli entrambi per omicidio mancato o tentato»[14].

Quarant'anni dopo, il nuovo codice penale si fece carico di prevedere l'omicidio del consenziente (art. 579) come omicidio punito meno severamente dell'omicidio comune (sebbene le pene per esso stabilite non lo sottraessero e non lo sottraggano tutt'ora alla censura dianzi ricordata). Conservò la punibilità toscana e di Zanardelli dell'aiuto prestato al suicida e fece ricomparire la rilevanza penale del tentativo di suicidio seguito da lesioni, ma non nei confronti di chi aveva cercato di uccidersi, come avveniva nei codici asburgici, bensì nei confronti di chi lo aveva aiutato (art. 580)[15]. E così siamo andati avanti per quasi novant'anni.

Tralascio altri dettagli sulla normativa di questi due articoli, che non riguardano l'influenza esercitata su di essi dalla sentenza della Corte costituzionale, al cui esame vengo ora.

3. *La svolta storica della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*

Come ho già detto, essa segna una svolta storica sia nello svolgimento dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi sia nella costruzione della disciplina penale del suicidio contenuta negli artt. 579 e 580 c.p.

Circa lo svolgimento dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi la novità introdotta da questa sentenza consiste nella sospensione del giudizio, dopo la sua apertura, per la durata di un anno: sospensione che non ha precedenti nella prassi dei nostri giudizi di costituzionalità, concessa per

[12] «colui che uccide il consenziente è autore di omicidio, che è reato indipendentemente dalla volontà dell'ucciso»: *Relazione ministeriale*, cit., p. 250.

[13] F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, *parte speciale*, 8ª ed., Fratelli Cammelli, Firenze, 1906, vol. I, p. 64.

[14] L. Majno, *Commento al codice penale italiano*, 3ª ed., Utet, Torino, 1915, vol. III, p. 283.

[15] Circa «la punibilità della partecipazione al suicidio, quando questo sia rimasto allo stato di tentativo oggi è universalmente conclamata la necessità di perseguire, col massimo rigore, tutte le cause di un doloroso fenomeno, il quale ebbe, nell'immediato dopo-guerra, un'impressionante sviluppo»: *Lavori preparatori del c.p. e del c.p.p.*, cit., vol. V, parte II, p. 377.

dare al Parlamento il tempo di normare questa delicata materia «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale» (parole della Corte nell'ordinanza n. 207/2018 con cui dispose la sospensione del giudizio).

A questo scopo la corte nell'ordinanza di sospensione diede al Parlamento una serie penetrante di indicazioni: una sorta di parere preventivo di costituzionalità della Corte al Parlamento.

Gli unici precedenti del genere che si conoscono non sono italiani e sono ricordati nella sentenza dalla stessa nostra Corte. Si tratta di due precedenti delle Corti supreme inglese (del 2014) e canadese (del 2015).

Veniamo ora alla costruzione della disciplina penale del suicidio contenuta negli artt. 579 e 580 c.p.

La questione portata al giudizio della Corte costituzionale fu sollevata dalla Corte d'assise di Milano con un'ordinanza del febbraio 2018 nel giudizio contro Marco Cappato, un esponente del partito radicale, partito che è notoriamente attento a questi problemi della vita.

Dinanzi alla Corte d'assise Cappato era imputato inizialmente «per aver "rafforzato" il proposito suicidiario di Fabiano Antoniani e di avere "agevolato" il suicidio di Antoniani, avendolo il 25 febbraio 2017 trasportato in auto da Milano […] a Pfaffikon dove il suicidio si è verificato il 27 febbraio 2017» (art. 580 c.p.). A seguito degli accertamenti dibattimentali, l'imputazione si ridusse ed egli fu ritenuto responsabile unicamente per avere agevolato il suicidio con il trasporto in Svizzera senza averne influenzato la decisione di morire.

Il trasportato «a seguito di un incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità bilaterale corticale (che significa permanente). Non era autonomo nella respirazione […] nell'alimentazione […] e nell'evacuazione. Egli soffriva di ricorrenti contrazioni e spasmi […] ma aveva conservato le sue funzioni intellettive» e aveva dichiarato di voler rinunciare ai trattamenti sanitari e chiesto di essere sottoposto alla morte[16].

Questi i fatti.

Nel decidere la questione sottopostale, la Corte costituzionale ha colmato il vuoto che il Parlamento ha lasciato, non accogliendo l'invito che la Corte aveva ad esso rivolto sospendendo il giudizio ed ha colmato questo vuoto, coordinando la disciplina dell'art. 580 c.p. sull'aiuto al suicidio con la normativa della l. n. 219/2017 («recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») entrata in vigore nel gennaio 2018, dopo i fatti oggetto del giudizio (avvenuti, come ricordato, nel febbraio 2017).

[16] Così Ass. Milano, 14 febbraio 2018, in «FI», 2018, II, col. 397 con nota di Romboli.

La normativa, che la Corte pone alla propria attenzione, è contenuta nei commi 5° e 6° dell'art. 1 l. n. 219/2017 e nel 3° comma dell'art. 2.

I commi 5° e 6° dispongono che «qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza [*come gli consente l'art. 32 comma 2° Cost.*] […] il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale»).

Il 3° comma dell'art. 2 legittima espressamente il rifiuto della «sedazione palliativa profonda continua» da parte del paziente nella fase finale della vita.

A fronte di questa normativa, la Corte osserva: «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente, nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, 2° comma, Cost.[17] […] se il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»[18].

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha ritenuto fondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. con una sentenza interpretativa di accoglimento additiva, che lo ha dichiarato illegittimo «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti ai sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

Questa sentenza ha determinato una conseguenza immediatamente efficace e aperto alcuni problemi che il legislatore dovrà risolvere.

[17] *Sub* n. 2.3, nono periodo del «considerato in diritto».

[18] *Ibidem*, ottavo periodo.

4. *La giustificazione del fatto di chi agevola il suicidio altrui introdotta dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*

Tale giustificazione dipende dalla riconducibilità dei principi affermati dalla Corte a due cause scriminanti previste nel codice penale: l'esercizio di un diritto e l'adempimento di un dovere.

L'esercizio di un proprio diritto da parte del paziente determina l'adempimento del dovere da parte del medico e di chi collabora con lui e, quindi, la loro non punibilità.

Giustamente, nell'interpretazione additiva, a cui ha sottoposto l'art. 580 c.p., la Corte non ha circoscritto la non punibilità al medico, pur avendo evidenziato in motivazione come gli artt. 1 e 2 l. n. 217/2019 individuano un «procedimento medicalizzato» svolgentesi in una struttura pubblica. Infatti, non parla del medico ma di «chi». Così ha tolto ogni dubbio circa la non punibilità oltre che del medico anche di chiunque collabora con lui in questo procedimento.

Non punibilità che si estende altresì a chi collabora operando in un contesto non definibile come procedimentale: per esempio, portando il paziente dal medico, il quale poi promuove il procedimento. Si tratta, infatti, del contributo alla realizzazione di un fatto non punibile.

Veniamo ora ad alcuni dei problemi aperti che il legislatore dovrà risolvere.

5. *Alcuni problemi che il legislatore dovrà risolvere*

a) Poiché nel caso in questione trasporto e morte erano avvenuti prima che entrasse in vigore la l. n. 219/2017, «ciò impone – osserva la Corte – una diversa scansione del contenuto della pronuncia sul piano temporale».

Perciò, la Corte distingue secondo che l'agevolazione sia stata commessa prima o dopo l'entrata in vigore della l. n. 219/2017.

Se commessa dopo, l'agevolazione, per non essere punibile deve essere avvenuta con le modalità dianzi riferite.

Se commessa prima, l'agevolazione deve essere avvenuta «con modalità equivalenti nei sensi di cui motivazione», cioè equivalenti a quanto previsto nei suddetti artt. 1 e 2 l. n. 219/1917 configuranti, come sintetizza la sentenza, «una procedura medicalizzata».

La ricostruzione per via interpretativa, se e fino a quando sarà resa

necessaria dal silenzio parlamentare, di un procedimento definibile come «equivalente» a tale procedura potrebbe presentare connotati confliggenti con la completezza e la tassatività che il principio costituzionale di legalità richiede nella normativa penale[19] e questa collisione con il principio di legalità potrebbe determinare la necessità di altre sentenze interpretative di accoglimento della Corte costituzionale.

Tuttavia, ragionando in termini di probabilità, si tratta di un evento scarsamente probabile, perché è difficile che d'ora innanzi siano sottoposti a giudizio fatti di agevolazione del suicidio avvenuti prima dell'entrata in vigore della l. n. 219/2017, a meno che siano presentate autodenunce per fatti aventi questa connotazione temporale allo scopo di provocare approfondimenti della materia per via giudiziaria o che si tratti di procedimenti penali già in corso e sospesi in attesa della sentenza della Corte. Così era avvenuto nel processo a carico di Marco Cappato, in cui la Corte di assise di Milano, dopo la sentenza della Corte costituzionale, ha ritenuto che egli aveva agito «con modalità idonee a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti a quelle a cui la Corte costituzionale ha subordinato l'esclusione della illiceità della condotta» e il 30 gennaio 2020 lo ha assolto.

Ma, vi sono anche altre e più delicate questioni che esigono un intervento del legislatore e, riferendosi alle quali, la Corte costituzionale, concludendo la sentenza, ha dichiarato che «non può fare a meno […] di ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati»[20].

Ad una prima riflessione mi vengono da segnalare alcune questioni.

b) Innanzitutto, l'*obiezione di coscienza*. Diversamente da quanto prescrive la l. n. 194/1978 (recante «norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza», che prevede l'obiezione di coscienza del medico alla richiesta di tale interruzione: art. 9), la sentenza osserva «che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale

[19] Secondo la dottrina penalistica corrente, la normativa penale «deve presentare alcune caratteristiche di contenuto. Innanzitutto, deve essere *completa*, nel senso che l'intera disciplina penale va posta dalla legge con rigorosa esclusione di qualsiasi apporto delle fonti secondarie, sebbene non occorra che vi provveda la legge penale bastando che ciò avvenga ad opera di una qualunque legge dello Stato. Inoltre la norma penale deve essere *determinata* o *tassativa*, nel senso che va formulata in modo preciso: in altre parole, il legislatore ha il dovere costituzionale di formulare le norme penali con un linguaggio che ne definisce il significato in modo preciso, escludendo qualsiasi elemento che renda ambiguo il confine tra lecito ed illecito o incerta la pena comminata» (Vinciguerra, *Diritto penale italiano*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2009, vol. I, p. 88).

[20] *Sub* n. 9 del «considerato in diritto».

si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»[21].

Si tratta dell'interpretazione che la sentenza dà della situazione scriminante da essa prevista.

Ma, per evitare che, alimentate dalla delicatezza della materia, soprattutto nei primi tempi della sua applicazione nascano controversie sul valore normativo di questa affermazione ed i procedimenti penali turbino la serenità nell'esercizio della professione medica sarebbe opportuno che il Parlamento trovasse tempo e coraggio per rispondere all'invito della Corte e completasse, anche su questo argomento, la normativa della l. n. 219/2017, cogliendo l'occasione per estendere l'obiezione di coscienza anche al personale sanitario a cui il medico richiede di collaborare.

c) Circa *la verifica delle condizioni patologiche del paziente e delle modalità di esecuzione del suicidio* la sentenza presenta una concordanza non completa fra la motivazione ed il dispositivo.

Quest'ultimo, sinteticamente, prescrive circa la patologia del paziente che, come ho già ricordato, «tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente». In motivazione, con ragionamento più analitico, la Corte afferma che «la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio deve restare peraltro affidata – in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore – a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale. A queste ultime spetterà altresì verificare le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze. La delicatezza del valore in gioco chiede, inoltre, l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità. Nelle more dell'intervento del legislatore, tale compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti»[22].

Questa motivazione suscita l'interrogativo se l'organo terzo, incluso il comitato etico territorialmente competente, deve intervenire sempre quando il paziente rinuncia o rifiuta i trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza oppure solo a «tutela delle situazioni di particolare

[21] *Sub* n. 6 del «considerato in diritto».
[22] *Sub* n. 5 del «considerato in diritto».

vulnerabilità», perché si ritiene possibile che tali situazioni non sussistono in tutti i casi di rinuncia o di rifiuto di tali trattamenti. Dubbio che la formulazione del dispositivo non genera.

Un'altra incertezza interpretativa concerne l'attribuzione di funzioni ai *comitati etici territorialmente competenti* operata dalla Corte e dipende dalla norma prevista nell'art. 1, 2° comma, d.m. 8 febbraio 2013 (recante «criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici»).

Nello specificare gli indirizzi previsti dal d.l. n. 158/2012 conv. con modif. dalla l. n. 183/2012, tale decreto ha stabilito che i comitati «hanno la responsabilità di garantire la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere delle persone in sperimentazione e di fornire pubblica garanzia di tale tutela» (art. 1, 1° comma).

Ovviamente, l'aiuto al suicidio delineato in sentenza non ha nulla a che vedere con tale competenza, in cui però potrebbe ricadere se fosse interpretato come non circoscritto nel quadro della sperimentazione quanto prevede il 2° comma dell'art. 1 («i comitati etici possono svolgere anche funzioni consultive in relazione a questioni etiche connesse con le attività scientifiche o assistenziali, allo scopo di proteggere e promuovere i valori della persona»).

Infine, la verifica da parte del comitato oltre che preventiva deve anche essere successiva all'espletamento dell'operato medico?

d) Ma, a cosa va incontro chi non si limita ad agevolare il suicidio, ma *infligge la morte al malato che gliela chiede*?

Il fatto di chi «agevola in qualsiasi modo l'esecuzione» del suicidio previsto nel 1° comma dell'art. 580 c.p. ed al quale si riferisce, come abbiamo visto, la sentenza interpretativa della Corte costituzionale, include qualsiasi comportamento di chiunque contribuisce con esso al suicidio, *ma non infligge la morte*. Se lo facesse si tratterebbe, invece, di omicidio del consenziente secondo la previsione dell'art. 579 c.p.

Perciò, risponderebbe di questo delitto anche il medico che, pur nel rispetto dei procedimenti previsti negli artt. 1 e 2 l. n. 219/2017, dopo aver messo a disposizione del paziente il farmaco idoneo a provocare la morte (condotta fino a questo punto non punibile), constatasse l'impossibilità del paziente di somministrarsi il farmaco e provvedesse egli stesso alla somministrazione.

Di concorso con il medico nell'omicidio del consenziente risponderebbe chiunque, consapevole di quanto egli avrebbe posto in essere, avesse contribuito a questa sua condotta.

Per evitare ciò il paziente dovrebbe, dunque, essere condotto all'estero

dove, come in Svizzera o nei Paesi Bassi, è consentito al medico di somministrare il farmaco letale al malato consenziente che si trova nell'impossibilità di somministrarselo.

Sarebbe stato molto utile un cenno in sentenza sulla necessità di adeguare l'art. 579 c.p. a questo nuovo indirizzo etico-medico. Ma la ragione del silenzio va forse cercata nell'estraneità al caso in questione di questo stato del paziente.

Infatti, la sentenza riferisce che, quando egli giunse in Svizzera «personale della struttura prescelta aveva nuovamente [*sic*] verificato le sue condizioni di salute, il suo consenso e la sua capacità di assumere il farmaco che gli avrebbe procurato la morte» e che ciò era avvenuto «due giorni dopo (il 27 febbraio 2017): azionando con la bocca uno stantuffo, l'interessato aveva iniettato nelle sue vene il farmaco letale»[23].

Il silenzio parlamentare su questo argomento provocherà l'intervento della magistratura anche ordinaria, a cui verrà richiesto di autorizzare il compimento da parte di terzi (medici e non) dell'atto finale di esecuzione della morte.

E così si tornerà indietro, perché la magistratura si pronunciò in tal senso già nel 2007 in due casi.

Assolvendo il medico «perché non punibile per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere» nei confronti di un paziente, Piergiorgio Welby, affetto da distrofia muscolare progressiva in stato molto avanzato, autore di un libro pubblicato nel 2006 e dal titolo eloquente: «Lasciatemi morire». Il medico «la sera del 20 dicembre 2006, all'interno dell'abitazione del Welby procedeva, prima alla sedazione del paziente e subito dopo al distacco del ventilatore automatico, alla quale pratica faceva seguito alla morte sopravvenuta nell'arco di circa mezz'ora»[24].

Nell'altro caso il giudice ha autorizzato la disattivazione del sondino nasogastrico, che provvedeva alla nutrizione ed alla idratazione e teneva così in vita artificialmente una giovane donna (Eluana Englaro) che a causa di un incidente stradale giaceva da quindici anni in stato vegetativo permanente e che, riguardo allo stato in cui si trovava un suo compagno di scuola in seguito ad un incidente stradale, aveva dichiarato che in queste circostanze avrebbe preferito morire[25].

[23] *Sub* n. 1.1 del «ritenuto in fatto».

[24] G.u.p. Roma, 23 luglio - 17 ottobre 2007, n. 2049, in «FI», 2008, II, col. 105.

[25] La sentenza, anticipando la sentenza della Corte costituzionale, precisa: «il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in

e) La Corte costituzionale ha enunciato i principi di cui ho detto, riferendosi ad un paziente maggiorenne affetto da patologia incurabile ma che aveva conservato la propria capacità di intendere e di volere. Perciò, la Corte, coordinandosi con la legislazione vigente, richiama nel dispositivo e più volte anche in motivazione gli artt. 1 e 2 l. n. 219/2017, come ho già ricordato, ma non il successivo art. 3, il quale concerne situazioni diverse da quelle oggetto del giudizio di costituzionalità e che riguardano *i minori e gli incapaci*.

In sintesi, secondo tale articolo, consenso o rifiuto del trattamento sanitario, previa doverosa informazione data all'incapace (cioè, la persona mentalmente disabile) o al minore, sono prestati da loro medesimi o, secondo la necessità, da chi ne ha la tutela e la rappresentanza legale e, quando essi rifiutano le cure proposte dal medico che le ritiene «appropriate e necessarie», la decisione spetta al giudice tutelare (art. 3.5).

Per evitare la disparità normativa tra questi soggetti e quelli maggiorenni o mentalmente capaci, la disattivazione delle cure sanitarie e l'applicazione di trattamenti a cui fa seguito la morte dovrebbero essere disciplinate dal legislatore, tenendo presente l'estrema delicatezza di tali questioni e l'ampia gamma dei livelli e gravità, specialmente quando esse riguardano minori in tenera età o persone mentalmente disabili sin dall'infanzia: soggetti i quali non possono far sentire la loro voce riguardo alla propria dignità ed alla propria sorte, che restano rimesse interamente alla valutazione di terzi.

Mi pare opportuno segnalare, nei limiti delle mie competenze

base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondente al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione» (Cass. civ. Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in «FI», 2007, I, col. 3025). Il 9 luglio 2008 la Corte d'appello di Milano riesaminò la vicenda alla luce di tali dichiarazioni e autorizzò il padre, Beppino Englaro, in qualità di tutore, ad interrompere il trattamento di idratazione ed alimentazione forzata che manteneva in vita la figlia. Il 16 luglio 2008 Camera e Senato sollevarono un conflitto di attribuzione, perché le decisioni della Cassazione e della Corte di Milano costituivano «un atto sostanzialmente legislativo, innovativo dell'ordinamento normativo vigente», funzione spettante solo al legislatore. Ma la Corte costituzionale nel dirimere il conflitto si pronunciò a favore della Cassazione e della Corte d'appello di Milano, ritenendo inammissibili i ricorsi proposti per conflitto di attribuzione (ord. n. 334 del 2008).

professionali, che il nostro legislatore dovrebbe essere molto attento a circoscrivere la legittimità del decesso inferto a questi soggetti ai soli casi in cui essi sono affetti da malattia che provoca loro sofferenze fisiche insopportabili e incurabili, escludendo l'infermità psichica che non provoca tali sofferenze e che è pur sempre una forma della vita umana (come lo è anche quella degli autori dei reati più gravi per il rispetto della cui vita è stata abrogata la pena di morte).

La scienza e l'impegno che mette chi si occupa dei malati mentali può ottenere anche da loro buoni risultati: il caso dell'autismo insegna, come pure l'esperienza di chi si occupa della rieducazione dei detenuti.

Altrimenti si corre il rischio di un'evoluzione (anzi, è meglio dire, un'involuzione) come quella che fu teorizzata cent'anni or sono da un noto penalista tedesco, Karl Binding, scrivendo con uno psichiatra (Alfred Hoche) un opuscolo pubblicato nel 1920, che già dal titolo si commenta da sé (*Liberalizzare l'eliminazione delle vite senza valore. Misura e forma*)[26]. Fu dato così un impulso autorevole al movimento eugenetico, di cui in Germania era in corso lo sviluppo da alcuni decenni, contribuendo a rafforzare negli anni successivi il programma di sterminio del regime nazionalsocialista meglio noto come «eutanasia», che consistette in un programma formulato in modo semiscientifico a fini di sgravio economico, sociale e biologico della società[27].

[26] K. Binding, A. Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und Ihre Form*, 1920, riediz. in *Juristische Zeitgeschichte. Taschenb*ücher, 2006, Berlino, p. 29.

[27] Riferisce Wolfgang Naucke di essersi «recato ancora una volta al Memoriale di Hadamar, in Assia. Nell'Istituto psichiatrico di tale città, solo nel 1941, circa diecimila esseri umani sono stati uccisi mediante i gas. I medici avevano appuntato ad essi l'etichetta "vite prive di valore (di vita)" (*lebenunswertes Leben*) e consegnati al programma di sterminio del regime nazionalsocialista meglio noto come "Eutanasia"»: W. Naucke, *Ein fortwinkender juristicher Einbruch in das Tötungsverbot: "Binding, Hoche, Die Ihr Maß und ihre Form"*, in Czeguhn, E. Hilgendorf, J. Weitzel (Hrsg), *Eugenik und Euthanasie (1850-1945)*, Nomos, Baden, 2009, pp. 71-86 (p. 71). *Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens.* La traduzione in italiano di questo articolo si può leggere nella «rivista Diritto penale XXI secolo», 2019, pp. 339 ss., dove è pubblicato anche un articolo di Vinciguerra, *Qualche parola, fra storia e attualità, sull'ultimo scritto di Binding nella ricorrenza del suo centenario*, pp. 366 ss., in cui sono evidenziate alcune coincidenze fra i requisiti enunciati dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 242-2019 che rendono legittimo l'aiuto al suicidio ed i requisiti richiesti da Binding per «coloro che in seguito a infermità o ferimento sono perduti senza rimedio e che nella piena conoscenza della loro situazione hanno un pressante desiderio di raggiungere la fine e lo hanno fatto sapere in qualunque maniera». In allegato a questo articolo, si può leggere anche la traduzione in italiano della parte IV, V e VI dello scritto di Binding e Hoche citato in nota [25].

In questo scritto Binding teorizzò l'eliminazione dei malati mentali dopo aver dichiarato di non riuscire «a trovare nessuna ragione dal punto di vista giuridico, sociale, morale, religioso per non rendere libera la morte di questi malati senza rimedio che chiedono di morire con urgenza: sì, io ritengo questo dare libertà *(Freigabe)* semplicemente un dovere di compassione legale […] Mi sembra, perciò, che qui la pietà deve assolutamente prevalere verso chi è senza rimedio. […] Ai congiunti non può essere concesso un diritto di opporsi, di impedire – sempre che la richiesta di morire sia rilevante»[28].

Dei malati mentali scrisse che «essi non hanno la volontà né di vivere né di morire. Da parte loro non c'è nessun chiaro consenso alla morte, il quale del resto non confligge con nessuna volontà di vivere che dovrebbe essere troncata. La loro vita è assolutamente senza scopo, ma essi non la sentono insopportabile. Per i loro familiari come per la società essi rappresentano un carico terribilmente pesante […]. Poiché hanno bisogno di grandi cure, essi danno l'occasione al sorgere di un'attività per prolungare durante anni e decenni vite assolutamente senza il valore della vita (*lebesunwerten Leben*) […]. Di nuovo non trovo assolutamente nessuna ragione né dal punto di vista giuridico, né sociale, né morale, né religioso per non rendere libera *(Freizugeben)* la morte di questi esseri umani che sono una terribile controimmagine degli esseri umani veri e suscitano ribrezzo quasi in chiunque li incontra»[29].

Come ho ricordato in apertura, gli artt. 579 e 580 c.p. hanno alle proprie spalle una tradizione giuridica millenaria e segnano una tappa intermedia nel passaggio dall'illiceità penale del suicidio alla sua liceità penale completa, perché considera punibile il contributo che è dato ad esso o infliggendo la morte a chi la richiede (omicidio del consenziente: art. 579 c.p.) o, nell'art. 580 c.p., mediante un contributo psichico (determinazione o al rafforzamento dell'altrui proposito suicida) o mediante un contributo fisico (agevolazione).

In questo processo, la sentenza della Corte segna un passo avanti in questo cammino liceizzando un'ipotesi di agevolazione all'esecuzione del suicidio, in linea con l'affievolimento del rigore in corso in altri Stati dell'U.E.[30] e che, sebbene non in termini così avanzati, si nota anche nei due

[28] Binding, Hoche, *op. cit.*, p. 29.

[29] Binding, Hoche, *op. ult. cit.*, p. 30. «Nei primi mesi del 2010 la città di Lipsia, a causa di questo libro, ha revocato in via postuma la cittadinanza onoraria a Karl Binding»: T. Vormbaum, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, tr. it., 2ª ed., Cedam, Padova, 2013, p. 189 nota [11].

[30] Recenti notizie al riguardo si possono leggere in A.a.V.v., *Autodeterminazione e aiuto*

codici di diritto canonico.

Nel codice del 1917[31] vari canoni si occupavano del suicidio (can. 985. «*Sunt irregulares ex delicto*: […] 5°. *Qui seipsos vel alios mutilaverunt vel sibi vitam adimere tentaverunt* […]; can. 1240 § 1: *Ecclesiastica sepultura privantur, nisi ante mortem aliqua dederint poenitentiaie signa*: […] 3°. *Qui se ipsi occiderint deliberato consilio* […]; can. 1241. *Excluso ab ecclesiastica sepultura deneganda quoque sunt tum quaelibet Missa exequialis, etiam anniversaria, tum alia publica officia funeraria;* can. 2339: *Qui ausi fuerint mandare seu cogere tradi ecclesiasticae sepulturae* […] *interdictos contra prescriptum can. 1240 § 1 contrahunt excommunicationem latae sententiae nemini reservatam* […]; can. 2350 § 2: *Qui in seipsos manus ntulerint, si quidem mors secuta sit, sepultura ecclesiastica priventur ad normam can. 1240, § 1, n. 3* […]»).

Nel codice del 1983[32] non si parla più del suicida e la sua esclusione dalle esequie religiose può avvenire attraverso la valutazione discrezionale prevista nel can. 1183 § 1, […] *3°: «Exequiis ecclesiasticis privandi sunt, nisi ante mortem aliqua dederint paenitentiae signa: 3°. Alii peccatores manifesti, quibus exequiae ecclesiasticae non sine publico fidelium scandalo concedi possunt»*.

Una valutazione che dischiude la possibilità di tenere presente anche le motivazioni da cui una persona fu spinta a togliersi la vita.

Direi che si apre cautamente una finestra alla carità e al suicidio caritatevole.

al suicidio, Padova, 2019, in «rivista Diritto penale XXI secolo», n. 1-2020, a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra,in cui sono pubblicate la sentenza della Cass. francese (ad. plen.) 28 giugno 2019 con commento di P. Mistretta, *L'affaire de vie et l'affaire Vincent Lambert: chronique d'une saga judiciaire à la française*, *ivi*, 2020, pp. 103 ss. e la sentenza della Corte costituzionale federale tedesca 26 febbraio 2020 con commento di M.B. Magro, *Il suicidio assistito tra diritti di libertà e diritti dei malati secondo la sentenza 26 febbraio 2020 del Tribunale costituzionale federale tedesco*, *ivi*, 2020, pp. 5 ss.

[31] Per l'esattezza, promulgato il 27 maggio 1917 ed entrato in vigore il 19 maggio 1918.

[32] Promulgato il 25 gennaio 1983 ed entrato in vigore il successivo 27 novembre.

DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

E DEGLI ENTI

Donato Castronuovo*

Garanti della sicurezza del lavoro e loro qualificazione alternativa come apicali o subordinati in ambito 231

Sommario:1. L'introduzione dell'art. 25-*septies* e il suo significato sistematico sul sistema 231 e sulla responsabilità individuale: ricadute bidirezionali – 2. Gli autori del reato presupposto e la loro necessaria classificazione alternativa come apicali o subordinati – 3. Fattori di 'dinamismo' classificatorio della qualifica apicale: esercizio di fatto; delega di funzioni; responsabilità di un'unità produttiva – 4. I singoli garanti per la sicurezza e il loro ruolo apicale o subordinato – 4.1. La figura datoriale – 4.2. La figura dirigenziale – 4.3. La figura del garante a titolo derivativo: il delegato. – 4.4. La figura del preposto – 4.5. Il lavoratore autore del delitto colposo – 4.6. Responsabili e addetti del servizio di prevenzione e protezione – 4.7. Il medico competente – 4.8. I soggetti esterni all'azienda: progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori e montatori – 4.9. I garanti della sicurezza nei cantieri – 5. Conclusioni.

1. *L'introduzione dell'art. 25-*septies *e il suo significato sistematico sul sistema 231 e sulla responsabilità individuale: ricadute bidirezionali*

L'irresistibile tendenza espansiva della responsabilità 'punitiva' degli enti, anche in direzione dei delitti colposi d'evento commessi con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro, trova la sua ragione giustificatrice, con tutta evidenza, nel tentativo di apprestare un rafforzamento della tutela dei beni primari coinvolti, mediante *estensione* del novero dei 'soggetti responsabili' [1]. Non più soltanto i singoli 'garanti individuali' in carne ed ossa, ma anche

* Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Ferrara.

[1] Un prospetto comparativo circa l'assetto della responsabilità dell'ente collettivo, con specifico riferimento al settore della sicurezza del lavoro, è offerto nei contributi collocati nella parte quinta del volume *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla 'colpa' dell'ente*, a cura di A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Jovene, Napoli 2014, pp. 443 ss. Davvero incessante l'indagine svolta dell'Onorato attorno al tema della responsabilità degli enti, anche in prospettiva sovranazionale e comparata. A titolo di esempio, con rilievo comparativo più generale e non circoscritto al settore lavoristico, nonché con attenzione al contesto europeo o globale, si ricordano, qui, Fiorella, *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. I,

un 'super garante collettivo' in capitale ed organizzazione[2].

La responsabilizzazione 'diretta', 'autonoma', 'eventualmente concorrente' della persona giuridica si giustifica facendo leva sulle 'capacità preventive' della compagine organizzativa, ritenute astrattamente superiori rispetto a quelle individuali. Il ruolo politico-criminale di strumento di *law enforcement* anche nel campo della sicurezza del lavoro, assegnato, almeno in astratto, in vari ordinamenti giuridici, alla *Corporation Criminal Liability*, dipende dalle indubbie analogie strutturali che caratterizzano entrambe le discipline come strumenti organizzativi e di auto-normazione. Tali analogie sono cioè riconoscibili, per un verso, nei sistemi di valutazione e gestione del rischio introdotti dagli anni Novanta del secolo scorso dai legislatori europei dei Paesi membri per garantire la sicurezza sui luoghi di lavoro; per altro verso, nei *Compliance Programs* adottati da una compagine societaria e finalizzati alla prevenzione di comportamenti illeciti al suo interno. In fondo, i *modelli 231*, funzionali a prevenire reati perpetrabili nel contesto della *societas*, sono stati in qualche modo 'anticipati' dalla normativa di origine comunitaria in materia di sicurezza del lavoro, fondata su spiccati momenti organizzativi, procedurali e di auto-normazione nella valutazione e gestione del rischio[3].

Liability 'ex Crimine' of Legal Entities in Member States; e vol. II, *Towards a Common Model in European Union*, Jovene, Napoli 2012; *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, a cura di A. Fiorella, R. Borgogno, A.S. Valenzano, Jovene, Napoli 2015; *La responsabilità dell'ente nella prospettiva del diritto penale globalizzato*, a cura di A. Fiorella, A.S. Valenzano, Jovene, Napoli 2015; A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall' 'utile' al 'giusto'. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 93 ss., pp. 120 ss., pp. 144 ss.; Fiorella, *Sulla responsabilità degli enti da reato in una prospettiva di globalizzazione. Il problema della colpevolezza*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni, anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, Sapienza Università Editrice, Roma 2018, pp. 445 ss.

[2] La nozione di 'garante' è qui corrispondente a quella, più ampia e meno ortodossa sul piano tecnico, tematizzata dalle Sezioni unite nella celebre sentenza sul *caso ThyssenKrupp*: la Corte registra, nell'uso giurisprudenziale del termine, un campo semantico assai più esteso di quello tradizionalmente assegnato nelle ricostruzioni teoriche a tale posizione soggettiva. Il riferimento alla *Garantenstellung* – che secondo l'inquadramento classico, come noto, esprime in modo condensato la posizione sulla quale si fonda l'obbligo giuridico di impedire l'evento nei reati omissivi impropri (art. 40 cpv. c.p.) – viene oramai ampiamente utilizzato nella prassi anche in presenza di una causalità commissiva (così Cass. SU, 24 aprile 2014, Espenhahn, pp. 102 ss.).

[3] A partire dalla direttiva 'quadro' n. 89/391/CEE e dalle sue trasposizioni nel diritto interno dei Paesi membri. Sulle similitudini e sovrapposizioni, ma anche sulle differenze teleologiche, tra modello organizzativo 231 e sistema di gestione della sicurezza e di prevenzione dei rischi da lavoro, si rinvia alla approfondita trattazione di V. Mongillo,

Nonostante queste analogie di fondo, la – tardiva – introduzione nel d.lgs. 231 dell'art. 25-*septies* ha certamente introdotto una rilevante innovazione 'interna' allo stesso sistema della responsabilità degli enti nel suo complesso. Non foss'altro perché l'integrazione nel *catalogo 231* dei nuovi delitti presupposto colposi, con i loro contrassegni peculiari sul piano dell'imputazione soggettiva, ha imposto, anche nella prassi aziendale, un riassetto molto significativo dei modelli di organizzazione, che erano fino al 2007 funzionali alla prevenzione di soli delitti dolosi. L'allargamento ai reati colposi d'evento – area di sicura incidenza della criminalità d'impresa o più latamente economica – ha posto al centro delle esigenze preventive dei *modelli* forme di illecito che si pongono in strettissima correlazione non soltanto con l'agire quotidiano della *societas*, bensì, proprio per questo, con l'organizzazione 'più autentica' dello svolgimento dell'attività produttiva in seno alla compagine aziendale. Si è trattato di un'estensione inevitabile verso fattispecie che possono considerarsi alla stregua di «"reati culturali" delle persone giuridiche tardo-moderne, espressive della pericolosità e dell'aggressività della *corporate culture* della nostra epoca»[4].

Ma i profili di intersezione tra la disciplina 231 e quella della sicurezza del lavoro si rivelano *bidirezionali*. La dottrina ha infatti rilevato come l'onda d'urto dell'innovazione si sia in realtà propagata anche in direzione della stessa responsabilità penale delle persone fisiche nel settore lavoristico. In particolare – ad ulteriore dimostrazione dei nessi tra la responsabilità *ex crimine*, rispettivamente, della *societas* e degli individui che si muovono al suo interno (nessi identificabili, come detto, sul piano dell'organizzazione finalizzata alla prevenzione) – la responsabilizzazione dell'ente collettivo potrebbe contribuire, se non a risolvere, per lo meno a sdrammatizzare talune controverse questioni in tema di criteri di imputazione della responsabilità penale per le persone fisiche[5].

Art. 30 [d.lgs. n. 81/2008]. Modelli di organizzazione e gestione, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo, G. De Simone, A. Lionzio *et al.*, Giuffrè Milano 2019, pp. 1626 ss. Si veda, inoltre, F. Curi, *L'imprenditore persona giuridica: il 'sistema 231' nel combinato disposto con il testo unico salute e sicurezza sul lavoro*, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, a cura di D. Castronuovo, S. Tordini Cagli, V. Torre *et al.*, Giappichelli, Torino 2019, p. 174.

[4] C. de Maglie, *Note su infortuni sul lavoro e responsabilità autonoma dell'ente*, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, a cura di G. Casaroli, F. Giunta *et al.*, Edizioni Ets, Pisa 2015, p. 189.

[5] G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 234 ss.; G. Morgante, *Responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, in *Reati contro la salute e la dignità dei lavoratori*, a cura di B. Deidda, A. Gargani, Giappichelli, Torino 2012, p. 477; S. Dovere, *Art. 25-septies.*

In questo senso, la autonoma responsabilità *della* organizzazione potrebbe attenuare o aiutare a risolvere taluni problemi (notevoli) tipici dell'attribuzione della responsabilità *nella* organizzazione, quindi, in questo secondo caso, ai singoli individui che agiscono od omettono all'interno della compagine. Invero, la corretta attribuzione soggettiva della responsabilità per l'evento verificatosi all'interno dell'organizzazione presenta, nel settore lavoristico, profili di enorme difficoltà, tanto da costituire uno dei punti – assieme all'accertamento del nesso di causalità e della colpa – in cui si è manifestato un processo di progressiva *deformazione prasseologica* delle categorie dell'imputazione del risultato dannoso, e quindi la messa in crisi del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale[6]. È il caso, segnatamente, delle difficoltà in termini di individuazione dei 'garanti' all'interno della compagine societaria in caso di evento lesivo, specialmente, ma non solo, in ipotesi di tecnopatie riconducibili ad esposizioni seriali e cumulative a determinati fattori di rischio lavorativo; e/o a fenomeni di successione nelle posizioni di garanzia.

Seppur problematicamente, le regole d'imputazione della responsabilità all'ente – responsabilità qualificabile come «autonoma», «diretta» ed «eventualmente concorrente» alla luce dell'art. 8 d.lgs. 231[7] – potrebbero in alcuni casi attenuare tali difficoltà, aprendo la strada ad una responsabilità esclusiva della *societas* in ipotesi di evento lesivo colposo, allorquando non sia stato possibile identificare con la necessaria certezza l'autore del reato: questa residuale e problematica eventualità sarebbe tuttavia condizionata all'avvenuto accertamento positivo circa la sussistenza del reato, e quindi degli elementi della causalità e della colpa; nonché in ordine alla riconducibilità del 'fatto di connessione' ad almeno un soggetto appartenente alla compagine, non identificabile con certezza, ma del quale si possa individuare l'appartenenza alla cerchia degli apicali o dei subordinati, come richiesto dall'art. 5.

Che l'introduzione dell'art. 25-*septies* abbia avuto ripercussioni anche

Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, a cura di M. Levis, A. Perini, Zanichelli, Bologna 2014, p. 619.

[6] Volendo, per l'impostazione della questione in questi termini, Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., pp. 292 ss., anche per ulteriori riferimenti.

[7] Per una riconsiderazione aggiornata circa la nozione di autonomia e, più in generale, sulle caratterizzazioni strutturali della responsabilità da reato dell'ente, De Simone, *Art. 8 [d.lgs. 231/2008]. Autonomia della responsabilità dell'ente – Profili sostanziali*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi,* cit., pp. 336 ss.

sulla struttura della responsabilità delle persone fisiche nell'ambito della sicurezza del lavoro, pare dimostrato in maniera evidente anche dalla disposizione in tema di delega di funzioni. La norma in questione – in particolare l'art. 16, co. 3, d.lgs. n. 81/2008 – valorizza esplicitamente i nessi tra i due piani (collettivo e individuale) di responsabilità, là dove prevede, come noto, una presunzione di adempimento dell'obbligo di vigilanza gravante sul datore di lavoro delegante in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite: obbligo di vigilanza che «si intende assolto in caso di adozione e di efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4», dello stesso d.lgs. n. 81/2008.

Dalla responsabilità delle persone fisiche – *rectius*: di soggetti apicali ovvero di soggetti subordinati; nonché di garanti, a seconda dei casi, in via originaria o a seguito di delega – a quella dell'ente collettivo, e viceversa. Questo andamento bidirezionale, dalla responsabilità dell'organizzazione a quella degli individui, richiede la corretta identificazione dei soggetti che possono impegnare la responsabilità dell'ente collettivo, mediante modelli imputativi differenziati al variare della qualifica soggettiva di apicale o, rispettivamente, di subordinato[8].

Al riesame di tali questioni identificative, assai rilevanti anche sul piano pratico, sarà dedicata la rassegna che segue.

2. *Gli autori del reato presupposto e la loro necessaria classificazione alternativa come apicali o subordinati*

Tra i non pochi problemi interpretativi suscitati dall'inclusione dei reati in materia di sicurezza del lavoro tra le ipotesi di responsabilità dell'ente, figurano anche quelli legati al criterio 'oggettivo' di imputazione, formulato all'art. 5 del d.lgs. 231. Il quale, come ben noto, richiede due requisiti: che il reato presupposto sia commesso (*i*) da un apicale o da un subordinato; (*ii*) nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Tralasciando in questa sede le questioni poste dalla difficoltosa

[8] In generale, per una vasta ed approfondita indagine anche comparata sui paradigmi del riparto di responsabilità tra individui ed enti in ambito societario, si rinvia a Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino 2018, *passim*. Cfr. inoltre A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, in «RTDPE», 2017, pp. 508 ss.

compatibilità tra reati colposi e criterio oggettivo dell'interesse o vantaggio[9], ci si soffermerà sulle nozioni di soggetti apicali e di soggetti subordinati. I primi sono «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso» (art. 5, lett. *a*). I secondi, invece, «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)» (art. 5, lett. *b*).

In particolare, debbono esaminarsi talune questioni riguardanti i soggetti (individuali) responsabili della sicurezza del lavoro, in vista delle possibili ripercussioni sui differenziati criteri c.d. soggettivi di attribuzione della responsabilità *ex crimine* stabiliti, rispettivamente, dagli artt. 6 e 7[10]: criteri differenziati, come noto, proprio sulla base della diversa qualifica – di vertice o di subordinazione – dell'autore persona fisica. Il che giustifica l'importanza della qualificazione alternativa come apicali/subordinati delle persone fisiche autrici dei reati.

In altri termini, poiché l'ente è responsabile dei reati commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da (*a*) soggetti apicali oppure (*b*) da soggetti subordinati, una prima questione concerne il significato da attribuire alle due alternative qualifiche soggettive alle quali si riferisce l'art. 5, in relazione alla fitta rete di 'garanti' della sicurezza predisposta dalla disciplina lavoristica. Si tratta, invero, di questione preliminare anche rispetto a quella – certamente più indagata – dell'individuazione del significato da attribuire alle nozioni di interesse e vantaggio nel peculiare contesto colposo in cui ci muoviamo. Peraltro, mentre ai fini della responsabilità della *societas* non assume nessuna rilevanza lo specifico ruolo svolto dalla persona fisica nella realizzazione del fatto di connessione, potendosi trattare di autore, coautore o complice, è viceversa fondamentale decidere il livello funzionale occupato

[9] Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema, De Simone, *Art. 5 [d.lgs. 231/2008]. Responsabilità dell'ente. – Profili penalistici*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., pp. 118 ss.; si consenta, inoltre, di rinviare a Castronuovo, *Art. 25-septies [d.lgs. 231/2001]. Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, *Compliance*, cit., pp. 600 ss., in part. pp. 623 ss.

[10] La questione del corretto inquadramento alternativo degli autori-persone fisiche come apicali o subordinati si pone in maniera assai più netta nel settore della sicurezza del lavoro, in quanto la sua disciplina presenta una notevole codificazione delle singole figure soggettive dei garanti (datore, dirigente, preposto, etc.). Ma, va da sé, questioni analoghe potrebbero astrattamente profilarsi in ogni contesto di responsabilità in cui siano previste fattispecie di reato presupposto e in cui sia possibile rinvenire figure soggettive di 'garanti' (nel senso ampio anzi detto): ad esempio, in relazione alla disciplina ambientale.

dalla stessa nella struttura organizzata[11].

Il legislatore ha dunque individuato, benché sulla base di formule elastiche, due diverse categorie di soggetti che possono impegnare la responsabilità dell'ente, sulla base del tipo di connessione funzionale che li lega allo stesso in forza di un rapporto qualificato[12]. Si parla in proposito di tipizzazione in chiave oggettivistico-funzionale[13].

In particolare, sulla base del dato funzionale, la qualifica di apicale dipende dall'esercizio delle funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione, nonché, anche di fatto, da quelle di gestione e controllo. Secondo una diffusa nozione, «il minimo comune denominatore delle richiamate funzioni apicali sta in ciò che le stesse hanno ad oggetto – a prescindere dalla qualifica formale – la determinazione della volontà dell'ente e la sua politica di impresa, concretizzando così il potere di indirizzo strategico del medesimo tramite l'esercizio della discrezionalità imprenditoriale»[14].

L'elasticità della formula normativa, che si spiega anche per la variabilità delle forme societarie e per l'eterogeneità delle strutture organizzative e delle denominazioni dei ruoli funzionali, sembra non dissipata dalla corrispondente nozione economico-aziendale. «Negli studi sulla *corporate governance* di matrice economico-aziendale si riscontrano alcuni utili riferimenti per l'identificazione dei soggetti apicali», sebbene il termine 'apicali' non trovi, colà, riscontro letterale. In quel contesto disciplinare il concetto di apicale «può essere derivato da quello di *soggetto economico*», che comprende «tutti quei soggetti che in azienda detengono le leve di comando ed hanno la responsabilità assoluta delle politiche gestionali», dunque coloro che esercitano il «potere di "definire gli indirizzi strategici" […] o, in altri termini, "di indirizzare la gestione assumendo le decisioni fondamentali"»[15].

Oltre al *soggetto economico* di rilievo verticistico, tra le persone le cui

[11] Cfr., ad es., F. Giunta, *Attività bancaria e responsabilità* ex crimine *degli enti collettivi*, in «RTDPE», 2004, p. 8; R. Lottini, *I criteri di imputazione oggettiva: i soggetti che impegnano la responsabilità dell'ente e il criterio dell'interesse o del vantaggio*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari *et al.*, Utet, Torino 2016, p. 2416; De Simone, *Art. 5 [d.lgs. 231/2008]. Responsabilità dell'ente. – Profili penalistici*, cit., p.100.

[12] Cfr. Bordiga, *Artt. 5, 6 e 7 [d.lgs. n. 231/2001] - Profili societari. A) I soggetti apicali e subordinati*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 176.

[13] De Simone, *Ivi,* p. 101; *Ibid.,* pp. 177 ss. (entrambi anche per gli ulteriori riferimenti svolti).

[14] Cfr. *Ibid.*, pp. 178 ss., al quale si rimanda anche per una rassegna, dal punto di vista del diritto societario, sulle nozioni corrispondenti alle funzioni apicali di rappresentanza, amministrazione, direzione, gestione e controllo.

[15] G. D'Onza, *Artt. 5, 6 e 7 [d.lgs. n. 231/2001] - Profili aziendali. A) I soggetti apicali e subordinati e la nozione di unità organizzativa*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., pp. 301 ss., con i riferimenti necessari alla letteratura economico-aziendale.

condotte criminose possono coinvolgere la responsabilità della *societas* vi sono, poi, quelle richiamate alla lett. *b* dell'art. 5, che sembrano identificate sempre sulla base del criterio funzionale, ma mediante una sorta di *canone inverso*: non rileva, cioè, la funzione da essi stessi svolta – potendo trattarsi di dipendenti inquadrati a vario titolo nell'organigramma o di parasubordinati, mentre più controversa è la posizione dei collaboratori esterni –; rileva, bensì, la loro sottoposizione ai poteri di direzione e vigilanza affidati ai soggetti di vertice, allorché il reato presupposto sia stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi relativi a tali poteri (cfr. art. 7, comma 1, d.lgs. n. 231).

Tornando al tema della qualificazione alternativa come apicale o subordinato dell'autore (nozione sintetica, come visto, ma da intendersi nel senso più ampio, ricomprendente anche il concorrente), essa rappresenta un passaggio preliminare e ineludibile persino nell'ipotesi – prospettata dall'art. 8, comma 1, lett. *a*, dello stesso decreto – in cui la responsabilità ricada sul solo ente, quale concretizzazione del carattere autonomo di questa forma di responsabilità: vale a dire, in caso di mancata identificazione dell'autore del reato. Ne deriva che, ai fini dell'imputazione della responsabilità all'ente collettivo, occorrerà sempre procedere alla classificazione alternativa dei diversi garanti della sicurezza (a titolo originario: datore, dirigente, preposto, lavoratore, etc.; oppure a titolo derivativo: delegato) quali apicali o quali subordinati. Anche in caso di mancata identificazione dell'identità dell'autore, dovrà pur sempre accertarsi, quantomeno, la sua appartenenza alla categoria dei vertici o a quella dei sottoposti.

Si può dunque parlare di necessità della qualificazione alternativa.

Che sia un passaggio preliminare *sempre ineludibile* è ricavabile dal meccanismo soggettivo di attribuzione della responsabilità all'ente, che, come ricordato, assume struttura differenziata – secondo quanto previsto dagli artt. 6 e 7 – in funzione dell'appartenenza dell'autore del reato al novero dei soggetti apicali/subordinati.

Nel caso di autore 'garante apicale' – situazione coperta dal combinato disposto degli artt. 5, lett. *a*, e 6 – varranno le rigorose disposizioni sull'onere della prova in ordine al modello d'organizzazione, all'organismo di vigilanza e all'elusione fraudolenta, rendendo così scarse o quasi nulle le possibilità esimenti per l'ente. Nel caso, invece, di autore 'garante subordinato', l'ente potrà più agevolmente ottenere l'esonero dalla responsabilità, secondo il più benevolo meccanismo tracciato dagli artt. 5, lett. *b*, e 7[16].

[16] Per una considerazione aggiornata dei 'criteri soggettivi', per tutti, M. Scoletta, *Art. 6 [d.lgs. n. 231/2001]. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente. - Profili penalistici*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., pp. 132 ss.; Id., *Art. 7. Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente. - Profili*

Non potrà dunque prescindersi da una pregiudiziale attività di classificazione – che rientra nell'onere probatorio dell'accusa – delle diverse figure di garanti per la sicurezza sul lavoro (autori del reato-presupposto) nell'una o nell'altra categoria di soggetti (che si assume abbiano agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente).

3. *Fattori di 'dinamismo' classificatorio della qualifica apicale: esercizio di fatto; delega di funzioni; responsabilità di un'unità produttiva*

La questione classificatoria è complicata da talune variabili, in parte peculiari del contesto della sicurezza del lavoro, di cui mette conto parlare sin da subito. Alcuni fattori sono infatti capaci di imprimere un certo 'dinamismo' all'accertamento della nozione di soggetto apicale, imponendo, così, una valutazione puntuale, da effettuare di volta in volta e in concreto.

Occorre invero considerare che il possesso della qualifica apicale – che, come ricordato, è caratterizzata dall'esercizio di diverse funzioni: la rappresentanza, l'amministrazione, la direzione, la gestione e il controllo – potrà dipendere anche dall'*esercizio di fatto*, in particolare, della gestione o del controllo dell'ente collettivo (art. 5, lett. *a*, ultima parte, d.lgs. n. 231)[17]. Correlativamente, l'esercizio di fatto in assenza di una formale investitura è considerato anche in relazione ai poteri corrispondenti alle posizioni di garanzia lavoristiche del datore, del dirigente e del preposto (art. 299 d.lgs. n. 81).

Un ulteriore elemento di 'dinamicità' della qualifica apicale, apprezzabile anche ai fini della responsabilità dell'ente, dipende dall'istituto della *delega di funzioni* rilevanti in materia di sicurezza del lavoro, che – eccettuati gli obblighi di cui all'art. 17 d.lgs. n. 81/2008 – può avere contenuto e carattere di generalità[18].

penalistici, *ibid.*, pp. 169 ss.

[17] Si veda però Bordiga, *Artt. 5, 6 e 7. [d.lgs. n. 231/2001] - Profili societari. A) I soggetti apicali e subordinati*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi,* cit., pp. 181 ss., là dove – nel rimarcare l'equivocità, dal punto di vista del diritto commerciale, della lettura fornita dalla dottrina penalistica circa la nozione di «gestione e controllo anche di fatto» *ex* art. 5, lett. *a* – l'A. precisa che «il riferimento all'esercizio di fatto della gestione e del controllo va inteso nel senso dell'esercizio, a prescindere da investiture formali, della funzione amministrativa in senso ampio: come attività di strutturale partecipazione, cioè, all'assunzione delle decisioni imprenditoriali […]».

[18] In via sintetica e in generale, sull'art. 299 (esercizio di fatto dei poteri direttivi) e sugli artt. 16-17 (delega di funzioni) del d.lgs. n. 81/2008, per tutti, S. Tordini Cagli, *I*

Ancora: in parziale e reciproca analogia, sia il soggetto apicale sia la figura datoriale sono identificabili in persone aventi poteri o responsabilità anche con riferimento (soltanto) a una *unità organizzativa o produttiva*: si confrontino, rispettivamente, l'art. 5, lett. *a*, d.lgs. n. 231 e l'art. 2, lett. *b*, d.lgs. n. 81[19].

La possibile *circolazione* della qualifica apicale – in correlazione con l'esercizio di fatto, o con la delega di funzioni, o, infine, con la possibile afferenza della figura soggettiva alla mera unità organizzativa – pone il problema dell'individuazione, caso per caso, della funzione svolta dal soggetto attivo del reato e, quindi, della sua qualificazione in termini di persona che riveste funzioni di vertice o di mero subordinato.

Su queste variabili, e in particolare sulla delega, si tornerà nei prossimi paragrafi, nei quali si passeranno in rassegna le singole tipologie di garanti.

4. *I singoli garanti per la sicurezza e il loro ruolo apicale o subordinato*

Per procedere alla classificazione dei garanti per la sicurezza quali apicali o subordinati, occorre mettere a confronto le definizioni delle diverse figure soggettive lavoristiche, formulate dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2008, con la qualifica richiesta, in via alternativa, dall'art. 5 lett. *a* o lett. *b* del d.lgs. 231.

Tra i destinatari dell'obbligo di sicurezza, un ruolo di primo piano giocano le figure di garanti dotati in senso lato di *poteri direttivi*, anche *di mero fatto* (alla luce dell'art. 299 d.lgs. 81/2008): il datore di lavoro, il dirigente e il preposto.

Se, senza ombra di dubbio, la figura datoriale va qualificata come apicale; e se, con altrettanta chiarezza, il preposto può essere incasellato tra i subordinati; più chiaroscurale si rivela la collocazione della figura dirigenziale. Occorrerà inoltre, come anticipato, valutare le possibili ricadute

soggetti responsabili, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., pp. 98 ss.; Id., *La delega di funzioni*, *ibid.*, pp. 121 ss. Approfondimenti specifici sulla delega di funzioni in relazione alla responsabilità degli enti in *Artt. 16-17 [d.lgs. n. 81/2008]*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., pp. 1594 ss., in part. pp. 1612 ss. Sulla possibile incidenza della delega di funzioni sulla qualifica soggettiva dell'autore individuale, si veda sin da ora, in maniera sintetica e anche per riferimenti ulteriori, De Simone, *Art. 5 [d.lgs. 231/2008],* in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., pp. 109 ss.

[19] Sulla nozione 'previa' (ovverosia di matrice economico-aziendale) di unità organizzativa 'autonoma', D'Onza, *Artt. 5, 6 e 7. – Profili aziendali*, cit., pp. 302 ss.

del ricorso alla *delega di funzioni* sull'inquadramento degli autori del reato-presupposto tra gli apicali oppure tra i sottoposti.

4.1. *La figura datoriale*

Il datore di lavoro, alla stregua della definizione normativa, assume certissimamente ruolo verticistico all'interno dell'organizzazione nella sua interezza o di una unità produttiva. Semmai, le difficoltà potranno riguardare, di fatto, la classificazione come datore di lavoro di uno o più soggetti della struttura organizzata, specialmente in presenza di macro-organizzazioni.

Limitandosi qui al datore di lavoro privato, questi è definito come «*il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa*» (art. 2, lett. *b*, d.lgs. n. 81/2008).

La sua posizione di garanzia di livello apicale può derivare, come ricordato, da una investitura formale, oppure dall'esercizio di fatto dei poteri decisionali e di spesa riferibili alla figura datoriale (art. 299 d.lgs. n. 81/2008).

Certa la sua natura verticistica, le difficoltà potranno riguardare, semmai, la concreta *identificazione* del soggetto o dei soggetti ai quali, in una specifica struttura organizzata, spetti la qualifica datoriale; ovvero, a un livello ancora maggiore di complessità dell'accertamento, attesa la struttura intrinsecamente *relazionale* della colpa nei contesti organizzati, difficoltà possono derivare nei non infrequenti casi in cui si dubiti se il reato colposo presupposto sia stato commesso dal datore o non invece da un altro soggetto (es. preposto, lavoratore), inserito ad un diverso livello nella compagine organizzativa[20].

L'individuazione del soggetto o, non poche volte, dei diversi soggetti che rivestono la qualifica datoriale all'interno di una compagine (si pensi ai componenti di organi collegiali aventi poteri datoriali) è operazione non sempre di facile esperimento, specialmente, in prospettiva per lo più sincronica, nelle realtà organizzative maggiormente complesse; oppure, in prospettiva diacronica, in relazione a danni protratti o differiti derivanti da esposizioni seriali, in presenza di una successione di garanti.

[20] Per esplicazioni e riferimenti, si consenta di rinviare a Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., pp. 329 ss.

Non possiamo qui soffermarci su tali difficoltà di identificazione, vitali sul piano del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale. Basterà tenere a mente che queste difficoltà hanno ricadute anche sui criteri di imputazione della responsabilità all'ente, allorquando l'autore, della cui qualifica datoriale si dubiti, abbia commesso uno dei delitti presupposto richiamati dall'art. 25-*septies*. Né le stesse difficoltà trovano necessaria soluzione mediante una 'succedanea' qualificazione dell'autore – se non come datore, almeno, in termini 'surrogati' – come dirigente: specialmente se si dà credito alle opinioni che mettono in luce le possibili ambiguità che circondano la pretesa riconducibilità automatica della figura dirigenziale al ruolo apicale.

Vediamo più da vicino, allora, la qualificazione attribuibile a questo *alter ego* del datore.

4.2. *La figura dirigenziale*

Ai fini dei meccanismi di attribuzione della responsabilità all'ente collettivo, solitamente si accomuna al datore anche il dirigente, riconoscendo in entrambe le figure quei connotati direttivi tipici del livello apicale[21].

In questo senso sembra deporre anche il tradizionale modo di intendere il dirigente: come una sorta di *alter ego* del datore di lavoro. Più precisamente, sembra decisiva la grande estensione dell'obbligo di sicurezza che grava sul dirigente, esattamente coincidente con il novero degli obblighi condivisi/non esclusivi/delegabili del datore, fatta eccezione, cioè, per quelli che al garante principale sono attribuiti in via esclusiva: valutazione del rischio, elaborazione del documento di valutazione del

[21] Cfr., ad es., P. Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in «RASE», 2, 2008, p. 62; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in «RIDPP», 2009, pp. 699 ss.; E. Amati, *La responsabilità degli enti per i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi in violazione delle norme relative alla sicurezza sul lavoro*, in *La nuova sicurezza del lavoro, III. Norme penali e processuali*, a cura di G. Insolera, Zanichelli, Bologna 2011, p. 58; M. Scoletta, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L.D. Cerqua *et al.,* Cedam, Padova 2014, p. 848; De Simone, *Art. 5*, cit., p. 108. In senso opposto, valorizzando il fatto che le funzioni attribuite *per definitionem* al dirigente consistono nella mera attuazione delle direttive datoriali, P. Aldrovandi, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in «IP», 2009, p. 523.

rischio, designazione di un RSPP.

Come anticipato, tuttavia, il dirigente – proprio in virtù della sua definizione normativa come «persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa» (art. 2, lett. *d*, d.lgs. n. 81/2008) – sembra rappresentare una figura dai connotati potenzialmente più ambigui ai fini del suo inquadramento come apicale oppure come sottoposto all'altrui potere di direzione o di vigilanza. Per dirla in modo diverso, la figura dirigenziale si muove nella 'zona d'ombra' o nel margine 'di indeterminazione' della norma che definisce i soggetti apicali; al contrario della figura datoriale, che si colloca, invece, nell'area di significanza propria del 'nucleo centrale' della stessa norma.

In altri termini, a seconda che, nel contesto della formulazione definitoria della figura dirigenziale, si valorizzi il profilo del dovere/potere di organizzazione e vigilanza sull'attività lavorativa, ovvero, in alternativa, quello di (mera) attuazione delle direttive ricevute dal livello datoriale, può cambiare la classificazione della figura dirigenziale in termini, rispettivamente, di apicale o di subordinato.

Si aggiunga che le qualifiche contenute nel c.d. testo unico della sicurezza del lavoro – e, tra queste, quella dirigenziale – sono qualifiche a fini 'prevenzionistici': non c'è necessaria coincidenza con la nozione 'lavoristica' di dirigente, ai fini, ad esempio, dell'inquadramento nelle classi stipendiali, etc. Ne consegue che, formalmente, potrebbe trattarsi anche di un lavoratore autonomo: ad esempio un consulente-dirigente per la sicurezza del lavoro.

Ne deriva, secondo questa condivisibile linea di pensiero[22], che la soluzione più corretta parrebbe quella di una verifica caso per caso, diretta a valutare se il dirigente a fini prevenzionistici, resosi autore del delitto colposo d'evento, sia davvero dotato di funzioni riconducibili all'art. 5, lett. *a*: cioè *se svolga funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa; o se eserciti, anche di fatto, la gestione e il controllo dell'ente stesso*. I connotati disegnati dalla lett. *a* dell'art. 5, restituiscono, invero, la figura di un organo autenticamente di vertice – un *soggetto economico*, secondo la già evocata nozione economico-aziendale – rispetto al quale risulti credibile quella *immedesimazione organica*, produttiva di una identificazione tra individuo ed ente, solitamente ritenuta alla base del

[22] Sulla quale cfr. P. Veneziani, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Utet, Torino 2010, p. 115; A. Bernasconi, *La responsabilità dell'ente. I criteri di imputazione. Il gruppo di imprese*, in *Manuale della responsabilità degli enti*, 2ª ed., a cura di A. Presutti, A. Bernasconi, Giuffrè Milano 2018, p. 77.

rigoroso criterio di attribuzione della responsabilità stabilito dall'art. 6 d.lgs. 231 per i soggetti apicali. Connotati verticistici che non necessariamente e non sempre sono rinvenibili nella figura del dirigente a fini prevenzionistici: la realtà imprenditoriale conosce situazioni assai variabili, nelle quali sembra tutt'altro che rara l'ipotesi di un dirigente per la sicurezza del lavoro privo dei caratteri funzionali (di rappresentanza, amministrazione o direzione) oppure dei poteri (di gestione e controllo) tipici della figura apicale.

Del resto, contrariamente al datore, il cui ruolo di garante per la sicurezza ha latitudine più generale (o coincidente con l'unità produttiva), l'estensione della posizione di garanzia del dirigente è necessariamente parametrata al *set* di competenze a lui attribuite nell'organizzazione aziendale o dal medesimo esercitate di fatto. Estensione della *Garantenstellung* che dipende dal livello, in verticale, e dal settore, in orizzontale, in cui il soggetto con qualifica dirigenziale esplica le sue funzioni connesse alla gestione di rischi lavorativi.

Anche sotto questo profilo, dunque, l'attribuzione al dirigente per la sicurezza del lavoro della qualifica di apicale o soltanto di subordinato, ai fini della responsabilità dell'ente, non può che dipendere dal riscontro circa la effettiva presenza dei rispettivi requisiti richiesti dalle due lettere dell'art. 5.

Un rilievo di certo non trascurabile sul corretto inquadramento del dirigente come apicale o subordinato potrà poi assumere anche la presenza o meno a suo favore di una delega di funzioni (ci torneremo).

Una questione diversa – che conviene qui soltanto ricordare per la sua attinenza al tema della colpa organizzativa secondo i due paradigmi parzialmente differenziati formulati agli artt. 6 e 7 – è quella della possibilità che la figura dirigenziale entri a far parte dell'organismo di vigilanza (OdV) previsto dall'art. 6. Premesso che la effettiva composizione dell'OdV è essenziale affinché il modello di organizzazione possa ritenersi efficacemente attuato – poiché lo stesso organismo deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, liberi da condizionamenti e interferenze – la giurisprudenza ha ritenuto che tale autonomia difetti nel caso del dirigente (dell'area ecologia, ambiente e sicurezza) chiamato a farne parte, per l'evidente conflitto di interessi conseguente alla sovrapposizione di ruoli tra controllori e controllati. Di più: una tale contemporanea duplicazione di ruoli denoterebbe la propensione verso la configurazione del modello in termini burocratici e di facciata, e non di effettività preventiva[23].

[23] In tal senso le sentenze di merito della vicenda *ThyssenKrupp*, così come riassunte e confermate sul punto da quella di legittimità: Cass. SU, 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn. Cfr. anche le *Linee guida di Confindustria per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, approvate il 7 marzo 2002 (aggiornate nel 2014), p. 58. Sull'OdV si rinvia, per es., a: Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza*, Napoli, 2019, pp. 60 ss.

4.3. *La figura del garante a titolo derivativo: il delegato*

La necessaria distinzione tra soggetti apicali e soggetti subordinati non può prescindere – come anticipato – dal significato da attribuire alla circostanza che il delitto colposo presupposto sia stato commesso non da un garante originario, bensì da un soggetto delegato. Assume pertanto speciale rilevanza, quale possibile fattore dinamico di identificazione, la questione della «incidenza della delega di funzioni sulla qualifica soggettiva dell'autore»[24].

Al conferimento della delega di funzioni procede (normalmente) il datore di lavoro[25], o comunque un soggetto posto *in apicibus*. Le cose possono stare diversamente in relazione al conferimento di una subdelega (art. 16, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 81/2008), che, a seconda dei casi, può essere attribuita da un soggetto apicale (es. un dirigente-delegato avente i requisiti richiesti dalla lett. *a* dell'art. 5) o da un subordinato individuato ai sensi della lett. *b* del medesimo articolo.

La questione più rilevante riguarda la qualifica da attribuire al delegato o al subdelegato ai fini dell'imputazione della responsabilità all'ente collettivo. In altre parole, l'interrogativo riguarda la possibile *metamorfosi* del soggetto subordinato in soggetto apicale, una volta ricevuta la delega. Ovviamente, la questione non avrebbe più importanza nel caso in cui il delegato fosse già inquadrabile – *ab origine* e indipendentemente dalla delega ricevuta – tra le figure apicali ai sensi dell'art. 5, lett. *a*, per via del complesso dei poteri a lui attribuiti in via originaria o per l'esercizio di fatto di poteri corrispondenti.

In dottrina si registrano sulla questione opinioni contrastanti.

Così, vi è chi attribuisce al trasferimento di funzioni un automatico effetto costitutivo della qualifica apicale, con la conseguenza che il delegato sarebbe sempre un apicale. Si ritiene infatti che, in presenza di tale atto, «l'ente risponderà dei reati puniti dall'art. 25-septies *sempre* in base al meccanismo soggettivo di imputazione dettato dall'art. 6»: sia quando il delegato fosse già qualificabile come apicale in via originaria; sia allorché lo stesso fosse *ab origine* un sottoposto, poiché, in questo secondo caso, sarà la delega, avente necessariamente ad oggetto funzioni apicali, a fargli assumere

[24] De Simone, *Art. 5*, cit., pp. 109 ss. Per un quadro complessivo delle variabili capaci di imprimere dinamismo alla distinzione qui esaminata, cfr. *supra*, § 3.

[25] Così, letteralmente, l'art. 16, comma 1 («La delega di funzioni da parte del datore di lavoro […]», comma 3 («La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro […]») e comma 3-*bis* («Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro […]»); nonché l'art. 17, comma 1 («Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività […]») del d.lgs. n. 81/2008.

il ruolo di vertice proprio dell'immedesimazione organica[26].

Vi è chi, all'opposto, ritiene che, nell'ipotesi di reato commesso nell'esercizio di poteri delegati, debba sempre trovare applicazione l'art. 7: essendo il subordinato per definizione un soggetto *sottoposto all'altrui direzione o vigilanza*, e imponendo la delega un *obbligo di vigilanza* in capo al datore-delegante sul corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite, ne conseguirebbe che il delegato è sempre un sottoposto[27].

Altri, poi, patrocinando un'opinione intermedia e di compromesso, obietta che nessuna delle due posizioni opposte coglie nel segno, peccando per eccesso la prima (il delegato è sempre un apicale) e per difetto la seconda (il delegato non è mai un apicale). A voler aderire alla prima tesi – si argomenta –, essendo la delega di funzioni un ordinario e quasi onnipresente meccanismo organizzativo in materia di sicurezza del lavoro, la responsabilità degli enti collettivi per i delitti colposi richiamati dall'art. 25-*septies* seguirebbe, in presenza di una (quasi immancabile) delega all'autore, sempre il rigido automatismo di imputazione previsto dall'art. 6. La seconda tesi – si aggiunge – sembra sopravvalutare il requisito della soggezione all'altrui vigilanza, poiché, se applicato coerentemente, porterebbe, per esempio, ad escludere la natura apicale di un amministratore delegato, in quanto sottoposto al controllo del consiglio di amministrazione. La soluzione proposta, allora, è quella di attribuire al giudice, caso per caso, il compito di «saggiare l'effettiva natura delle funzioni delegate, per sciogliere il dilemma circa la qualifica di 'apicale' ovvero di 'subordinato' del soggetto attivo» del delitto colposo, in modo da evitare forme di automatica *apicalità* del delegato[28]. Ne deriva, in via esemplificativa, che le funzioni trasferite nell'ambito di una subdelega ben potrebbero riguardare poteri non necessariamente espressivi della qualifica datoriale/apicale, ma essere riconducibili a quella del subordinato; oppure che le attribuzioni concretamente trasferite mediante una delega non corrispondano alle funzioni di gestione, direzione e controllo tipiche dei ruoli di vertice.

Una versione leggermente diversa della terza posizione – condivisa l'esigenza di evitare automatismi di ogni segno ('al rialzo' come 'al ribasso'), ma rifiutando una logica 'atomistica' del caso per caso che «valorizzi in via pressoché esclusiva il modo di essere della delega *hic et nunc*» – suggerisce che

[26] Vitarelli, *La disciplina della delega di funzioni*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, Giuffrè, Milano 2010, pp. 56 ss.

[27] C. Brusco, *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. 81/2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in «GM», 2008, p. 2769.

[28] F. D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009*, in «RIDPP», 2010, p. 1139.

si possa «rinvenire già nella lettera della legge un elemento potenzialmente idoneo a ad orientare la valutazione giudiziale». Segnatamente, nel disposto dell'art. 6, comma 2, d.lgs. 231, a mente del quale è, innanzi tutto, nel modello di organizzazione e di gestione che deve essere rinvenuta l'estensione dei poteri delegati in relazione a tutti gli aspetti rilevanti ai fini della delega: dall'ambito delle attività delegate alla gestione delle risorse finanziarie, dalla vigilanza sull'osservanza del modello medesimo al sistema disciplinare[29].

In altri termini, come più volte si è fin qui argomentato, la qualifica dell'autore del delitto colposo come apicale o subordinato finisce per dipendere dalla concretezza delle funzioni possedute in via originaria o trasferite a mezzo delega. Con riferimento a quest'ultima situazione, la classificazione del delegato dipenderà dall'estensione dei poteri delegati così come desumibile anche dal modello organizzativo adottato ed attuato in concreto.

Alla luce di tale generale criterio 'effettuale', non può essere condivisa l'affermazione secondo la quale il dirigente destinatario di delega sia necessariamente da ritenersi soggetto apicale poiché tra le condizioni della delega – ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008 – vi è l'attribuzione al delegato di «tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate», nonché della «autonomia di spesa necessaria» allo svolgimento delle stesse[30]. Va invece ribadito che la qualificazione come apicale dipende – oltre che dai poteri posseduti *ab origine* – dalla concreta estensione delle (specifiche) funzioni effettivamente trasferite: i poteri di organizzazione, gestione e controllo ai quali si riferisce il menzionato art. 16 sono, infatti, solo quelli collegati alla «specifica natura delle funzioni delegate».

4.4. *La figura del preposto*

La definizione normativa di preposto – quale *persona che sovrintende all'attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa* (art. 2, lett. *e*, d.lgs. n. 81/2008) – ne consente l'inquadramento in termini di soggetto sottoposto alla direzione o vigilanza

[29] Morgante, *Responsabilità amministrativa degli enti collettivi,* in *Reati contro la salute e la dignità dei lavoratori*, cit., pp. 485 ss.

[30] In questo senso, invece, S. Delsignore, *Responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale. Diritto penale del lavoro*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti *et al.*, Utet, Torino 2015, p. 400.

da parte dei vertici dell'organizzazione aziendale (art. 5, lett. *b*, d.lgs. n. 231/2001).

Benché anche il preposto sia dotato di poteri direttivi (in questo senso, del resto, in maniera esplicita, l'art. 299 del d.lgs. n. 81, in tema di «esercizio di fatto»), questi sono per definizione limitati alla fase esecutiva dell'attività lavorativa: si tratta, invero, di figura che fa da cerniera, sul piano dell'organizzazione della sicurezza, tra il livello datoriale e dirigenziale, da un lato, e i lavoratori, dall'altro.

In caso di realizzazione del fatto colposo di connessione da parte del preposto, pare perciò obbligata, ai fini dell'imputazione della responsabilità all'ente, la collocazione di questa figura di garante 'intermedio' nell'ambito dei soggetti subordinati. A maggior ragione ove si propenda per il non automatico inquadramento quale apicale della superiore qualifica del dirigente, come veduto sopra.

Con la figura del preposto si ritorna, insomma, al 'nucleo di chiarezza' delle norme che definiscono i requisiti dei soggetti capaci di implicare la responsabilità della persona giuridica: con la conseguenza di una agevole 'sussumibilità' del preposto nella 'zona centrale' della norma desumibile dall'art. art. 5, lett. *b*, poiché è possibile riconoscervi i tratti del soggetto sottoposto al potere di direzione e di vigilanza esercitato dai vertici.

4.5. *Il lavoratore autore del delitto colposo*

Tra i soggetti che possono commettere uno dei delitti colposi d'evento che fanno da presupposto alla responsabilità dell'ente collettivo di appartenenza vi è anche il lavoratore, nell'ampia nozione desumibile alla luce della definizione formulata all'art. 2, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008. Nonostante la giurisprudenza tenda comunque ad attribuire la responsabilità esclusivamente al datore di lavoro, anche in caso di evento determinato da gravi contegni colposi del lavoratore, non vi è dubbio che questi, oltre a rappresentare il principale beneficiario della tutela sul luogo di lavoro, sia anche destinatario di significativi obblighi di protezione nei confronti dei colleghi e dei terzi (art. 20 del d.lgs. n. 81/2008)[31].

[31] Per la ricostruzione della questione e per i necessari riferimenti, Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza del lavoro. Auto-responsabilità o paternalismo penale?* in «AP», 2, 2019, pp. 1-18. Peraltro, si registra da ultimo in giurisprudenza qualche segnale incoraggiante nel senso di una maggiore attenzione ai profili relazionali della colpa, quindi all'accertamento, una volta esclusa l'ipotesi di interruzione del nesso causale, della possibile esclusione della colpa (e della colpevolezza colposa) del datore in presenza di una

Quale possibile autore (eventualmente, anche in concorso con il datore o con altra figura di garante) di un omicidio colposo o di lesioni colpose derivanti da inosservanze in materia di sicurezza, il lavoratore potrebbe dunque innescare la responsabilità della *societas* secondo il modello di colpevolezza d'organizzazione e le connesse esimenti previste per i fatti realizzati dai soggetti subordinati: ai sensi, dunque, del criterio soggettivo formulato all'art. 7.

In senso contrario, in dottrina, taluno ha suggerito che il soggetto sottoposto alla direzione e al controllo da parte degli apicali debba collocarsi in una posizione comunque prossima al vertice, immediatamente a ridosso di esso, tanto da essere in qualche misura assimilabile a questo dal punto di vista funzionale: una tale connotazione generale della nozione di subordinato escluderebbe dal proprio perimetro la figura del lavoratore così come definita alla lett. *a* dell'art. 2 d.lgs. n. 81, con conseguente insussistenza della responsabilità dell'ente in ipotesi di delitto colposo d'omicidio o lesioni realizzato da un lavoratore[32].

Nondimeno, in assenza di chiari indici normativi in tal senso e in presenza invece di indicazioni che militano per l'attribuzione al lavoratore di un ruolo significativo nelle strategie di prevenzione in materia di salute e sicurezza, sembra doversi riconoscere allo stesso la qualifica di un soggetto sottoposto alla direzione e vigilanza da parte dei vertici, capace perciò di impegnare la responsabilità della *societas*, in caso di realizzazione del reato colposo presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente, secondo il meccanismo soggettivo previsto dall'art. 7.

4.6. *Responsabili e addetti del servizio di prevenzione e protezione*

Proseguendo la rassegna dei soggetti responsabili in materia di sicurezza del lavoro, ai fini del loro inquadramento come apicali o subordinati, un cenno meritano anche i componenti del servizio di prevenzione e protezione, ossia «*l'insieme delle persone, sistemi e mezzi esterni o interni all'azienda finalizzati all'attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali per i lavoratori*» (art. 2, lett. *l*, d.lgs. n. 81/2008). Vengono in considerazione, quindi, il responsabile e gli addetti del SPP, disciplinato agli artt. 31 ss. del

colpa del lavoratore: così, per es., con motivazione del tutto condivisibile, Cass. Sez. IV, 16 aprile 2019, n. 32507 (rel. Di Salvo).

[32] In tal senso, tra altri, N. Pisani, *La struttura dell'illecito e i criteri d'imputazione*, in *La responsabilità da reato degli enti*, a cura di A. D'Avirro, A. Di Amato, Cedam, Padova 2009, p. 94.

decreto n. 81.

Quanto alla prima figura, benché il responsabile (RSPP) non sia destinatario di obblighi di sicurezza sanzionati penalmente, è noto come la giurisprudenza prevalente – valorizzando le funzioni tecnico-consultive e propositive che caratterizzano la figura – affermi la configurabilità di una sua responsabilità penale colposa (più di frequente, ma non necessariamente, a titolo di concorso con il datore di lavoro) in caso di evento lesivo connesso a una mancata o cattiva esecuzione delle funzioni professionali affidategli[33].

Alla luce del d.lgs. n. 81/2008, ai fini dell'individuazione del responsabile del servizio quale possibile autore del delitto colposo d'evento presupposto della responsabilità dell'ente, viene in rilievo il possesso di capacità e requisiti professionali indicati all'art. 32 d.lgs. cit., funzionali all'espletamento di cruciali compiti relativi alla salute e sicurezza esplicitati al successivo art. 33, la cui omessa o maldestra esecuzione può configurare la colpa per inosservanza alla quale si riferisce l'art. 25-*septies* d.lgs. 231. Sempre alla luce del dato definitorio, la qualificazione del responsabile alla stregua di soggetto subordinato (e non di apicale) si può desumere dal fatto che la figura in questione sia «designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il servizio di prevenzione e protezione» (art. 2, lett. *f*, d.lgs. 81); nonché dalla esplicita precisazione secondo la quale il servizio «è utilizzato dal datore di lavoro» (art. 33, comma 3, d.lgs. 81).

Considerazioni almeno in parte analoghe valgono anche per l'addetto al servizio di prevenzione e protezione. In definitiva, in entrambe le figure sono riconoscibili i connotati del soggetto sottoposto – ai sensi dell'art. 5, lett. *b* – al potere di direzione e vigilanza da parte del soggetto datore/apicale.

Non pare rivestire importanza a questi fini la circostanza che il servizio di prevenzione e protezione possa essere *esterno* all'organizzazione aziendale: resta pur sempre ferma la soggezione al potere di direzione e vigilanza da parte del datore/apicale: come chiosa lo stesso legislatore, «Ove il datore di lavoro ricorra a persone o servizi esterni non è per questo esonerato dalla propria responsabilità in materia» (art. 31, comma 5, d.lgs. 81).

Altra questione, che merita qui di essere evocata, riguarda la possibilità che il responsabile e/o gli addetti al servizio facciano parte dell'organismo di vigilanza previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 231: una tale possibilità è solitamente negata in dottrina, nonché dalle già citate *Linee guida di Confindustria* del 2002 (aggiornate nel 2014), dove si legge: «in relazione alla prevenzione dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, è da

[33] Ad es., Cass. SU, 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn (caso *ThyssenKrupp*).

escludere la conferibilità del ruolo di Organismo di controllo al «*responsabile del servizio di prevenzione e protezione*» di cui al decreto 81 del 2008». È evidente – prosegue il documento – «come lo stesso soggetto svolga un ruolo operativo e sia quasi sempre inserito all'interno di precise gerarchie aziendali dalle quali dipende ovvero, quando esterno all'azienda, vincolato da rapporti contrattuali con esponenti di tali gerarchie aventi ad oggetto le attività di controllo in parola»[34]. Con l'inserimento del responsabile o degli addetti del servizio di prevenzione e protezione nella composizione dell'OdV si rischierebbe, dunque, ancora una volta, una confusione tra controllante e controllato.

4.7. *Il medico competente*

Altro soggetto che, in concorso con il datore di lavoro o a titolo monosoggettivo, può rendersi colpevole di uno dei delitti colposi qui esaminati nella prospettiva della responsabilità della persona giuridica, è il medico competente. Questi è definito come il *medico, in possesso dei titoli e dei requisiti formativi e professionali richiesti dalla legge,* «*che collabora […] con il datore di lavoro ai fini della valutazione dei rischi ed è nominato dallo stesso per effettuare la sorveglianza sanitaria […]*» (art. 2, lett. *h*), *ovverosia* «*l'insieme degli atti medici, finalizzati alla tutela dello stato di salute e sicurezza dei lavoratori, in relazione all'ambiente di lavoro, ai fattori di rischio professionali e alle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa*» (art. 2, lett. *m*, d.lgs. 81/2008).

Mentre è comunque da escludere la possibilità di qualificare il medico competente come soggetto apicale, capace di immedesimazione organica con l'ente collettivo, assume profili problematici la possibilità di inquadrare tale figura come 'subordinato' nelle ipotesi in cui lo stesso svolga la propria opera in qualità – non di dipendente del datore di lavoro, bensì – di libero professionista ovvero di dipendente o collaboratore di una struttura esterna pubblica o privata, convenzionata con l'imprenditore (art. 39, comma 2, d.lgs. n. 81/2008).

La linea interpretativa maggioritaria inquadra il medico competente come un soggetto sottoposto al potere di direzione e di vigilanza da parte del datore/apicale: e questo anche nelle ipotesi in cui il medico competente non sia un dipendente, ma un soggetto vincolato tramite un rapporto di collaborazione esterna.

Come sempre, ciò che assume importanza è la sostanza del rapporto:

[34] *Linee guida di Confindustria*, cit., pp. 62 ss.

benché quello tra il datore e il medico competente sia «improntato più a moduli di dipendenza funzionale che di dipendenza gerarchica, con ampi margini di autonomia non solo valutativa in capo al secondo»[35], sembrano rilevanti, ai fini della verifica da parte del giudice circa l'inquadramento dello stesso come subordinato, le circostanze che il medico collabori con il datore di lavoro e sia nominato dallo stesso.

4.8. *I soggetti esterni all'azienda: progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori e montatori*

Ulteriori destinatari della normativa sulla tutela della salute e della sicurezza, dalle cui inosservanze potrebbero derivare i delitti colposi di omicidio e lesioni rilevanti per la responsabilità dell'ente collettivo, sono identificabili tra soggetti esterni alla compagine aziendale, ovvero estranei al «complesso della struttura organizzata dal datore *di lavoro pubblico o privato*»: così è definita l'azienda dall'art. 2, lett. *c*, d.lgs. n. 81/2008.

Vengono cioè in considerazione i progettisti dei luoghi di lavoro e degli impianti (art. 22), i fabbricanti e i fornitori di attrezzature di lavoro, dispositivi di protezione individuali e impianti (art. 23), gli installatori e montatori di impianti, attrezzature di lavoro e altri mezzi tecnici (art. 24 d.lgs. 81), i quali tutti sono chiamati al rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Ove dall'inosservanza di tali norme derivino causalmente gli eventi lesivi che connotano i delitti colposi richiamati dall'art. 25-*septies*, è ipotizzabile una responsabilità in capo all'ente collettivo di appartenenza dell'autore. La classificazione come apicale o subordinato di tale soggetto, estraneo alla struttura lavorativa organizzata nella quale si verifica l'evento lesivo, ma 'interno' alla compagine aziendale di appartenenza, va quindi operata in relazione a quest'ultima. In sostanza, l'inquadramento nella figura descritta dalla lett. *a* oppure, in alternativa, in quella descritta dalla lett. *b* dell'art. 5 d.lgs. 231 dipenderà, come sempre, dalle funzioni concretamente svolte dal progettista, fabbricante, fornitore, installatore o montatore autore del reato presupposto all'interno dell'ente che ha provveduto o partecipato alla progettazione, fabbricazione, fornitura, installazione o montaggio dell'impianto, del dispositivo o dell'attrezzatura di lavoro.

4.9. *I garanti della sicurezza nei cantieri*

[35] Delsignore, *Responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., p. 402.

Infine, una responsabilizzazione dell'ente collettivo è altresì configurabile allorquando il delitto colposo presupposto sia commesso, mediante violazione delle norme in materia di salute e sicurezza, da soggetti diversi dalle 'figure generali' di garanti previste dalla disciplina 'di base', e fin qui considerati.

Si pensi, in particolare, ai destinatari degli obblighi specifici in materia di sicurezza nei cantieri e nei lavori in appalto, ovvero al committente, al responsabile dei lavori, ai coordinatori per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.

Senza qui potersi attardare oltre, ci si limita a ribadire che ognuna di queste figure di possibili autori dei delitti colposi in esame dovrà in ogni caso essere classificabile come apicale o subordinato ai fini dell'attribuzione di responsabilità all'ente collettivo, e ciò sulla base della peculiare normativa in materia e, quindi, in funzione della presenza o meno dei caratteri dai quali dipende la possibile immedesimazione organica corrispondente ai ruoli di vertice.

5. *Conclusioni*

La rassegna che precede è funzionale alla corretta qualificazione delle molteplici figure di 'garanti' della sicurezza sui luoghi di lavoro allorquando venga in considerazione una possibile responsabilità della *societas* per il delitto colposo d'evento.

L'arricchimento del catalogo dei reati presupposto mediante inclusione di questi delitti ha, come noto, sollecitato sin da subito l'attenzione degli interpreti sulla questione manifestatasi come più macroscopica: quella, cioè, della compatibilità tra il criterio colposo d'imputazione individuale e il requisito dell'interesse o vantaggio quale canone di attribuzione della responsabilità collettiva. Non minore importanza, per lo meno in pratica, assume tuttavia la esatta riconducibilità dei singoli garanti della sicurezza alle diverse figure soggettive capaci di implicare la responsabilità dell'ente.

Sebbene la responsabilità della *societas* sembri avere alla base un paradigma strutturalmente unitario di imputazione soggettiva, identificabile nella colpa d'organizzazione, sono fin troppo note le differenti modalità di articolazione della responsabilità – apprezzabili, se non altro, sul piano dell'onere probatorio – in funzione della riconoscibilità o meno, nella persona fisica autrice del reato, delle sembianze di un soggetto di vertice,

vale a dire un 'soggetto economico' rispetto al quale sia ancora predicabile la *fictio* dell'immedesimazione organica.

Si può solo osservare, prima di concludere, che la corretta distinzione del ruolo delle persone fisiche che delinquono all'interno di una compagine organizzata si inserisce, sul piano sistematico, all'interno delle questioni che riguardano, per l'appunto, l'*individuazione dei soggetti responsabili penalmente*. Un capitolo che sembra conoscere una rinnovata attenzione, sia teorica che pratica, proprio in relazione alle ipotesi di responsabilità penale *nelle* organizzazioni complesse, specialmente dopo la già menzionata pronuncia delle Sezioni unite della suprema Corte nel caso *ThyssenKrupp*[36]. Anche, e in particolare, là dove esista una diffusa e dettagliata disciplina orientata a selezionare i singoli garanti, come tipicamente avviene in tema di sicurezza del lavoro.

È un *mood*, anche giurisprudenziale, improntato a un maggiore sforzo selettivo e che, sebbene ancora in fase iniziale, va salutato con favore e certamente incoraggiato, per i suoi possibili effetti benefici in termini di rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale. L'auspicio è che, sempre più, un tale impegno selettivo si spinga oltre le opere della dottrina e le statuizioni più attente delle magistrature superiori, divenendo patrimonio comune di cultura giuridica nella quotidiana pratica giudiziaria.

Metaforicamente: che la personalità della responsabilità penale sia non soltanto l'abito buono della domenica, ma un vestito di tutti i giorni.

[36] Cass. SU, 24 aprile 2014, Espenhahn, 101-117. Per talune 'ascendenze teoriche' delle sofisticate argomentazioni spese dalla pronuncia sul tema della selezione dei soggetti responsabili o 'garanti' – identificabili alla luce del criterio della *competenza* per la gestione del rischio specifico concretizzatosi nell'evento – si può fare riferimento agli svolgimenti e riferimenti contenuti in Gargani, *«Ubi culpa ibi omissio». La successione di garanti in attività inosservanti*, in «IP», 2000, pp. 581 ss.; L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 483 ss.; M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. 'Nesso di rischio' e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino 2006, *passim*; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino 2010, 193 ss.; D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento*, in «Criminalia», 2015, 509 ss.; Gargani, *Posizioni di garanzia*, cit., 533 ss.

Alberto De Vita*

Condizioni e limiti di operatività della delega di funzioni nel diritto penale dell'impresa La cessione a terzi del "debito di sicurezza"e la trasmutazione del datore di lavoro da debitore a garante del debito

Sommario:1. Le lacune (vere o presunte) del diritto penale del lavoro e la "volenterosa" opera di supplenza della giurisprudenza – 2. L'origine giurisprudenziale e il recepimento legislativo della delega di funzioni – 3. La distinzione tra posizioni di garanzia e obblighi prevenzionistici operata dal sistema del D. Lgs. 81/2008 – 4. Natura "atecnica" della figura datoriale e cedibilità tramite delega dei relativi obblighi di sicurezza – 5. Contenuto ed effetti della delega di funzioni – 6. Inserimento della delega di funzioni nel quadro dell'art. 51 c.p.: trasmutazione del datore di lavoro da "debitore" di sicurezza a garante del debito e onere della prova.

1. *Le lacune (vere o presunte) del diritto penale del lavoro e la "volenterosa" opera di supplenza*

Il diritto penale del lavoro si è contraddistinto nel tempo come un "laboratorio" della legislazione penale speciale che, soprattutto in materia economica, si presenta caratterizzata dalla netta predominanza del diritto giurisprudenziale[1] e dall'avanzato stato di "crisi della legalità" che ne

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Napoli Parthenope.

[1] La funzione "plastica" esercitata dal cd. diritto giurisprudenziale sul diritto penale dell'impresa è da tempo oggetto di studio approfondito. Oltre alla letteratura che verrà citata in seguito, è interessante leggere quanto rilevava, circa quarant'anni fa, G.M. Flick, *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale d'impresa*, in «RIDPP», 1983, p. 450 ss., secondo il quale «nello scontro fra una domanda di intervento sempre più accentuata ed avvertita come urgente dalla coscienza sociale, da un lato, ed una risposta per molteplici versi carente dell'ordinamento, dall'altro, era ed è tuttora inevitabile l'inserimento di un altro tipo di risposta: quella giurisprudenziale, intesa a colmare nei limiti delle proprie possibilità e competenze – e per vero spesso oltre tali limiti – le lacune delle norme che essa è chiamata ad applicare». Oggi la letteratura sull'argomento è estremamente ampia ma non si può prescindere dal volume collettaneo *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*,

consegue.

Una delle qualità specifiche che ha contraddistinto l'evoluzione recente del diritto penale del lavoro – facendone anche sotto questo profilo un paradigma delle linee evolutive del diritto penale complementare – è rappresentata dal problematico contemperamento delle esigenze di politica criminale con i principi di tassatività, certezza del diritto e colpevolezza. Condizioni e limiti della responsabilità penale del datore di lavoro e del committente, in particolare, sono delineate dal diritto vivente in termini estremamente ampi, poco attenti alle esigenze imposte dai principi di colpevolezza e di tassatività, ritenuti entrambi recessivi rispetto alle esigenze di giustizia sostanziale se non, addirittura, di politica sociale. L'espansione della funzione *normativa* della giurisprudenza, infatti, trae origine per un verso dalle tendenze legislative all'espansione del penale[2] e, per altro verso, dai cortocircuiti mediatico-giudiziari che concorrono a trasformare il giudice penale in «attore giurisdizionale di una vera e propria politica sociale»[3].

La sicurezza sul lavoro, per le implicazioni che comporta di tipo umano, politico e sociale, è argomento sul quale l'attenzione dei media è molto alta e *pour cause*, considerato il numero altissimo di incidenti sul lavoro che ancora caratterizza il nostro Paese[4]. Tuttavia, su questa realtà si sono storicamente innestati orientamenti giurisprudenziali che, vedendo nella delega di funzioni uno stratagemma per l'elusione delle responsabilità datoriali piuttosto che uno strumento di ordinaria organizzazione aziendale, hanno esteso eccessivamente l'ambito di responsabilità del delegante[5].

a cura di A. Stile, Napoli 1991, Atti del seminario organizzato dall'I.S.I.S.C. a Siracusa l'11-13 ottobre 1990. V. inoltre M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in «DPC-RT», 3/2016, p. 13 ss.; G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 515 ss.

[2] Cfr. D. Pulitanò, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in «DPC-RT», 1/2013, p. 52.

[3] In questi termini, nell'ambito del più ampio tema dei rapporti tra giudice penale e potere pubblico, Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in «CP», 2012, p. 1614. Sull'argomento v. gli interessanti interventi del convegno del 16 settembre 2016, *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*, pubblicati in «Criminalia», 2016, pp. 155 ss.

[4] V. le statistiche Inail che riportano una media di tre morti al giorno sul lavoro: D. Mancino, *Più di tre morti al giorno da infortuni sul lavoro. I numeri dell'Inail*, in <*http://www.infodata.ilsole24ore.com*>, 26 febbraio 2020.

[5] In particolare, il rischio che l'obbligo di garanzia del delegante circa il corretto adempimento della delega possa annullare l'efficacia esonerante dell'incarico di funzioni è ben segnalato da A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, p. 298. Per una panoramica dei vari orientamenti, prima del D. Lgs. 81/2008, v. T.

2. *L'origine giurisprudenziale e il recepimento legislativo della delega di funzioni*

La storia della creazione giurisprudenziale del diritto penale, intesa come successione di soluzioni pragmatiche, *ultra vel praeter legem*, a problemi posti dall'applicazione delle norme sostanziali e processuali, è costellata di episodi positivi e di altri più controversi. È da annoverare tra gli episodi del primo tipo l'elaborazione dell'istituto della delega di funzioni, un'operazione genuinamente giurisprudenziale che ebbe il merito di spostare il baricentro della responsabilità per reato "funzionale"[6] dal formale titolare della qualifica soggettiva richiesta dalla legge all'effettivo detentore dei poteri all'interno dell'organizzazione aziendale. In tal modo, com'è stato osservato, l'istituto di origine giurisprudenziale della delega di funzioni «realizzò una delle prime e più significative "rotture" della legalità, sciogliendo la contrapposizione tra forma e sostanza a vantaggio di quest'ultima»[7]. Contro gli orientamenti formalistici che individuavano il possibile soggetto attivo del reato solo nel titolare della qualifica indicata dalla norma e, quindi, nel legale rappresentante della società[8], crebbero e divennero dominanti altri indirizzi che ritenevano invece contraria al principio di responsabilità penale personale, di cui all'art. 27 Cost., l'affermazione di una sorta di «responsabilità di posizione» fondata sulla mera titolarità formale della qualifica soggettiva richiesta dal reato proprio. Si propose, quindi, l'adozione di un criterio "fattuale" che individuasse quale possibile soggetto attivo del reato l'effettivo titolare della posizione giuridica o di fatto posta a garanzia del bene tutelato dalla norma. Le mansioni effettivamente e concretamente svolte dovevano fare premio sia sulla mera qualifica, requisito di carattere contrattuale, sia sull'eventuale assenza di una formale suddivisione dei compiti tra gli operatori dell'impresa, poiché la personalità della responsabilità penale esige che l'illecito sia attribuito a chi ha la reale titolarità dei poteri/doveri propri dell'individuo munito della qualifica extrapenalistica[9]. Questa teoria, che consentiva

Vitarelli, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006, pp. 237 ss.

[6] La categoria di "reato funzionale" come reato esclusivo di «colui che in un determinato momento esercita una funzione *tipica* che corrisponde alla *titolarità di doveri e poteri specifici di 'natura giuridica', la cui violazione o abuso concreta un elemento essenziale del disvalore del fatto*» si deve a Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 286 ss.

[7] F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2019, p. 121.

[8] V., ad es., Cass., III, 20 marzo 1979, Damiani, in «CP», 1980, p. 1657; Cass., VI, 17 luglio 1973, n. 884, Tedesco, in «MGL», 1974, p. 579; Cass., III, 21 gennaio 1957, Bracciani, in «GP», 1957, II, c. 751; Cass., III, 20 dicembre 1958, Barucci, in *Prev. soc.*, 1959, p. 212.

[9] In tal senso, F. Antolisei, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 1982, p. 147.

di estendere la responsabilità oltre la figura del legale rappresentante, a condizione che l'attività svolta in concreto non richiedesse la spendita del nome dell'ente, conteneva il rischio di produrre un'incontrollata estensione del concetto di reato proprio[10], spogliando di ogni obbligo il garante originario. Essa, inoltre, se portata alle estreme conseguenze rischiava di violare per altro verso il principio di colpevolezza costituzionale, confinando la responsabilità ai livelli più bassi dell'organigramma aziendale, attraverso la concentrazione della stessa, ad esempio, in capo ad un solo soggetto, mero esecutore di precise scelte di politica d'impresa che, come tali, andavano imputate ai vertici aziendali. Seguendo tale indirizzo, la responsabilità diffusa e distribuita tra più persone potrebbe trasformarsi nella responsabilità di un singolo, dotato di poteri solo formalmente sufficienti a garantire il rispetto dei precetti penali[11].

In uno scambio reciproco con queste posizioni dottrinali, la giurisprudenza giunse ad affermare che il datore di lavoro non poteva essere ritenuto responsabile di ogni violazione penale verificatasi nell'attività dell'azienda sulla base della mera qualifica di amministratore, legale rappresentante o titolare della stessa, dovendo essere esclusa la sua responsabilità tutte le volte che egli avesse preposto un soggetto qualificato e idoneo, fornito di autonomia gestionale e finanziaria. Restava tuttavia ferma, in alcune pronunce, la necessità che la delega rispondesse ad effettive esigenze dell'azienda e risultasse da precise ed ineludibili norme interne fissate ed approvate preventivamente dai competenti organi sociali, oltre al requisito rappresentato dalla mancanza di ingerenza tecnica da parte del delegante.

Pertanto, prima ancora che fosse implicitamente consacrata con la riforma del D. Lgs. 494/1996 e poi 'codificata' nel D. Lgs. 81/2008, la delega di funzioni già rappresentava uno snodo centrale del «diritto penale delle organizzazioni complesse»[12], lo strumento per l'individuazione dei soggetti destinatari dei doveri prevenzionistici in ragione non solo del ruolo istituzionalmente ricoperto all'interno dell'organizzazione aziendale, bensì dei compiti puntualmente loro affidati. La delega, invero, costituiva già il mezzo di uso più frequente per attribuire responsabilità prevenzionistiche a soggetti diversi dai garanti a titolo originario.

La peculiare formulazione della parte iniziale dell'art. 16 D. Lgs.

[10] Per queste critiche, L. Stortoni, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in «RIDPP», 1971, p. 1173; T. Padovani, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1983, p. 47.

[11] Sottolinea tale pericolo, in termini, F. Bellagamba, *Sulla responsabilità penale nella delega di funzioni*, in «CP», 1996, p. 1274 (commento a Cass., IV, 27 gennaio 1994, Cassarà).

[12] Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2019, p. 388 ss.

81/2008 («La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa […]»), è il risultato di questa evoluzione storica dell'istituto. A tale soluzione, infatti, il legislatore del 2008 è pervenuto dopo i problemi interpretativi che si erano posti in merito alla stessa ammissibilità della delega di funzioni all'indomani dell'approvazione del fondamentale D. Lgs. 626/1994.

La mancanza di un'esplicita previsione della delega di funzioni nella versione originaria di quest'ultimo corpo normativo, infatti, aveva indotto molti a ritenere che il legislatore ne avesse voluto disconoscere la stessa legittimità. Tali dubbi furono fugati con il D. Lgs. 242/1996 che inserì il comma 4-*ter* nell'art. 1 del D. Lgs. 626/1994, determinando conseguenze rilevanti sul piano sistematico per l'intero assetto delle posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse. Invero, la norma citata, nell'escludere espressamente la delegabilità di alcuni adempimenti del datore di lavoro, isolava questi obblighi non delegabili, facenti capo inderogabilmente al datore di lavoro, da tutti gli altri. In tal modo, com'è stato osservato, la previsione normativa inserita dall'art. 1, co. 2°, D. Lgs. 242/1996 presupponeva vigente e operante l'istituto della "delega di funzioni", nei termini in cui esso aveva messo radici nei principi generali del sistema ed era stato oggetto di un'ampia elaborazione dottrinale e giurisprudenziale[13].

Tale previsione, se da un lato offriva senza dubbio una più precisa base normativa all'individuazione dei compiti non delegabili in materia di sicurezza – indagine che in passato poteva essere svolta dalla dottrina solo tentando di trarre indicazioni concrete dai principi generali che informavano il sistema[14] – dall'altro lato, «escludendo la delegabilità di alcuni specifici adempimenti datoriali, ne riconosceva implicitamente la validità per tutti gli altri obblighi attribuiti dalla legge al datore di lavoro»[15].

La svolta impressa dal legislatore, però, aveva bisogno di essere

[13] In questi termini, Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in «DDP», Agg.*, Torino, 2000, p. 393.

[14] In tal senso, D. Pulitanò, voce *Igiene*, *loc. cit.*

[15] A. Russo, *La delega di funzioni e gli obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in AA.VV., *Il Testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 217; Vitarelli, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, cit., p. 131. Nello stesso senso, A. Culotta, *Il nuovo sistema sanzionatorio in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e le responsabilità penali in caso di attività date in appalto*, in «RIDPP», 1996, p. 960, il quale osserva che «la norma in questione si limita soltanto ad indicare espressamente gli adempimenti che il datore di lavoro *non può delegare* ai suoi collaboratori, ma in tal modo lascia chiaramente intendere *a contrariis* che è possibile farlo per tutti gli altri. Si ripristina, quindi – prosegue l'Autore – per univoca volontà di legge – una condizione di ampia trasferibilità di quasi tutti gli obblighi prevenzionali dal destinatario principale di essi ai suoi collaboratori».

implementata dall'elaborazione giurisprudenziale, al fine di determinare forme e limiti di operatività della delega, poiché su questo aspetto la legge non si esprimeva. Interpretando il silenzio come implicito avallo della prassi giurisprudenziale, si ritenne di poter fare riferimento a quest'ultima per colmare le lacune della legge, ammettendo l'efficacia e l'idoneità della delega solo se rilasciata «secondo le forme e con i limiti da tempo individuati da una consolidata giurisprudenza sia di merito che di legittimità»[16].

Poiché il citato comma 4-*ter* dell'art. 1 D. Lgs. 626/94 includeva tra gli obblighi non delegabili anche l'autocertificazione dell'avvenuta valutazione dei rischi, prevista dall'art. 4, co. 11°, prima parte, del D. Lgs. 626/94 per le aziende familiari e per quelle fino a dieci dipendenti non soggette a particolari condizioni di rischio, si riteneva di poter ricavare dal dettato normativo un'ulteriore indicazione circa l'indifferenza delle dimensioni dell'impresa ai fini della validità della delega. Se, infatti, il legislatore, sostituendo con l'art. 3, co. 1°, D. Lgs. 242/96 l'intero art. 4 del D. Lgs. 626/94, si era preoccupato di escludere espressamente, nelle aziende piccole e in quelle familiari, la possibilità di delegare tale adempimento, era legittimo dedurne *a contrariis* che, anche in quelle imprese, nonostante le ridotte dimensioni, potevano pacificamente formare oggetto di delega tutti gli altri adempimenti, diversi da quelli espressamente esclusi dal citato art. 4, co. 11°, D. Lgs. 626/94[17]. In tal senso, peraltro, si era espressa un'autorevole dottrina[18] – in un manuale che era diventato un vero e proprio punto di riferimento della materia e che contendeva con un altro testo[19] il ruolo fondamentale nella teorizzazione della delega di funzioni – osservando come non si potesse contestare a qualsiasi datore di lavoro, grande, medio o piccolo, «la libertà di scegliere il modo attraverso il quale adempiere gli obblighi penalmente sanzionati: se la legge impone di raggiungere un certo risultato […], nulla vieta che tale risultato possa essere validamente conseguito tramite l'attività di terzi […] Discriminare a seconda che tale forma di attuazione dell'obbligo sia

[16] Culotta, *op. loc. ult. cit.* Sul punto v. altresì i rilievi e i riferimenti giurisprudenziali di R. Cavalleri, *La delega di funzioni nella materia antinfortunistica*, in «RCP», 2004, 1, 41.

[17] *Ibidem*. Nello stesso senso, Vitarelli, *op. cit.*, p. 230. Tale indicazione legislativa venne colta dalla giurisprudenza: v. Cass., III, 12 aprile 2005, n. 26122, Capone, in «CP», 2006, p. 1891: «In tema di tutela e sicurezza dei luoghi di lavoro, ai fini della legittimità della delega di funzioni, introdotta dal d.lg. 19 settembre 1994, n. 626, come modificato dal d.lg. 19 marzo 1996, n. 242, non è necessario che trattasi di impresa di notevoli dimensioni, atteso che la necessità della delega non dipende esclusivamente dal dato quantitativo, ma può essere determinata dalle caratteristiche qualitative dell'organizzazione aziendale».

[18] Padovani, *Diritto penale del lavoro*, cit., pp. 70-71.

[19] Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.

prescelta da un imprenditore grande, medio o piccolo, quando in ogni caso, seguendo le linee di questo ragionamento, la posizione di effettivo garante per il soddisfacimento degli interessi penalmente rilevanti viene assunta dal preposto e, comunque, da un soggetto diverso dal datore di lavoro in senso "formale", sembra del tutto ingiustificato»[20].

Le dimensioni dell'impresa potevano invece incidere sulla *misura* dell'obbligo di vigilanza che il datore di lavoro doveva esercitare sull'esecuzione delle attività delegate, un obbligo che, pur sussistendo *ex* art. 2086 cod. civ. per tutte le imprese, indipendentemente dalle dimensioni, andava modulato in funzione della complessità e dell'articolazione della struttura aziendale. In tal modo questa dottrina, caposcuola della teoria soggettiva o formale-civilistica, riconduceva al criterio dell'esigibilità e, quindi, della colpevolezza il problema della responsabilità del delegante per l'illecito del preposto[21].

3. *La distinzione tra posizioni di garanzia e obblighi prevenzionistici operata dal sistema del D.lgs. 81/2008*

La disciplina normativa della delega di funzioni introdotta dal D. Lgs. 81/2008 (cd. Testo Unico[22] della sicurezza sul lavoro) rientra nell'ambito di una più generale opera di definizione delle figure dei responsabili della sicurezza aziendale, successivamente integrata dal D. Lgs. "correttivo" n. 106 del 2009.

[20] Padovani, *op. loc. ult. cit.*

[21] Sull'argomento cfr. per tutti G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990. Per un'originale elaborazione del principio d'inesigibilità, cfr. P. Troncone, *Un'interessante applicazione giurisprudenziale del criterio d'inesigibilità*, nota a Pret. Crotone, Sez. dist. Petilia Policastro, 7 aprile 1993, n. 69, in «RP», 1994, p. 1038 ss.

[22] Sulla definizione del D. Lgs. 81/2008 come "testo unico" la dottrina ha avanzato dubbi a causa della impossibilità di attribuirvi un'efficacia abrogativa implicita, *ex* art. 15 disp. att. cod. civ., di tutte le norme in materia non incluse in esso, definendolo talvolta «testo unico anomalo» (F. Carinci, Habemus *il testo unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Le nuove regole per la sicurezza e la salute dei lavoratori*, ed. II, a cura di L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo, Milano, 2010, p. XXXVIII oppure «Codice della sicurezza» (G. Natullo, *L'assetto delle fonti, le abrogazioni e le disposizioni finali*, *ivi*, p. 39). È anche vero, peraltro, com'è stato osservato, che «il testo unico del 2008 non è una modifica strutturale, ma una articolazione normativa volta a dare base testuale ad indirizzi già radicati nella giurisprudenza, e ricca di dettagli nuovi, anche assai rilevanti» (Pulitanò, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in «DPP», 2010, p. 102). In questa sede, per ragioni di comodità espositiva, si continuerà a definire il D. Lgs. 81/2008 come T.U.

Nel Testo Unico del 2008, oltre alla descrizione legislativa della delega di funzioni, si apprezza anche il tentativo di fornire una chiara definizione delle figure del dirigente e del preposto, tentativo che può dirsi riuscito solo in parte, come segnalato da attenta dottrina[23].

Anche se nella definizione di tali figure si avverte l'influenza dei modelli costruiti dalla prassi giurisprudenziale[24], non sarebbe corretto affermare che il legislatore del 2008, nel delineare il nuovo sistema della responsabilità antinfortunistica, si sia limitato a ratificare orientamenti e prassi preesistenti. Anzi, nel momento stesso in cui ha riunito e aggiornato in un solo *corpus* normativo le disposizioni in materia antinfortunistica, il D. Lgs. 81/2008 ha delineato un *sistema* della responsabilità antinfortunistica che si articola, in primo luogo, nelle quattro principali *posizioni di garanzia*, che sono tutte a titolo originario perché derivanti direttamente dalla legge, e, in secondo luogo, nelle *obbligazioni di garanzia* (il cd. debito prevenzionistico) che ne costituiscono il contenuto. Nel sistema normativo costruito dal legislatore del 2008, infatti, il contenuto delle *posizioni di garanzia* a titolo originario è definito dalle varie *obbligazioni di garanzia* normativamente ascritte ad ogni singola posizione, cioè dagli adempimenti ai quali sono tenuti i relativi titolari. Mentre le posizioni di garanzia sono sempre inderogabili, le obbligazioni lo sono solo tendenzialmente perché, nei casi e con i limiti previsti dalla legge, possono essere trasferite a terzi che diventano titolari di posizioni di garanzia a titolo derivativo.

È per questi motivi che la dottrina penalistica, pur nella varietà delle diverse premesse dogmatiche, converge nel ritenere pregiudiziale la separazione logica, e talvolta anche giuridica, tra la *posizione di garanzia*, da un lato, e gli *obblighi di garanzia* che ne costituiscono il contenuto, dall'altro[25]. Una distinzione fondata anche sul fatto che, nella maggior parte dei casi, il delegato assume obblighi di controllo su particolari fonti di pericolo, sicché la delega di funzioni è utilizzata proprio per risolvere i problemi d'imputazione della responsabilità che si pongono quando reati

[23] Natullo, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *La sicurezza sui luoghi di lavoro. Profili della responsabilità datoriale*, a cura di A. De Vita, M. Esposito, Napoli, 2009, p. 32.

[24] Cfr. N. Pisani, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in «DPP», 2008, p. 827.

[25] Cfr. G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 234; F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 198; F. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 327.

omissivi impropri[26] sono commessi nell'ambito di organizzazioni complesse.

La distinzione tra posizioni e obblighi di garanzia costituisce, peraltro, la premessa logica del riconoscimento compiuto, in modo pressoché unanime, dalla dottrina, dalla giurisprudenza e, oggi, anche dal legislatore[27], circa il fatto che gli obblighi del delegante sono legati *indissolubilmente* alla qualità di garante originario e, in caso di delega, non cessano di esistere ma *mutano di contenuto*, esprimendo l'esigenza di un'attività di coordinamento organizzativo, di direzione o di controllo dell'attività del delegato[28].

4. *Natura "atecnica" della figura datoriale e cedibilità tramite delega dei relativi obblighi di sicurezza*

Gli adempimenti prevenzionistici, che costituiscono l'oggetto del "debito di sicurezza" gravante sui responsabili a titolo originario, sono determinati dalla legge[29] e, come si è detto, sono normalmente inderogabili. Solo per il datore di lavoro la legge prevede la possibilità di trasferire, in tutto o in parte, le obbligazioni di garanzia a terzi attraverso la delega di funzioni. Il delegato, in questo modo, assume una posizione di garanzia a titolo derivativo in forza del trasferimento, totale o parziale, delle obbligazioni del titolare originario. Se, quindi, tale possibilità di delega è prevista solo per il datore di lavoro e non per gli altri titolari di posizioni di garanzia originarie, è comunque consentito al delegato di subdelegare le medesime funzioni assunte a titolo derivativo, sia pure alle condizioni e con i limiti di cui all'art. 16, co. 3-*bis*, D. Lgs. 81/2008.

Il motivo per il quale il trasferimento degli obblighi prevenzionistici è consentito solo al datore di lavoro, e non agli altri attori della sicurezza, sta nella natura non professionale di tale figura sotto il profilo prevenzionistico. La differenza emerge dalla stessa definizione dei tre soggetti contenuta

[26] Cfr. F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in «DPP», 1999, p. 620 ss.; Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 187 ss.; Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 129 ss.; Grasso, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 183 ss.

[27] Invero, ai sensi dell'art. 16, co. 3°, D. Lgs. 81/2008: «La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite».

[28] Cfr. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro (Tutela penale)*, in «DDP», vol. VI, Torino, 1992, pp. 107-108.

[29] Già prima del D. Lgs. 81/2008: cfr. Vitarelli, *Delega di funzioni*, cit., p. 434.

nell'art. 2 del D. Lgs. 81/2008: se infatti il datore di lavoro è identificato attraverso il riferimento ai «poteri decisionali e di spesa» che egli esercita (art. 2, lett. *b*, D. Lgs. 81/2008), le altre figure di garanti della sicurezza a titolo originario, tra le quali il dirigente e il preposto, sono invece individuate mediante il richiamo alle rispettive qualità professionali. A differenza di quanto avviene per il datore di lavoro, a questi ultimi due soggetti i compiti prevenzionistici sono attribuiti «in ragione delle [rispettive] competenze professionali» (art. 2, co. 1°, lett. *d* ed *e*, D. Lgs. 81/2008) e tale qualifica professionale spiega l'impossibilità di delega. Al tempo stesso, però, la natura 'atecnica' del datore di lavoro solleva dubbi sulla capacità dello stesso di esercitare efficacemente il dovere di vigilanza sui soggetti delegati, nel caso cui i compiti delegati siano di natura complessa e richiedano competenze specifiche[30].

D'altro canto, l'istituto della delega di funzioni, disciplinato dagli artt. 16 e 17 del T.U., assolve appunto al compito di traslare il carico prevenzionistico dal titolare originario al delegato. L'effetto traslativo determinato dalla delega non è mai completo, poiché, nel sistema delineato dal legislatore, le posizioni di garanzia sono inderogabili, e per il titolare della posizione datoriale residua sempre un obbligo di vigilanza e controllo sull'esatto adempimento delle funzioni delegate.

I garanti a titolo originario, secondo una tradizione normativa ormai risalente nel tempo, sono destinatari di una ripartizione di compiti antinfortunistici corrispondenti ai concreti poteri d'intervento che ciascuno di essi può esercitare sull'organizzazione produttiva. Ciò vale non solo per le posizioni datoriali – che possono essere più di una all'interno della medesima azienda – ma anche per i dirigenti, i preposti e i lavoratori. Invero, la posizione di tali soggetti, pur essendo distinta da quella, assolutamente primaria, del datore di lavoro, discende, al pari di questa, direttamente dalla volontà del legislatore. Il fatto che proprio su tale ripartizione di poteri, effettuata dal legislatore, si fondi la stessa qualificazione dei soggetti come dirigenti, preposti o lavoratori, sembra quindi confermare che «la scomposizione del carico prevenzionale e la sua ridistribuzione ai diversi livelli organizzativi non si realizza attraverso meccanismi di cessione della singola posizione giuridica soggettiva»[31]. Al contrario, poiché «il fascio di obblighi riferito via via al dirigente, al preposto ed al lavoratore trova il proprio titolo attributivo direttamente nella legge», la relativa imputazione

[30] Sul punto v. *infra*, § 6.

[31] F. Basenghi, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici*, in AA.VV., *La sicurezza del lavoro. Commento al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626*, a cura di L. Galantino, Milano, 1995, p. 76 (corsivo aggiunto).

può ben dirsi originaria e non derivata: sul dirigente, ad esempio, per il solo fatto di rivestire effettivamente tale ruolo nell'unità produttiva, grava una determinata quota del "debito di sicurezza"[32].

È sulla base di tale impostazione, che la Suprema Corte inserisce tra le posizioni di garanzia *ex lege* non solo quelle del datore di lavoro e del dirigente[33], ma anche quella del preposto, ritenuto destinatario diretto (*iure proprio*) delle norme antinfortunistiche, a prescindere da una eventuale "delega di funzioni"[34]. Ovviamente, il preposto è tenuto agli adempimenti antinfortunistici propri della sua posizione (*ex* art. 19 T.U. 81/2008) e, in mancanza di una valida delega, la sua nomina non solleva il datore di lavoro dagli obblighi inerenti alla propria diversa posizione di garanzia[35].

Anche la figura del datore di lavoro, benché non "professionale" sotto il profilo antinfortunistico, è definita in ossequio al principio di effettività previsto dall'art. 1, co. 2°, lett. *f)*, della legge delega n. 123/2007 e sancito dall'art. 299 T.U.[36] In tal modo, il legislatore ha voluto ampliare l'ambito soggettivo della qualifica, per potervi ricondurre anche chi esercita *sostanzialmente* la funzione datoriale. Coerente con questa linea "sostanzialista" è anche il riferimento al concreto *esercizio* dei poteri

[32] In tal senso Basenghi, *La ripartizione intersoggettiva*, cit., p. 77.

[33] V. Cass., IV, 25 ottobre 2012, n. 41981, Pittis, in «D&PL», 2012, 43, p. 2756: «il dirigente con funzioni di direttore dello stabilimento di un'unità produttiva autonoma, articolazione di un'organizzazione aziendale complessa, è destinatario jure proprio, al pari del datore di lavoro, dei precetti antinfortunistici indipendentemente dal conferimento di una delega di funzioni in tal senso».

[34] In termini, Cass., IV, 20 aprile 2011, n. 28779, in *Bollettino legisl. tecnica*, 2011, 9, p. 766; Cass., V, 10 gennaio 2013, n. 9491, in «CP», 2013, p. 3691; v. altresì Cass., IV, 27 ottobre – 19 dicembre 2011, n. 46837: «il preposto […], come il datore di lavoro ed il dirigente, è indubbiamente destinatario diretto (iure proprio) delle norme antinfortunistiche, prescindendo da una eventuale "delega di funzioni" conferita dal datore di lavoro. Che si tratti di una responsabilità diretta lo si ricava, del resto, dal disposto del D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, art. 56 ove sono stabilite le sanzioni per l'inosservanza alla normativa precauzionale di cui è direttamente onerato il preposto, distinte da quelle previste per il datore di lavoro dall'art. 55 dello stesso testo».

[35] Cass., IV, 15 ottobre 2013, n. 44482, in «D&G», 5 novembre 2013.

[36] Per una interessante applicazione di tale principio, Cass., 20 febbraio 2019, n. 22079, che, in un caso di assunzione di fatto degli obblighi di garanzia del datore di lavoro da parte del legale rappresentante di una ditta subappaltatrice di lavori di posa in opera della copertura in legno di un fabbricato, nei confronti di un artigiano da lui incaricato di provvedere allo scarico di un automezzo, nonostante tale attività non fosse di competenza né della sua impresa né della sua committente, ha affermato che «in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, in base al principio di effettività, assume la posizione di garante colui il quale di fatto si accolla e svolge i poteri del datore di lavoro, del dirigente o del preposto».

decisionali e di spesa, contenuto sempre nell'art. 2, co. 1°, lett. *b)* del T.U. 81/2008, e non alla mera *titolarità* degli stessi poteri, come invece prevedeva il D. Lgs. 626/1994.

Da tali innovazioni esce ovviamente rafforzata la prassi giurisprudenziale di individuare, anche all'interno di una stessa impresa, una pluralità di "datori di lavoro"[37] e, quindi, di soggetti titolari del potere di delega. Tale circostanza assume notevole importanza ai fini dell'analisi delle fattispecie incriminatrici, dal momento che la posizione di garanzia del datore di lavoro costituisce il principale elemento della tipicità dei reati propri previsti in materia antinfortunistica. La circostanza si presenta di particolare interesse anche per la soluzione del problema dell'imputazione, «cuore del diritto penale dell'impresa»[38], perché solo attribuendo a più soggetti tale qualifica – attraverso una cd. delega "orizzontale", estranea all'ambito di applicabilità dell'art. 16 T.U.[39] – il capo dell'impresa potrà sottrarsi ai doveri di vigilanza e controllo che gli competono anche in caso di nomina rilasciata ai cd. obbligati in via originaria[40].

Sotto questo profilo, le maggiori differenze tra le figure del garante "delegato" e quelle del garante "originario" si avvertono proprio con riferimento al dovere di vigilanza che residua sul datore di lavoro dopo il conferimento della delega di funzioni. Il datore di lavoro che abbia effettuato la nomina del dirigente, secondo quanto emerge dall'art. 18, co. 3-*bis*, T.U., non è tenuto ad una particolare attività di vigilanza affinché questi adempia correttamente gli obblighi di legge[41]. La differenza tra gli obblighi che

[37] Tra le pronunce in tal senso v. Cass., 13 novembre – 9 dicembre 2013, n. 49402, Bruni, in *CED Cass*, rv. 257673; Cass., IV, 28 maggio 2013, n. 37738, in «Pluris».

[38] Secondo la nota affermazione di C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, cit., p. 127, il quale notava come «al cuore del diritto penale dell'impresa vi sia un problema d'imputazione» poiché «se l'impresa è "attività", la sua disciplina farà centro sul soggetto agente, sull'imprenditore».

[39] Cfr. R. Brunelli, *La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi*, in *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., pp. 281 ss.

[40] In tal senso si pronunciano anche i sostenitori dell'indirizzo funzionale-oggettivo (cfr., ad es., Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 198), con rare anche se autorevoli eccezioni (Fiorella). In giurisprudenza v. Cass., IV, 28 aprile – 9 giugno 2011, n. 23292, in «DPP», 2011, p. 945.

[41] L'obbligo di vigilanza previsto da tale norma, inserita nel T.U. dall'art. 13, co. 3°, D. Lgs. n. 106/2009, pur riducendo notevolmente l'importanza, sotto tale profilo, della distinzione tra obblighi a titolo derivativo e posizioni a titolo originario, non è comunque configurabile a carico del datore di lavoro nei confronti del dirigente. Ciò in considerazione non solo del chiaro dettato legislativo ma anche dei caratteri di spiccata autonomia che contraddistinguono la figura del dirigente, dotato anche di incisivi poteri d'iniziativa propria.

incombono sul datore di lavoro in seguito alla delega di funzioni e quelli conseguenti alla nomina di un garante a titolo originario, però, diminuisce, fin quasi a diventare irrilevante, se dal dirigente, garante a titolo originario, si passa agli altri soggetti sottoposti al potere direttivo del datore e del dirigente (lavoratori e preposti) o comunque tenuti a partecipare al sistema prevenzionistico aziendale (medico competente) o con l'attività dell'impresa (progettisti, fornitori e installatori), tutte figure che rivestono o possono rivestire il ruolo di garanti a titolo originario. In questi casi, infatti, il dovere di vigilanza imposto al datore di lavoro (e al dirigente) dal citato art. 18, co. 3-*bis*, T.U. sembra replicare il più generale dovere di vigilanza «in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite» di cui all'art. 16, co. 3°, T.U. 81/2008[42].

5. *Contenuto ed effetti della delega di funzioni*

Nella materia della sicurezza sul lavoro, la rilevanza penalistica della delega di funzioni è condizionata dall'esistenza di reati propri nei quali «il significato criminoso del fatto, e cioè dell'aspetto oggettivo del reato»[43] dipende dall'attribuzione a determinati soggetti di posizioni di garanzia riferite alla tutela di un determinato bene giuridico. Solo in questi casi la delega assume rilevanza ai fini del diritto penale, perché determina l'attribuzione di obblighi derivanti da tale posizione di garanzia a persona diversa dal datore di lavoro, titolare originario della qualifica soggettiva richiesta dalla norma.

Per questo motivo, gli aspetti problematici della delega di funzioni riguardano precipuamente l'individuazione della qualifica soggettiva nei reati propri e la determinazione dei criteri che, nella prassi applicativa, il giudice deve seguire per identificare il soggetto titolare della qualifica soggettiva richiesta. Infatti, quando la norma incriminatrice tipizza il soggetto attivo del "reato proprio" facendo riferimento ad una qualifica formale di origine extrapenale, autore del reato è la persona investita delle attribuzioni costitutive della qualità soggettiva. Questo "autore", però, può anche non coincidere con il soggetto che, in virtù della posizione di garanzia rivestita (datore di lavoro), è in possesso della particolare qualifica

[42] Cfr. Cass., IV, 23292/2011, cit.

[43] Per richiamare la descrizione che del reato proprio dava F. Grispigni, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 1947, p. 213.

formale richiesta dalla norma incriminatrice. Ciò avviene, appunto, quando il titolare della posizione di garanzia delega a terzi una o più attribuzioni inerenti alla propria posizione. In questi casi, quindi, si verifica una scissione tra la titolarità della posizione di garanzia e gli obblighi ad essa inerenti sicché, in caso d'infortunio dovuto all'inosservanza degli obblighi delegati, la domanda che deve porsi il giudice penale, per completare il quadro delle responsabilità penali, è se il datore di lavoro ha adempiuto gli obblighi di vigilanza che gli competono *ex* art. 16, co. 3°, T.U., dopo il rilascio di una delega valida ed efficace.

In particolare, in caso di delega ad un altro soggetto di alcune delle funzioni datoriali, bisogna determinare condizioni e limiti di efficacia di tale trasferimento di funzioni. In queste ipotesi, due sono le questioni di maggior rilievo: ci si chiede, in primo luogo, se la delega di alcune funzioni inerenti alla posizione di garanzia determina anche il trasferimento della connessa qualifica soggettiva; in secondo luogo, se, rilasciando delega, il titolare originario si libera dalle proprie responsabilità e il soggetto delegato acquista la "legittimazione" al reato proprio. Una risposta sostanzialmente positiva a tali quesiti viene offerta, in dottrina, attraverso la creazione della categoria dei reati propri "a struttura inversa"[44]. Con questa definizione si indicano i reati propri nei quali la "legittimazione" al compimento della condotta illecita non dipende dal possesso della qualifica normativa ma da una situazione di fatto che produce un obbligo.

Il terzo comma dell'art. 16 D. Lgs. 81/2008 stabilisce che «La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4»[45]. È questo un punto cruciale dell'intera disciplina della delega di funzioni e anche uno dei più oscuri. L'ambito entro il quale deve esercitarsi il dovere di vigilanza del datore di lavoro delegante, la latitudine e le modalità di esercizio di tale dovere, i rapporti tra l'esercizio di tale vigilanza e le

[44] Per la definizione della categoria dei «reati propri a struttura inversa» v. A. Pagliaro, *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione*, in «DPP», 1995, p. 975 ss.

[45] L'art. 30 D. Lgs. 81/2008 al quarto comma stabilisce che «Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico».

previsioni del modello organizzativo eventualmente adottato sono, infatti, soggetti a interpretazioni non sempre concordanti.

In giurisprudenza, pur nella varietà delle molteplici pronunce sul punto, prevale la posizione che, sul piano astratto, richiede al datore di lavoro delegante un obbligo di controllo generale di tipo organizzativo, piuttosto che una puntuale vigilanza sull'adempimento dei singoli obblighi delegati[46]. Sulla scorta dell'indicazione contenuta nell'ultima parte dell'art. 16, co. 3°, D. Lgs. 81/2008, s'identifica l'obbligo di vigilanza con la costruzione di un sistema organizzativo idoneo ad assicurare l'adozione delle misure prevenzionistiche previste per legge o comunque idonee a garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro[47]. Si tratta di un'interpretazione, già presente nella giurisprudenza di legittimità prima della riforma del 2008[48], che oggi risulta senz'altro rafforzata dal rinvio operato dall'art. 16, co. 3°, D. Lgs. 81/2008 all'art. 30, co. 4°, D. Lgs. 81/2008 e, quindi, alla normativa sull'efficacia esimente derivante dall'adozione e dalla concreta attuazione dei sistemi di verifica e controllo disciplinati nel modello organizzativo *ex* D. Lgs. n. 231 del 2001.

Sarebbe peraltro contrario a elementari principi di razionalità pretendere che il delegante debba occuparsi di ogni concreta, minuta conformazione di ciascuna lavorazione: se così fosse, invero, il sorvegliante diverrebbe un *alter ego* del delegato[49] e l'istituto della delega si svuoterebbe di ogni significato, poiché «la delega ha senso se il delegante (perché non sa, perché non può,

[46] Sul punto cfr. D. Piva, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, p. 81 ss.

[47] In tal senso Cass., IV, 1° febbraio 2012, n. 10702, in «GI», 2013, n. 1, p. 43: «L'obbligo di vigilanza del delegante è distinto da quello del delegato. Esso riguarda precipuamente la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato medesimo e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle lavorazioni»; conf. Id., 4 febbraio – 1° aprile 2014, n. 15028.

[48] Cfr. Cass., IV, 26 ottobre 2004, n. 1238, Storino, in «GI»., 2005, c. 1489: «Il dovere di presenza costante del datore di lavoro e dei soggetti a questi equiparati sul luogo di lavoro – come conseguenza specifica della posizione di garanzia e del debito di sicurezza a questi imputato dall'ordinamento, non ultimo *ex* articolo 2087 del codice civile – deve tenere conto del principio secondo il quale *ad impossibilia nemo tenetur*, che è concreta esplicazione del principio generale di ragionevolezza e di esigibilità della prestazione. Pertanto, tale dovere va inteso nel senso che i soggetti tenuti devono assicurare, più che la presenza fisica che non è in sé necessariamente idonea a garantire la sicurezza dei lavoratori, la "gestione" oculata dei luoghi di lavoro mediante l'aver posto in essere tutte le misure imposte normativamente (informazione, formazione, attrezzature idonee e presidi di sicurezza), nonché ogni altra misura idonea, per comune regola di prudenza e di diligenza, a garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro»

[49] Così Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 183.

perché non vuole agire personalmente) trasferisce incombenze proprie ad altri, cui demanda i pertinenti poteri: al delegato vengono trasferite le competenze afferenti alla gestione del rischio lavorativo»[50]. Ne consegue che il delegante è tenuto ad una vigilanza "alta" sull'attività del delegato, sulla correttezza della sua complessiva gestione del rischio, ma non ad un controllo continuo sulle modalità di svolgimento delle singole lavorazioni.

Nel sistema delineato dal legislatore, quindi, alla delega viene attribuita la funzione di trasferire *singoli obblighi* prevenzionistici e non l'intera *posizione di garanzia* rivestita dal soggetto. Diversamente, non troverebbe alcun fondamento l'obbligo di vigilanza e controllo che continua a gravare sul delegante in merito alla corretta esecuzione della delega[51]. Ciò vuol dire che le posizioni di garanzia individuate dal legislatore non sono derogabili, come riconosce la stessa giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del D. Lgs. 81/2008 quando afferma che «la attribuzione della qualità di datore di lavoro è stabilita per legge e, pertanto, non è derogabile convenzionalmente»[52]. In altre parole, com'è stato correttamente osservato commentando un'altra importante pronuncia della Suprema Corte[53], la delega non può trasferire la *titolarità* delle funzioni da cui discende l'obbligo di garanzia, bensì l'*esercizio* di tali funzioni. Pertanto, il garante, ricoprendo una determinata qualifica, è investito direttamente dalla legge di determinati poteri e obblighi di garanzia e tale *posizione* non può essere elusa se non dismettendo la titolarità della stessa qualifica. La delega di funzioni, quindi, trasferisce dal delegante al delegato l'adempimento di alcuni specifici obblighi e dei relativi poteri, non la titolarità dell'intera posizione di garanzia del delegante.

[50] Cass., IV, 1° febbraio 2012, n. 10702, cit.

[51] V. Cass., IV, 14/11/2019, n. 49771, Cordivari e al., in «D&PL», 2020, fasc. 2, p. 130; il principio è ormai di carattere generale, adottato dalla giurisprudenza anche in altri ambiti quale, ad esempio, i reati ambientali: v. Cass., III, 3 marzo – 5 giugno 2020, n. 17174: «In tema di reati ambientali, l'attribuzione della delega di funzioni non fa venir meno il dovere di controllo del delegante sul corretto espletamento delle funzioni conferite, sussistendo, tuttavia, la responsabilità di quest'ultimo solo qualora si ravvisino in concreto gli estremi della "culpa in vigilando"».

[52] Cass., IV, 19 luglio 2012, 41063, Micheletti, in «D&PL», 2012, p. 2756.

[53] L. Minnella, *Infortuni sul lavoro e confini della posizione di garanzia*, commento a Cass., IV, 23 novembre 2012, n. 49821, Lovinson, in *penalecontemporaneo.it*, 18 febbraio 2013; la massima è stata pubblicata anche in <*http://www.foro.it*>, 2013, 6, II, 350 con nota di Fiandaca.

6. *Inserimento della delega di funzioni nel quadro dell'art. 51 c.p.: trasmutazione del datore di lavoro da "debitore" di sicurezza a garante del debito e onere della prova*

L'esplicita previsione legislativa della delega di funzioni ha contribuito a chiarire il sistema delle responsabilità antinfortunistiche, sia perché ha affermato l'inderogabilità della funzione di vigilanza, contenuta nell'art. 16, co. 3°, del D. Lgs. 81/2008, sia perché ha previsto e precisato, al successivo art. 17, alcuni obblighi non delegabili.

In questo modo, il legislatore ha finalmente stabilito che: *a)* in virtù della delega, gli *obblighi di adempiere*, gravanti originariamente sul datore di lavoro, subiscono un sostanziale cambiamento, trasformandosi in *doveri di vigilanza*[54]; *b)* a questa regola fanno eccezione alcuni obblighi non delegabili, che sono tali perché integrano l'essenza stessa dell'inderogabile *"situazione di garanzia"* che il datore di lavoro ricopre nei confronti della salute e della sicurezza dei dipendenti e degli altri soggetti che operano nell'azienda, in virtù degli artt. 41, co. 2°, Cost. e 2087 cod. civ.[55]

L'esercizio del *diritto* di delega, quindi, può avere ad oggetto esclusivamente gli adempimenti delegabili, restando esclusi tutti gli obblighi generali non delegabili in materia di vigilanza e controllo, valutazione dei rischi e designazione del Rspp, che connotano indefettibilmente la posizione del datore di lavoro.

A questo punto, l'inquadramento dogmatico della delega di funzioni non trova posto nella tipicità, perché la *situazione di garanzia* del garante è inderogabile, ma nemmeno nella colpevolezza, dal momento che questa presuppone l'antigiuridicità del fatto tipico. In realtà la delega di funzioni esclude proprio l'antigiuridicità del reato omissivo che il soggetto obbligato commetterebbe se non avesse legittimamente trasferito ad altri le

[54] Sul punto cfr. Fiandaca, *Il reato commissivo*, cit., p. 202 e nota 48; Grasso, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 235 e 439; Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., p. 327 s.; Padovani, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 71; Pulitanò, *Diritto penale*, cit., pp. 487-488; Sgubbi, *Responsabilità penale*, cit., p. 194, nota 3.

[55] Come si è visto, obblighi non delegabili erano già previsti dall'art. 1, co. 4-*ter* del D. Lgs. n. 626/1994 (comma introdotto dal D. Lgs. 242/1996) ma tale disposizione, non inserita all'interno di una complessiva disciplina della delega di funzioni, era stata ritenuta non necessariamente esaustiva, e la giurisprudenza aveva talvolta individuato ulteriori obblighi "non delegabili" al di fuori dell'elencazione ivi contenuta: in tal senso, per la delega di adempimenti in materia di inquinamento, Cass., III, 17 novembre 2005, n. 560, Lanzavecchia, in «Pluris», secondo la quale «la delega non deve riguardare le attività concernenti l'assetto organizzativo della impresa, che fa capo ai vertici della stessa, e non sono trasferibili a soggetti diversi».

proprie funzioni. Per chiarire questa conclusione, è necessario partire dalla distinzione tra obblighi delegabili e non delegabili, e valutarne appieno le implicazioni dogmatiche in materia di responsabilità penale del datore di lavoro. Come si è già accennato, nei reati omissivi impropri si verifica una scissione, all'interno della *posizione di garanzia*, tra due diversi momenti: la "situazione di garanzia" e l'obbligo giuridico che ne scaturisce, che vanno distinti «assegnando la prima al *Tatbetsand* e il secondo al successivo gradino della *Rechtswidrigkeit*»[56]. In questo modo, si osserva da parte della dottrina italiana che ha accolto tale impostazione, «l'obbligo giuridico di impedire l'evento è la conseguenza della situazione di garanzia ed il presupposto esterno dell'antigiuridicità dell'omissione, la quale pertanto verrà esclusa di fronte ad un fattore che, delimitando gli effetti dell'obbligo, ne giustifichi il mancato rispetto»[57].

Se dunque si applica tale elaborazione alla citata scissione tra posizione di garanzia e obblighi specifici di adempimento, ne consegue, come si è appena visto, l'inquadramento della prima nell'elemento inderogabile della tipicità, quale espressione dei doveri non delegabili ad essa consustanziali, e l'attribuzione dei secondi alla dimensione dell'antigiuridicità, con il conseguente effetto esimente da attribuire alla delega di funzioni che ne trasferisca a terzi l'esecuzione.

La disciplina positiva delle funzioni non delegabili conferma che la normativa in materia di delega di funzioni di cui agli artt. 16 e 17 D. Lgs. 81/2008 *prevale* sulle disposizioni che impongono al datore di lavoro, anche attraverso la previsione di reati propri, di eseguire *personalmente* gli obblighi prevenzionistici delegabili. Tale prevalenza si fonda sull'espressa previsione dell'art. 51 c.p. perché gli artt. 16 e 17 D. Lgs. 81/2008 prevedono una facoltà di delega che costituisce, appunto, "esercizio di un diritto".

Bisogna però precisare che in tanto si può ricondurre la facoltà di delega all'esercizio di un diritto in quanto si tratti appunto di una *facoltà*, cioè di un'attività discrezionale. Quando invece, a causa della complessità o delle dimensioni dell'azienda, non è possibile per il datore di lavoro assolvere *personalmente* gli obblighi che gli vengono imposti, e non vi siano altri soggetti idonei ad assumere la posizione datoriale, allora l'esercizio della delega costituirà *adempimento di un dovere*. Infatti, il datore di lavoro, proprio in virtù della posizione di garanzia che riveste nei confronti dei beni giuridici della salute e sicurezza dei lavoratori, non può esimersi dall'adempimento dei relativi obblighi invocando l'impossibilità di provvedervi personalmente.

[56] Cfr. Fornasari, *Il principio di inesigibilità*, cit., pp. 310-311.
[57] Fornasari, *op. cit.*, p. 312.

In questi casi egli avrà il *dovere*, penalmente sanzionato, di nominare propri delegati, individuandoli anche tra dirigenti e preposti, responsabili dei lavori ecc., al fine di ottemperare agli obblighi prevenzionistici, fermo restando che la fattispecie sarà comunque da ricondurre nell'ambito dell'art. 51 c.p.

La collocazione della delega di funzioni nell'ambito delle cause di giustificazione assume rilievo sia in materia di successione di leggi penali nel tempo, sia per la disciplina dei casi di errore sull'efficacia o sulla stessa esistenza della delega[58].

Inoltre, sul piano processuale, la natura esimente della delega ha notevoli ricadute sulla distribuzione dell'onere di provare l'esistenza e la validità della delega. Questa, infatti, come avviene per tutte le cause di giustificazione, nel processo deve formare oggetto di controprova e la relativa allegazione spetta alla difesa, senza che per questo motivo possa eccepirsi un'illegittima inversione dell'*onus probandi*. In tal senso è orientata la giurisprudenza che, spesso, attribuisce esplicitamente alla delega la natura di esimente[59]. Nel nostro ordinamento processuale penale, infatti, non sussiste un onere probatorio a carico dell'imputato modellato sui principi propri del processo civile, bensì un "onere di allegazione", in virtù del quale l'imputato, coerentemente con il proprio interesse, è tenuto a fornire al giudice le indicazioni e gli elementi necessari per l'accertamento di fatti e circostanze ignoti che siano idonei, ove accertati, a volgere il giudizio a suo favore. E nell'ambito di tali fatti e circostanze devono farsi rientrare, oltre a quelli che escludono la sussistenza stessa del fatto tipico, come il caso fortuito, la forza maggiore, il costringimento fisico e l'errore di fatto, anche quelli che ne escludono l'antigiuridicità e, comunque, la punibilità, quali possono essere appunto le cause di giustificazione[60].

Una volta stabilito che il datore di lavoro, anche quando delega i compiti antinfortunistici, non può spogliarsi dell'obbligo di vigilanza sull'attività del delegato, che deriva dalla sua posizione di garanzia, va anche osservato

[58] Sia consentito rinviare sul punto a A. De Vita, *La delega di funzioni nel sistema penale. Il paradigma della sicurezza sul lavoro*, Napoli, 2008, p. 122 ss.

[59] V. ad es. Cass., IV, 19 luglio 2019, n. 44141, in «GD», 2020, fasc. 2, p. 82.

[60] In termini, Cass., IV, 2 ottobre 1987, Gatta, in «CP», 1989, p. 451. V. altresì Cass., I, 5 marzo 1987, in «CP», 1989, p. 350, che – pur nell'ambito del sistema processuale inquisitorio precedente al codice Vassalli – fa carico all'imputato di indicare tutti gli elementi sui quali il giudice potrà indirizzare le indagini e gli accertamenti circa la sussistenza della scriminante: «Tuttavia in caso di inadempimento dell'onere di allegazione da parte dell'imputato di elementi di indagine il giudice, qualora le risultanze processuali glielo impongano, e proprio sotto l'aspetto probatorio, ha l'obbligo di rilevare la sussistenza dell'esimente, da accertarsi con o senza l'ausilio dell'imputato, il quale resta sempre libero di privilegiare una linea difensiva al posto di un'altra».

che, in ogni caso, l'assetto delle responsabilità datoriali non deve derogare al principio di colpevolezza. Sotto questo profilo, non può farsi a meno di rilevare che la situazione di garanzia, nel caso del datore di lavoro delegante, è composta dalla valutazione dei rischi e dalla programmazione della sicurezza. Tali adempimenti, però, richiedono non solo l'esercizio dei poteri caratteristici del datore di lavoro quale debitore di sicurezza "atecnico", ma anche conoscenze scientifiche e abilità tecniche che l'organo apicale dell'azienda potrebbe non possedere. Si delinea, così, una scissione tra potere e sapere[61] che rischia di rendere la responsabilità datoriale per omessa o insufficiente vigilanza sull'attività del soggetto delegato poco compatibile con il principio di responsabilità per fatto proprio.

È noto, invero, che la valutazione dei rischi, compito non delegabile del datore di lavoro, richiede spesso sia conoscenze tecniche di notevole complessità, sia la capacità di orientarsi tra le varie discipline applicabili ai diversi casi che possono presentarsi. Il datore di lavoro che, attraverso la delega, incarica altri dell'obbligo di adempiere i propri compiti prevenzionistici, magari per mancanza delle relative competenze, diventa però, al tempo stesso, garante del debito di sicurezza ceduto *ex* art. 16, co. 3°, D. Lgs. 81/2008, in quanto tenuto a vigilare sul corretto espletamento, da parte del delegato, delle funzioni trasferite. Tuttavia, com'è stato lucidamente osservato[62], i presupposti e i limiti dell'obbligo di sorveglianza del preponente vanno commisurati […] all'"ambito delle attribuzioni" del preponente medesimo»[63]. Ne deriva che «allorché l'ambito delle competenze – per la sua generalità od estensione – escluda specifici obblighi di sorveglianza su particolari attività produttive, il preponente non può assolutamente ritenersi responsabile per la inosservanza dell'incaricato»[64]. Il principio di specializzazione del lavoro, in virtù del quale i vari campi dell'attività lavorativa richiedono conoscenze specialistiche diverse, si riflette inevitabilmente sull'obbligo di vigilanza del delegante il quale, una volta che abbia incaricato un soggetto professionalmente attrezzato e lo abbia dotato dei mezzi necessari per adempiere al debito di sicurezza, non potrà rispondere dell'omissione di controllo sull'attività dello stesso delegato qualora non sia in grado di sindacarne l'operato, non essendo in possesso delle necessarie cognizioni tecniche[65] Non sarebbe ragionevole disconoscere

[61] Cfr. Pulitanò, *Diritto penale,* cit., p. 395.
[62] Da Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 299.
[63] *Ibidem*
[64] *Ibidem*
[65] Sul punto, v. Fiorella, *Le strutture*, cit. p. 300 e la giurisprudenza ivi citata.

la scissione esistente in molti casi tra potere decisionale e sapere tecnico, esigendo dal datore di lavoro un personale sapere specialistico in qualsiasi campo attinto dall'attività dell'impresa. Appare invece necessario convertire l'oggetto dell'obbligo di sicurezza gravante sul delegante nell'«*impegno di assicurare che i doveri specialistici occorrenti siano reperiti e funzionino*. Il dovere (indelegabile) del soggetto apicale è di assicurare che la valutazione e poi la gestione dei rischi sia effettuata utilizzando il sapere scientifico e tecnico pertinente»[66].

A tal proposito, va segnalato con favore l'accoglimento, da parte del legislatore del D. Lgs. 81/2008, dei rilievi di un'autorevole dottrina che aveva segnalato l'incongruità della normativa previgente, secondo la quale la valutazione dei rischi era affidata alla totale discrezionalità dello stesso datore di lavoro[67]. L'art. 5 del D. Lgs. 81/2008 prevede infatti l'istituzione, presso il Ministero della salute, di un Comitato nazionale d'indirizzo e coordinamento che ha il compito, tra l'altro, di «stabilire le linee comuni delle politiche nazionali in materia di salute e sicurezza sul lavoro». Il successivo art. 6 prevede poi l'istituzione, presso il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, della Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro che ha, tra gli altri compiti, quello di «validare le buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro» (co. 7°, lett. d). In questo modo, il legislatore sembra avere acquisito consapevolezza della necessità di assistere il datore di lavoro nelle delicate fasi – peraltro non delegabili *ex* art. 17 D. Lgs. 81/2008 – della valutazione del rischio e della pianificazione della sicurezza, affidando a tali organi il compito di elaborare linee guida e procedure standardizzate di effettuazione della valutazione dei rischi, nonché di validare le buone prassi in materia antinfortunistica e di elaborare procedure standardizzate di valutazione dei rischi per le microimprese, per le piccole imprese e per le imprese che operano in settori di attività a basso rischio di infortuni e malattie professionali (art. 6, co. 8, lett. *f)* Tusl). Si tratta di un organismo che eredita, incrementandoli, i compiti della «*Commissione consultiva permanente per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro*», di cui agli artt. 393 e 394 del dPR 27 aprile 1955, n. 547, come sostituiti dall'art. 26 del D. Lgs. 19 settembre 1994, n. 626[68].

L'estensione dell'operatività delle linee-guida e delle "buone prassi" alla

[66] Pulitanò, *Diritto penale, pt. gen.*, Torino, 2019, *loc. ult. cit.*

[67] In tal senso F. Stella, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in «RIDPP», 2003, p. 55 ss.

[68] Sull'argomento, G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in «RIDPP», 2005, p. 29 ss.

materia antinfortunistica si accompagna a quanto stabilito anche dall'art. 29 D. Lgs. 81/2008 che, nel disciplinare la valutazione dei rischi, dispone che il datore di lavoro vi provveda «in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e il medico competente, nei casi di cui all'articolo 41». Anche sotto questo profilo, quindi, emerge, per espressa volontà del legislatore, la complementarità fra i doveri del datore di lavoro e il contributo di consulenza e cooperazione di un organo che ha il compito di mettere a disposizione le competenze tecniche necessarie[69].

La procedimentalizzazione della gestione dei rischi generati dall'attività lavorativa è probabilmente la risposta più idonea per affrontare lo iato che si apre tra sapere e potere nelle politiche prevenzionistiche aziendali. Il processo è già in corso e il rapporto tra la colpa di organizzazione dell'ente e la responsabilità omissiva impropria del datore di lavoro, del dirigente e del preposto si fa sempre più stretto[70], al punto che, a partire dalla riforma del 2008, la responsabilità della stessa persona fisica del datore di lavoro per *culpa in vigilando* viene eliminata, ai sensi dell'art. 16, co. 3°, ult. pt., D. Lgs. 81/2008, allorché sia adottato ed efficacemente attuato il modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, co. 4°, D. Lgs. 81/2008.

[69] In termini, Pulitanò, *Diritto penale*, cit., p. 394.

[70] Sull'argomento, v. già A. Gargani, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in «DPP», 2002, p. 1067; Vitarelli, *Delega di funzioni*, cit., p. 447 s.

Alberto di Martino[*]

Appunti in tema di reati commessi all'estero e responsabilità degli enti[**]

Sommario:1. Premessa – 2. Caratteri generali e inquadramento sistematico – 3. Attività all'estero e criteri di giudizio su colpa individuale e colpa organizzativa: fra diritto e politica criminale – 3.1. Una premessa sui criteri del giudizio di colpa individuale: «*duty of care*», colpa generica, colpa specifica – 3.1.1. Colpa generica – 3.1.2. Colpa specifica – 3.2. Criteri per il giudizio di colpa organizzativa – 4. Sede principale: questioni esegetiche, questioni metodologiche, questioni politiche. La territorialità «funzionale» – 4.1. Questioni esegetiche – 4.1.1. Sede principale come equivalente della presenza dell'autore sul territorio – 4.1.2. *Principium individuationis*: forma o sostanza? – 4.2. Dall'alternativa tra «*Organisational failure*» o «*Risk management failure*» alla c.d. territorialità funzionale – 5. Fatto commesso sul territorio da ente straniero – 5.1. L'omissione normativa.

1. *Premessa*

La responsabilità dell'ente per reati commessi all'estero è disciplinata da un'apposita disposizione del d.lgs. n. 231/2001[1]. Anche se essa non è stata ancora direttamente applicata nella prassi, sarebbe fuorviante dedurne l'impressione che si riferisca ad ipotesi marginali rispetto all'impianto complessivo del sistema; al contrario, può ambire ad un ruolo sistematico e politico-criminale addirittura cruciale[2]. Un ruolo sistematico cruciale, perché è l'unica regola dettata espressamente per situazioni con 'elementi di estraneità' (il reato commesso all'estero) e dunque costituisce inevitabile

[*] Ordinario di Diritto Penale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

[**] Il presente contributo è parte di un più ampio scritto in corso di pubblicazione: *La responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001. Profili sostanziali e processuali*, a cura di D. Piva, Giappichelli, Torino, 2021.

[1] Art. 4, d.lgs. n. 231/2001.

[2] Cfr. ad es. M. Engelhart, *Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective*, in *Regulating Corporate Criminal Liability*, a cura di D. Brodowski et al., Springer International Publishing, Cham-ZG, 2014, pp. 53 ss.,., nonché *ivi* i saggi contenuti nella parte II, specificamente dedicati al modello di attribuzione della responsabilità.

termine di riferimento per dipanare la matassa derivante dal fatto che la legge italiana non considera espressamente la situazione speculare – quella del fatto commesso sul territorio italiano, ma da ente straniero. Anche dal punto di vista politico-criminale, inoltre, si tratta d'una disposizione necessaria, poiché si può considerare ormai acquisito ad una consapevolezza generalizzata il fatto che l'azione delle imprese può superare il limite del territorio nazionale, senza che questo debba essere considerato come un'eccezione: le attività economiche hanno ormai, nei più vari settori merceologici, dimensione transfrontaliera o, se si preferisce, transnazionale. Come si legge ad esempio in un diffuso manuale di organizzazione aziendale, «[l]e aziende di oggi […] devono pensare in un'ottica globale per non essere svantaggiate. Il mondo sta diventando un'unica arena competitiva globale. Gli straordinari progressi nel campo delle telecomunicazioni, della tecnologia e dei trasporti hanno creato uno scenario globale nuovo ed estremamente competitivo. I prodotti possono essere realizzati e venduti in qualsiasi parte del mondo, le comunicazioni sono immediate e i cicli di sviluppo e di vita dei prodotti si stanno accorciando. Nessuna azienda è isolata dall'influenza globale […]. E anche le aziende più piccole possono essere attivamente coinvolte nel business internazionale attraverso le esportazioni e il commercio online»[3].

Correlativamente è agevole immaginare che da queste attività possano derivare condotte che, alla stregua della legge italiana, costituiscono reato. A fronte di questa realtà, è dunque comprensibile ed opportuna la scelta di prevedere nella disciplina nazionale una regola generale di giurisdizione sui reati commessi all'estero in cui sia coinvolta la responsabilità di una persona giuridica. E tuttavia, proprio la dimensione transnazionale del diritto punitivo degli enti ne mette in tensione la stessa pretesa regolativa, nei termini e per le ragioni che saranno oggetto di analisi in questo contributo: questa pretesa è tradizionalmente concepita come tendenzialmente limitata dai confini statuali, almeno quando veste i panni di quella branca del diritto che si definisce penale o criminale e di cui internazionalmente si è per lungo tempo predicato, non a caso, il carattere 'parrocchiale'[4]. Questa limitazione è tuttavia soltanto tendenziale, se non apparente: per la verità, il diritto penale ha sempre preteso quantomeno di «gettare un occhio» – sono i termini usati da Francesco Carrara – se non anche di allungare la mano su fatti commessi all'estero; fuor di

[3] R.L. Daft, *Organizzazione aziendale*, tr. it., *Apogeo Education*, Maggioli, Milano, 2007, pp.184 ss.

[4] «Parochialism» è ad es. il termine usato da M. Dubber, *Comparative Criminal Law*, in *Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), Oxford, 2006, § 1, pure intitolato al «Criminal Law's Parochialism».

metafora, la pretesa punitiva nazionale si è sempre riservata (secondo la logica della *Kompetenz-Kompetenz*)[5] di disciplinare anche fatti commessi all'estero servendosi di principi di collegamento tipologicamente comuni a pressoché tutti i Paesi del mondo e riconosciuti, seppure con varia cogenza, dal diritto internazionale[6].

Sennonché, è altrettanto vero che questo non vale per il diritto punitivo in senso lato: rispetto a questo, una disciplina transnazionale ha carattere certamente inedito, non soltanto per l'ordinamento italiano. È per l'appunto in questo quadro che deve esser collocata la previsione in tema di giurisdizione sulla responsabilità dell'ente per i reati commessi all'estero. Come si è accennato poco sopra, la regola di giurisdizione extraterritoriale è posta in modo esplicito, con dettagliata anche se tutt'altro che impeccabile[7] indicazione di requisiti e limiti di quest'ultima: spicca, quasi a contraltare, la mancanza di una regola esplicita circa i fatti commessi sul territorio nazionale quando l'elemento 'di estraneità' – per ricorrere ad una terminologia tecnica invalsa nel diritto penale transnazionale – è rappresentato dalla nazionalità dell'ente che opera sul territorio. Questa mancanza ha dato la stura ad un contrasto acuto tra il prevalente ed anzi pressoché unanime parere dei commentatori di formazione dottrinale, da un lato, e dall'altro lato una (per ora) altrettanto uniforme giurisprudenza di merito e di recente recepita anche da un primo pronunciamento della Corte di cassazione[8].

In questo lavoro ci si limiterà ad un'illustrazione critico-analitica di alcuni aspetti significativi della disposizione sulla giurisdizione extraterritoriale, già peraltro oggetto di attente analisi[9]. Non si potrà prescindere, tuttavia, dal

[5] Cioè della libertà sovrana di determinare i limiti di giurisdizione nazionale.

[6] Per una discussione del fondamento di tali principi, nell'ambito di una bibliografia sterminata, cfr. in particolare, A. Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, spec. capp. 2, 3 e 6, Oxford University Press, Oxford, 2011; inoltre, M. Böse, F. Meyer, A. Schneider, *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union – II. Rights, Principles and Model Rules*, Nomos, Baden-Baden, 2014 (ove di particolare interesse la Parte II, «Private Law Solutions and their Transferability in Criminal Law», 215-331).

[7] S. Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in «RIDPP»., 2012, pp. 91 ss., spec. pp. 108 ss., al quale si rinvia per la puntuale indicazione degli aspetti discutibili e delle vere e proprie lacune che questa regola presenta.

[8] Cass. Sez. VI, 11 febbraio 2020 n. 11626, Calò *et al.*, su cui ad es. con toni fortemente critici E. Napoletano, E. Massignani, *La responsabilità amministrativa della società straniera per reati consumati su territorio italiano da un soggetto apicale nel suo interesse*, in «GiuP», 2020/5, pp.1 ss. (per il riassunto degli argomenti esposti nella sentenza cfr. *infra*, § 6.2.)

[9] Come avviamento bibliografico si può fare riferimento ai seguenti scritti specialistici (ai quali si rinvia comunque per ulteriori citazioni, nonché per riferimenti ai principali commentari, trattati, manuali che trattano in generale della responsabilità degli enti nel

discutere proprio la questione non disciplinata e (quasi) paradossalmente più indecifrabile: come si è detto, quella della responsabilità di un ente straniero in dipendenza di reato commesso in Italia; la territorialità è, per così dire, il convitato di pietra dell'analisi sulla extraterritorialità. In realtà, il tema della territorialità ed extraterritorialità della giurisdizione non soltanto è intrinsecamente unitario, ma costituisce uno snodo fondamentale di carattere politico-criminale e, per così dire, addirittura ideologico perché

diritto italiano), con varietà di accenti, di posizioni, nonché diversi gradi di approfondimento (e di coinvolgimento più o meno diretto in vicende processuali concrete): C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali*, in «RTDPE», 2020, pp.152 ss.; L. Bassi, M.M. Morelli, *Società straniera e... responsabilità italiana: la valutazione «in concreto» del sistema di* compliance, in «RASE», 2020, n. 2, pp.145 ss.; R. Carloni, V. Gromis di Trana, *La sentenza della Corte di appello di Firenze, relativa al disastro ferroviario di Viareggio del 29.06.2009: la condanna dell'amministratore delegato della holding del «gruppo ferrovie dello stato». Le statuizioni rispetto alla normativa del d.lgs. 231/2001*, in «RASE», 2020, n. 2, pp. 323 ss.; L. Bassi, M.M. Morelli, *Paese che vai, responsabilità che trovi: il «sistema 231» italiano e la* corporate compliance *estera*, in «RASE», 2020, n. 3, pp. 157 ss.; E. Gagliardi, *La responsabilità delle banche ad operatività transfrontaliera ai sensi del decreto legislativo 231/01-Intervento*, in «rivista231.it», 25 agosto 2020; W.S. Laufer, *Corporate Criminal Liability and American Exceptionalism*, in «RTDPE», 2019, pp. 69 ss. (preceduto da traduzione di N. Selvaggi, *Responsabilità penale deli enti ed eccezionalismo americano*, pp. 47 ss.); N. Landi, *Il rispetto del d.lgs. 231/2001 nelle imprese multinazionali operanti in Italia*, in «RASE», 2019, n. 2, pp. 81 ss.; G. Baffa, F. Cecchini, *Limiti spaziali di validità della responsabilità "da reato" degli enti: applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 all'ente "italiano" per reato commesso all'estero e all'ente "straniero" per reato commesso in Italia*, in «*GiuP*», 2018/7-8, pp.1 ss.; L. Pistorelli, *La responsabilità degli enti per il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in «RASE», 2018. n. 1, p. 67; D. Fondaroli, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche «estere»*, in «RASE», 2014, p. 49; A.R. Carnà, *La globalizzazione dei rischi di* compliance*. L'implementazione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo* cross-border, in «RASE», 2013, n. 1, pp. 287 ss; P.M. Gemelli, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex d.lgs. 231/2001: compatibilità ed incompatibilità*, in «RASE», 2012, p. 9; Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, cit., pp. 91 ss.; Pistorelli, *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, in «RASE», 2011, pp. 13 ss.; L.D. Cerqua, *L'applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia e alle società italiane per i reati commessi all'estero*, in «RASE», 2009, pp. 113 ss.; E. Fusco, *Applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle banche estere (rielaborazione delle repliche del P.M. in sede di udienza preliminare nel procedimento "Parmalat-Banche")*, in «RASE», 2007, p. 179; F. Pernazza, *I modelli di organizzazione ex D.Lgs. n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG - Commento*, in «LS», 2004, n. 10, pp. 1282 ss. Sul tema della frammentazione dei centri decisionali nell'ambito delle società multinazionali cfr. in generale, a mero titolo di esempio, P.C. Nell, P. Kappen, T. Laamanen, *Reconceptualising Hierarchies: The Disaggregation and Dispersion of Headquarters in Multinational Corporations,* in Journal of Management Studies, Durham, 2017, pp. 1121 ss.

in esso precipita il più generale e fondamentale problema dei rapporti fra pretese disciplinari del diritto (non solo penale) e rivendicazioni liberistiche degli operatori economici collettivi.

2. *Caratteri generali e inquadramento sistematico*

La legge italiana prevede che l'ente sia responsabile – testualmente, che 'risponda' –per il reato anche quando questo sia «commesso all'estero» se ricorrono i seguenti presupposti:

a) che il reato rientri fra quelli in relazione ai quali si attiva la responsabilità dell'ente;

b) che ricorrano i «casi» e i «limiti» in cui la giurisdizione italiana sussiste ai sensi delle norme di diritto penale transnazionale (artt. 7-10 c.p.);

c) che l'ente abbia la sua «sede principale» sul territorio dello Stato;

d) che nei confronti dell'ente non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto[10];

e) che, quando la richiesta del Ministro sia necessaria in base alle regole di diritto penale transnazionale, essa sia «formulata anche nei confronti dell'ente».

L'esistenza della giurisdizione italiana sui fatti commessi all'estero dalle persone fisiche non comporta automaticamente la giurisdizione sull'ente: è necessario che l'ente abbia la sede principale in Italia. Come è noto, questo concetto ha dato luogo a varie letture, di cui si darà conto più avanti; ma qui interessa la dimensione funzionale, il suo ruolo all'interno della previsione normativa. Il riferimento alla sede, infatti, introduce un evidente elemento di asimmetria tra la giurisdizione *stricto sensu* penale e la giurisdizione punitiva nei confronti dell'ente; ma i termini di questa asimmetria devono essere adeguatamente approfonditi.

In particolare, si tratta di stabilire se questa previsione abbia carattere 'costitutivo' della responsabilità dell'ente, che altrimenti non potrebbe essere affermata per il reato commesso all'estero, ed allo stesso tempo costitutiva della giurisdizione su di esso; oppure, se essa operi in funzione soltanto 'limitativa' della giurisdizione in presenza di una responsabilità altrimenti già sussistente alla stregua del diritto sostanziale.

Nel primo senso (disposizione avente carattere costitutivo della

[10] Per un'analisi di questo aspetto si rinvia a Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, cit., pp. 108 ss.

responsabilità e della giurisdizione), l'autonomia della responsabilità dell'ente sarebbe esaltata: l'ente straniero, com'è stato rilevato in letteratura, risulterebbe in questa prospettiva estraneo all'ambito di previsione delle fattispecie di responsabilità delineate dal decreto legislativo ogni qualvolta il reato commesso da un suo esponente aziendale sia consumato all'estero, difettando il requisito di personalità attiva. Ciò equivale ad osservare che, se il reato è commesso all'estero, non sorge nessun illecito punitivo perché quell'illecito può esser realizzato soltanto dell'ente con sede principale in Italia. Si tratterebbe, in altri termini, di un illecito punitivo 'proprio', cioè legato all'esistenza di un presupposto di fatto che connota l'ente: se la sede principale non è sul territorio dello Stato, il fatto non è previsto come illecito punitivo dalla legge italiana.

In un'ottica sensibilmente diversa, si potrebbe ritenere che la responsabilità per l'illecito punitivo sia definita soltanto dal rapporto fra titolo di reato e natura collettiva del soggetto; conseguentemente, essa sorgerebbe per il solo fatto di una 'connessione tipologica': cioè, della connessione fra titolo di reato (per il quale appunto è prevista anche la responsabilità di un ente collettivo) e modalità di commissione astrattamente rilevanti per fondare la responsabilità collettiva[11]. L'elemento spaziale, invece, avrebbe funzione semplicemente limitativa della giurisdizione sugli enti, escludendo quelli che non abbiano collegamento con il territorio dello Stato.

Assumendo questa seconda prospettiva d'interpretazione, la previsione di legge implicherebbe necessariamente – per esigenza logica – che i presupposti sostanziali della responsabilità dell'ente siano già realizzati in astratto e cioè, come si è detto, in ragione della semplice connessione tipologica. L'illecito punitivo, secondo la regola generale[12], deve essere stabilito in astratto in relazione al singolo tipo criminoso, cioè allo specifico titolo di reato: la legge disciplina «la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato», affermando che «l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una

[11] Definite dalle norme degli artt. 5-7, d.lgs. n. 231/2001.

[12] Delineata dal disposto combinato degli articoli 1, 2, da 5-7, d.lgs. 231/2001. M. Riccardi, *L'internazionalizzazione della responsabilità "231" nel processo sulla strage di Viareggio: gli enti con sede all'estero rispondono per l'illecito da reato-presupposto "nazionale"*, in «GiuP», 2018, n. 1, pp. 1 ss.; A. Scarcella, *La c.d. «internazionalizzazione» della responsabilità da reato degli enti*, in «RASE», 2014, pp. 35 ss.; E. Stampacchia, *La responsabilità «amministrativa» degli enti con sede all'estero*, in *www.penalecontemporaneo.it* (*https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1380098797STAMPACCHIA%202013a.pdf*; ultimo accesso: 11 ottobre 2020).

legge entrata in vigore prima della commissione del fatto». Non avrebbe nessun senso intendere che questa previsione – la quale incorpora d'altronde, quanto alla parte precettiva, il principio di legalità dell'illecito punitivo in quanto tale – sia riferita ad un concetto *concreto* di reato, ad un reato di volta in volta concretamente commesso.

Se dunque la responsabilità da illecito punitivo è definita in primo luogo, in termini sostanziali, sulla base dell'astratta connessione tipologica con una fattispecie penale (cioè in quanto essa sia prevista per quel titolo di reato), si deve ammettere che le vicende spaziali attengono invece al piano concreto di realizzazione del reato. Disciplinare con previsione espressa ed autonoma questa situazione, nella quale il reato sia concretamente commesso all'estero, in tanto ha senso in quanto quel reato possa attivare in astratto l'illecito punitivo e sia in concreto realizzato in modo suscettibile di attrarre la responsabilità dell'ente. Solo a questo patto nasce l'esigenza di limitare la giurisdizione italiana sull'illecito punitivo che si attiverebbe altrimenti in modo automatico per effetto della giurisdizione sul reato commesso all'estero: e ciò avviene selezionando gli enti chiamati a rispondere, sulla base del riferimento al luogo dove si trova la sede principale.

Questo criterio – territorialità della sede – opera dunque come limite della giurisdizione extraterritoriale 'a titolo di diritto punitivo' sui fatti di reato soggetti alla giurisdizione penale extraterritoriale per l'appunto 'a titolo di illeciti penali': la norma che lo prevede opera pertanto come norma di diritto amministrativo-punitivo transnazionale.

Questa seconda prospettiva, che attribuisce alla previsione dell'art. 4 carattere limitativo della giurisdizione extraterritoriale sull'illecito punitivo che origina da un reato commesso all'estero, sembra quella preferibile. In primo luogo, da un punto di vista sistematico di carattere generale, si tratta di una ricostruzione che, pur riconoscendo la stretta dipendenza fra illecito penale e punitivo anche nello specifico caso concreto del fatto transnazionale, è perfettamente coerente con il carattere di autonomia della responsabilità da illecito punitivo.

La prospettiva costitutiva invece imporrebbe di valorizzare l'autonomia fra i due illeciti solo a patto di una frattura, consistente nella pretesa di distinguere fra l'illecito che dipende da reato commesso in Italia e l'illecito che dipende da reato commesso all'estero, quali illeciti non solo autonomi ma in definitiva diversi. A favore di quest'ultima prospettiva è stato introdotto un argomento di simmetria sistematica. Si sostiene, cioè, che la responsabilità da reato sussista soltanto per gli enti con sede principale in Italia non soltanto nel caso del reato commesso all'estero, ma – come

si dirà più avanti (cfr. *infra* § 5) – anche nel caso di reato commesso in Italia. Se così fosse, tuttavia, dell'illecito punitivo rispenderebbero sempre soltanto gli enti avente sede principale in Italia, indipendentemente dal luogo di commissione del reato. Ma questa conclusione renderebbe incomprensibile proprio la specifica disposizione sull'illecito punitivo da reato commesso all'estero, che sarebbe superflua proprio nella parte in cui specifica l'elemento qualificante rappresentato dalla territorialità della sede principale[13]. La simmetria instaurata in tal modo con l'illecito commesso in Italia appare pertanto, in realtà, piuttosto artificiosa.

Infine, la ricostruzione della norma sulla giurisdizione come norma limitativa è coerente con la ricostruzione delle norme di diritto penale transnazionale quali limiti alla giurisdizione extraterritoriale dello Stato[14], senza che questo – come si è già detto – pregiudichi l'autonomia dell'illecito punitivo e delle regole di applicazione transfrontaliera.

3. *Attività all'estero e criteri di giudizio su colpa individuale e colpa organizzativa: fra diritto e politica criminale*

Particolare attenzione deve essere dedicata alle dilatate potenzialità applicative della disciplina sulla responsabilità degli enti, estesa ai casi di reati colposi commessi all'estero: una dilatazione che può sollevare problemi di enorme portata, per quanto al momento non si riscontrino né documentata esperienza giurisprudenziale, né speciali approfondimenti concettuali e sistematici.

Si pensi al caso, opportunamente segnalato[15], dell'omicidio colposo

[13] Questo argomento logico, è doveroso riconoscerlo, ha debolezze intrinseche derivanti dal fatto che la questione, dal punto di vista testuale, non ha una vera soluzione (v. infatti la proposta di revisione legislativa di cui nel testo, *infra* § 6.1. in fine). In particolare, finisce col presupporre che il decreto abbia una logica inequivoca che in realtà non possiede. Così, in particolare, l'art. 1, co. 2, sembra evocare, nella definizione degli enti, categorie puramente domestiche. E tuttavia si potrebbe ancora ritenere che quella distinzione è effettuata a fini esclusivamente interni, per l'appunto, e saranno ritenuti responsabili, se stranieri, gli enti che corrispondono alle categorie definite in questo modo. Si tratta d'una legislazione non solo malleabile ma alla fine friabile, che si sfalda fra le mani dell'interprete; questo è certo.

[14] Per questo approccio sia consentito rinviare ad A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di diritto penale transnazionale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, a cura di G. Fiandaca, E. Musco, F. Palazzo, Giappichelli, Torino, 2006.

[15] G. Di Vetta, *Il principio di precauzione come tema della «società del rischio». L'incidenza*

(o lesioni colpose gravi e gravissime) commesso con violazione di norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Oltre alle questioni relative alla definizione degli elementi oggettivi della responsabilità (vantaggio, interesse), che più ha attirato le attenzioni degli interpreti[16] – per ragioni ben comprensibili – sono state sottolineate le «significative criticità suscitate dalla pretesa di valutare la condotta della persona fisica, concretizzatasi all'estero, e quella organizzativa dell'ente, sulla scorta di parametri legali, di natura cautelare-prevenzionistica che, pur integrati al tipo colposo, risultano caratterizzati da un'attitudine precettiva circoscritta ad un ordinamento giuridico diverso da quello in cui il fatto è stato commesso»[17].

Su questa base, emerge chiaramente un triplice interrogativo:

a) se sia possibile applicare parametri prevenzionistico-cautelari previsti dal diritto nazionale a condotte – innanzitutto individuali – realizzate all'estero, eventualmente disciplinate in modo diverso e di regola meno rigoroso, o addirittura non regolamentate (§ 3.1);

b) quanto al rimprovero soggettivo da muovere specificamente all'ente, se sia possibile fare riferimento alla disciplina regolatoria prevista dal diritto nazionale anche per le attività svolte all'estero, e correlativamente se questa disciplina possa essere assunta quale base del giudizio di idoneità delle cautele organizzative adottate dall'ente per lo stabilimento o l'attività dispiegata all'estero (§ 3.2);

c) più in generale, il tema è quello della pretesa regolatoria che un diritto nazionale possa avanzare nei confronti di enti stranieri, i quali siano «*at home*» all'estero ma esercitino attività fuori dei confini, ed in che cosa debba consistere questa attività al fine di incardinare – e legittimare – quella pretesa (di questo ci occuperemo più avanti: *infra*, § 6).

sui criteri d'imputazione soggettiva (la colpa), in *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema,* a cura di G. De Francesco, G. Morgante, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 157 ss.

[16] Per i criteri di ascrizione nei delitti colposi cfr. a mero titolo d'esempio, anche per ulteriori riferimenti, Amarelli, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i delitti colposi*, in *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, a cura di A.M. Stile *et al.,* Jovene, Napoli, 2014, pp. 103 ss.

[17] Di Vetta, *Il principio di precauzione come tema della «società del rischio». L'incidenza sui criteri d'imputazione soggettiva (la colpa),* cit., § II.7, fg. 13.

3.1. *Una premessa sui criteri del giudizio di colpa individuale:* «duty of care»*, colpa generica, colpa specifica*

Il tema del giudizio di colpa individuale sarà oggetto di considerazioni sommarie e *in apicibus*, perché fuori dai limiti del presente contributo: ciò perché esso attiene specificamente al giudizio di responsabilità della persona fisica e non è *direttamente* rilevante agli effetti del rimprovero soggettivo da muovere all'ente. Ciononostante, è utile proporre qui alcune riflessioni che valgono come direttiva metodologica sul tema dei rapporti fra disciplina nazionale e luogo straniero di commissione di quel reato che attiva la responsabilità dell'ente. In termini generali e di prima approssimazione, sembra possibile distinguere in primo luogo tra colpa generica e colpa specifica (§ 4.1.1); in secondo luogo, all'interno di quest'ultima, fra i diversi parametri che fondano il rimprovero a quel titolo (§ 4.1.2).

3.1.1. *Colpa generica*

Quanto al primo aspetto, sembra senz'altro possibile muovere un rimprovero anche «extraterritoriale» a titolo di colpa generica, requisito riconosciuto nelle varie esperienze ordinamentali: potrebbe esser ritenuta in sé e per sé – e cioè indipendentemente dall'estensione e dal grado in cui sia ammessa come possibile fondamento del rimprovero penale – una forma, per così dire, ontologica di responsabilità[18]. Rappresenta, in altri termini, una forma di imputazione soggettiva riconosciuta in quanto tale, almeno nel generale e minimale significato di «*more or less serious deviation from a 'reasonable' standard of care of behaviour*». Ovviamente, resta questione aperta quale sia questo standard; ma a ben vedere questo non è affatto un problema che concerne specificamente le situazioni extraterritoriali, bensì la struttura del reato colposo in quanto tale. Ad ogni modo, sia qui sufficiente sottolineare che il problema d'identificare il criterio di giudizio è riconosciuto come fondamentale – seppure con diversi gradi di elaborazione teorica – in tutti gli ordinamenti e ricorre, comune, un riconoscimento metodologico di carattere oltremodo generale: l'interprete ed in particolare il giudice deve determinare a quale «*standard of care*»

[18] Nella pragmatica esperienza inglese, ad esempio, si riconosce che il definire la colpevolezza rispetto a conseguenze non volute è un problema filosofico: N. Lacey, C. Wells, O. Quick, *Reconstructing Criminal Law. Text and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, IV ed. p. 803. In prospettiva comparatistica, sia pure limitata agli ordinamenti tedesco e statunitense, cfr. M. Dubber, T. Hörnle, *Criminal Law. A Comparative Approach*, spec. Capitolo 8, cit., pp. 223-250.

una persona «ragionevole» dovrebbe attenersi «*in the actor's situation*»[19]. Allo stesso tempo, si riconosce pur sempre che, se il compito può apparire relativamente agevole quando esistano standard professionali, è ben più problematico identificare il comportamento doveroso quando l'agente operi al di fuori di ruoli professionali o sociali chiaramente definiti, specialmente quando sia preso sul serio quello che nel mondo anglosassone è il principio del *fair warning*, cioè, in questo contesto, della conoscibilità di una precisa regola di condotta di tipo cautelare.

Già da questi cenni sommari non è difficile rilevare come, pur nella differenza degli strumenti lessicali e delle «strutture di ragionamento», le situazioni di fatto da disciplinare ed il tipo di problemi da risolvere sono essenzialmente condivisi anche in ordinamenti profondamente diversi.

Resta fra le famiglie di ordinamenti una fondamentale differenza, che concerne il grado di deviazione dallo standard di diligenza, prudenza, perizia («*care*») che si deve pretendere al fine di imputare il reato. Si tratta di una questione che tuttavia non attiene direttamente al meccanismo giuridico di imputazione, ma si radica piuttosto in un atteggiamento culturale di fondo – non soltanto politico-criminale – nei confronti della responsabilità penale. Nel sistema statunitense, ad esempio, ai fini della responsabilità penale per *negligence* è necessaria una «*gross deviation*», altrimenti residuando soltanto una responsabilità civile[20].

In buona sostanza, l'unica proposizione condivisa potrebbe apparire quella metodologica: indipendentemente da quanto difficile possa essere il determinare cosa costituisca *criminal negligence*, non c'è dubbio che debba richiedere qualcosa di più della mera colpa civilistica. E tuttavia è utile sottolineare come sensibilmente comuni siano le travi portanti del ragionamento sulla composizione oggettiva e soggettiva del rimprovero per colpa: non sarebbe sufficiente la deviazione obiettiva dagli *standard of care*; dev'essere mostrato che l'accusato poteva conformarsi a quegli *standard*[21]. Rispetto a questo atteggiamento interpretativo, non è difficile valutare quanta assonanza metodologica risuoni con le discussioni continentali sulla misura oggettiva e soggettiva della colpa e, più in generale, sull'esigenza di massimo rispetto del principio di colpevolezza quando si tratti di imputare il reato colposo. Non ci si può nascondere, tuttavia, due elementi problematici: *a*) la dimensione transnazionale esalta un problema pratico fondamentale, che

[19] *Ivi*, p. 244.
[20] *Ibid.*
[21] R. v. G. *and another*, *House of Lords*, 2003 UKHL 50 (una parziale riproduzione in Dubber, Hörnle, *Criminal Law. A Comparative Approach*, cit., pp. 227-229).

riguarda non solo e non tanto lo standard utilizzato nel giudizio di colpa, ma la prevedibilità di questo stesso standard di valutazione, che poi è il risvolto processuale della certezza nell'identificazione di quale sia il comportamento doveroso atteso; *b*) vi sono materie nelle quali il giudizio di colpa generica è impossibile, diremmo addirittura al limite dell'illegittimità (ad es. in tema di reati ambientali o più in generale di attività con impatto ambientale); si apre il tema della colpa specifica, che sarà considerato qui di seguito.

3.1.2. *Colpa specifica*

Quanto alla possibilità di muovere un rimprovero a titolo di colpa specifica per un fatto verificatosi all'estero, la prima impressione è che si tratti di un giudizio impossibile, perché la dimensione territoriale delle regole che fondano il rimprovero a questo titolo dovrebbe esser ritenuta insuperabile; una diversa conclusione può apparire al senso giuridico del tutto controintuitiva. E tuttavia sembra possibile anche in questo caso introdurre alcune distinzioni che rendono quella conclusione meno perentoria di quanto possa a prima vista apparire.

Sembra possibile distinguere, in effetti, fra regole prevenzionistico-cautelari il cui ambito di validità sia esclusivamente nazionale – forse la maggior parte – e quelle che possono invece, o addirittura talvolta debbano essere ritenute per loro natura fornite di validità (forse sarebbe più corretto dire di efficacia o applicabilità) non esclusivamente "domestica".

(*i*) Qualora si tratti di parametri – leggi, regolamenti, ordini o discipline, per utilizzare la terminologia del diritto italiano – il cui contenuto sia determinabile soltanto in base ad una fonte con validità nazionale, si deve concludere per l'applicazione esclusivamente territoriale, in virtù del criterio interpretativo generale secondo il quale «allorché le norme extra-penali che concorrono a descrivere la fattispecie risultino incapaci di esplicare i propri effetti al di fuori del territorio dello Stato»[22], quella fattispecie non può che essere a 'territorialità limitata'.

(*ii*) Qualora si tratti di parametri stranieri, essi ovviamente devono essere osservati dall'agente che opera *in loco*, che ne sarà vincolato in ragione delle regole giuridiche vigenti dove egli realizza l'attività. Si pone l'interrogativo se il giudice nazionale possa prenderli in considerazione; la risposta dovrebbe essere positiva, per quanto il relativo accertamento possa presentare difficoltà; ma si tratta di un problema comune a ogni situazione di 'collegamento' fra

[22] D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Annali dell'Università di Ferrara - nuova serie*, XIII, 1999, pp. 129 ss. e spec. pp. 136 ss. e nt. 24.

ordinamenti diversi; poiché si tratta di materia extra-penale, d'altra parte, si potrebbe fare riferimento alla regola operativa di «diritto internazionale privato» secondo la quale «l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate»[23]. Il ricorso ad esperti potrà rivelarsi inevitabile; ma dev'esser ritenuto anche opportuno e addirittura necessario, perché una volta che quei parametri siano presi in considerazione, al fine di effettuare il giudizio di colpa sarà necessario comprenderne il carattere effettivamente prevenzionistico e specialmente, sotto il profilo obiettivo, la conformità alla miglior scienza ed esperienza quanto al settore di attività, o – sotto altra angolatura e forse più congruamente – la comparazione con le regole prevenzionistiche che dovrebbero essere osservate se l'attività fosse realizzata in Italia. Nessun problema sorge nel caso di corrispondenza (alla miglior scienza ed esperienza) o di maggior rigore (rispetto a quelle nazionali) delle regole straniere; se invece queste siano non conformi o meno rigorose, il giudice dovrà chiedersi se l'attività che vi si sia conformata possa, per questo, essere ritenuta incolpevole. Poiché la situazione è analoga negli effetti a quella in cui tali regole manchino del tutto, essa sarà discussa poco oltre, analizzando quest'ultima evenienza.

Come appena accennato, può darsi il caso – ed anzi si tratta non soltanto di evenienza non infrequente, ma proprio della ragione strategica di delocalizzazione delle attività produttive all'estero – che l'ordinamento del luogo dove il reato è stato commesso non consenta di individuare regole cautelari 'specifiche'. In questa situazione, se ci si pone dall'angolo visuale dello *status loci* si deve riconoscere che mancano parametri idonei a sorreggere un rimprovero per colpa: mancanza in astratto e dunque assoluta nel caso ora ipotizzato; mancanza in concreto e dunque, per così dire, relativa nel caso in cui le regole vi siano e siano state rispettate, ma non siano congrue nei termini poco sopra indicati. In questi casi, si potrebbe rifluire verso un rimprovero a titolo di colpa generica, se ne ricorrono i presupposti; ma sono evidenti le difficoltà pratiche ed i rischi di arbitrio scaturenti da questa ipotizzata oscillazione fra parametri di giudizio.

(*iii*) Può verificarsi infine il caso di parametri stabiliti da strumenti internazionalmente riconosciuti, che si applicano a specifici settori tecnologici. Il processo di standardizzazione di procedure di sicurezza relative a determinati settori di attività è diffuso in ambito internazionale

[23] Art. 14, l. 31 maggio 1995, n. 218.

ed a determinati documenti tecnici internazionalmente riconosciuti sembra legittimo fare riferimento[24]. Un esempio di questa situazione è stato dibattuto nella vicenda processuale relativa al disastro di Viareggio, quanto alle regole tecniche relative all'esecuzione del c.d. esame non distruttivo volto ad accertare o stato fisico delle componenti dei carri noleggiati per la circolazione ferroviaria transfrontaliera[25].

3.2. *Criteri per il giudizio di colpa organizzativa*

Fino ad ora è stata considerata, come si è visto, la questione dei parametri per il rimprovero a titolo di colpa ai fini della responsabilità individuale. Ci si può chiedere a questo punto se le premesse di metodo esplicitate in quella sede siano valide anche per affrontare il tema della responsabilità dell'ente. Crediamo che non vi siano argomenti né logici né giuridici per negare che esse siano valide anche in generale: si tratterà dunque di stabilire se la normativa di diritto italiano sulla responsabilità degli enti possa essere applicata per i fatti commessi all'estero quanto a quelle specifiche disposizioni suscettibili di incidere sulla struttura organizzativa dell'impresa: in particolare, in quali limiti e con quali parametri il giudice possa determinare l'idoneità prevenzionistica dei modelli organizzativi applicati.

In effetti, come unico presupposto per l'applicazione del diritto italiano è indicata normativamente la circostanza che l'ente abbia la sede principale in Italia. Ciò equivale ad osservare che la latitudine applicativa delle regole di *compliance* è suscettibile di dilatarsi enormemente al di fuori dei confini nazionali. È stato osservato a questo proposito, con toni critici, che la «condotta organizzativa è adottata alla stregua della disciplina nazionale […] cui l'ente è comunque tenuto a conformarsi, in ogni sua articolazione produttiva, anche se queste sono radicate all'estero, ossia in

[24] Lo rilevava già U. Sieber, *Transnational Enterprises and Criminal Law: A General Analysis ad Recommendations for the Future*, in *MultinationaleUnternehmen und Strafrecht*, a cura di K. Tiedemann (Hrsg.), Carl HeymannsVerlag, Colonia, 1978, pp.155 ss. (166) sia pure in un'epoca in cui ancora la standardizzazione e gli obblighi internazionali non erano diffusi come nel momento attuale: «as long as the companies observe the environmental and labour protection provisions of the respective host countries, and *as long as there are no international standards against these activities*, such actions cannot be judged as criminal» (corsivo aggiunto).

[25] Cfr. per riferimenti ad es. la sentenza della Corte di appello di Firenze, fg. 309: VPI 04, II edizione; UNI EN 583; EN 473. Ad uno degli imputati era rimproverato, ad esempio, di aver omesso il controllo sul rispetto delle predette norme tecniche da parte degli esecutori materiali nell'officina deputata.

contesti ordinamentali in cui sono previsti oneri o obblighi prevenzionistici in capo alle imprese»[26]. Proprio sul presupposto interpretativo che la dimensione territoriale delle regole cautelari produca «effetti distorsivi»[27] anche nell'accertamento processuale della idoneità prevenzionistica del modello, ci si è chiesti «quale sia la disciplina cautelare che il giudice dovrà assumere a base del giudizio di idoneità delle cautele organizzative adottate dall'ente ad es. per lo stabilimento estero: se quella "nazionale", ritenuta applicabile anche in relazione a fatti che hanno avuto luogo interamente in territorio estero; o, invece, quella applicabile in ragione del luogo di radicamento dello stabilimento produttivo estero, in cui si sono per ipotesi verificati il reato colposo e la lacuna organizzativa». Problematiche, queste, che riguardano tutte le ipotesi di delitti colposi (dalla sicurezza sul lavoro al disastro ambientale) in relazione alle quali è prevista dal diritto nazionale la responsabilità degli enti[28].

Sulla base di quanto osservato per la colpa individuale, anche con riferimento alla responsabilità dell'ente sembra necessario distinguere tra regole intrinsecamente territoriali e regole invece non suscettibili di tale limitazione spaziale.

Un esempio può essere utile a chiarire la distinzione. Con specifico riguardo alla sicurezza sul lavoro, il testo normativo italiano di riferimento[29] prevede una norma apposita, dettata specificamente per definire i criteri di giudizio sulla idoneità ed efficace attuazione di un «modello di organizzazione e di gestione». Su questa base, conviene osservare preliminarmente che quest'obbligo non sembra soffrire – in sé e per sé – di un limite territoriale. Una conferma di quest'interpretazione può esser rinvenuta nel riferimento (per quanto effettuato ai soli fini di prima interpretazione) al *British Standard* OHSAS 18001:2007[30]; un documento di rilevanza per l'appunto internazionale.

Ad ogni modo, è innegabile che la ricostruzione del sistema sia particolarmente complessa; né soccorrono ad oggi specifici approfondimenti dottrinali. Per un verso, non c'è dubbio che quando la disposizione interna richieda l'osservanza degli obblighi «giuridici» relativi, ad esempio, al

[26] Di Vetta, *Il principio di precauzione come tema della «società del rischio». L'incidenza sui criteri d'imputazione soggettiva (la colpa),* cit., II.7, fg. 13; F. Artusi, *Prospettive «231» nei gruppi di imprese: accentramento di funzioni e sedi estere*, in «RASE», 2017, pp. 106 ss.

[27] Cfr. Di Vetta, *Ivi,* II.7, fg. 14

[28] Di Vetta, *Ibid.*

[29] D.lgs. n. 8/2008, specificamente all'art. 30. Cfr. su questo aspetto v. ad es. G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2009, spec. pp. 206-218.

[30] Ora sostituito dallo standard internazionale ISO 45001:2018.

«rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi ad attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici» sembra fare riferimento alla legge nazionale; così come alla legge nazionale sembra doversi intendere il riferimento alla «acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie per legge»[31]. Meno convincente, per altro verso, è legare ad un limite territoriale le «attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti» o le attività genericamente indicate come di natura organizzativa «quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni di rappresentati dei lavoratori per la sicurezza» (questi ultimi, se presenti); oppure ancora l'onere di organizzare «periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate»[32].

Si potrebbe obiettare che in tal modo si finisce con il ricostruire in via esclusivamente interpretativa ed a macchia di leopardo gli obblighi aventi efficacia transfrontaliera, laddove invece le singole prescrizioni sembrano essere illeggibili al di fuori di un contesto ancorato alla dimensione territoriale.

L'obiezione è seria; tuttavia, non sarebbe fuor di luogo controbattere che le distinzioni all'interno degli obblighi, fra 'territoriali' e 'non territoriali', sarebbero pur sempre tracciate in modo ragionevole e decifrabile nella sua logica: efficacia transnazionale sarebbe da riconoscere agli obblighi di carattere generale, indipendenti dall'ordinamento in cui l'ente agisce (valutazione dei rischi; procedure di emergenza; obblighi di formazione e informazione); per contro, efficacia territorialmente limitata avrebbero le norme relative agli standard tecnico-strutturali, che presuppongono l'operare all'interno di un contesto nazionale, economico prima ancora che giuridico.

Si tratterebbe tuttavia di una conclusione a sua volta parziale. In realtà, proprio gli aspetti tecnico-strutturali sono disciplinati da regolamentazioni di settore internazionalmente riconosciute, la cui mancata adozione ben potrebbe essere oggetto di un rimprovero nei confronti dell'ente; né si tratterebbe d'un rimprovero arbitrariamente rivolto sulla base d'una scelta interpretativa di carattere ideologico: esso infatti si basa proprio sul richiamo operato dalla legge ad un ben preciso *standard* internazionale, addirittura con forza tale da fondare una conclusione presuntiva nel senso dell'idoneità del modello.

Questa precisazione ulteriore possiede anche una legittimazione politico-criminale che conviene esplicitare al di là degli argomenti più strettamente analitici ed esegetici, per quanto il suo contenuto possa apparire scontato

[31] Art. 30, co.1, rispettivamente lett. *a*) e lett. *g*).
[32] Art. 30, co.1, rispettivamente lett. *b*), lett. *c*), lett. *h*).

già alla luce del senso comune. Le attività d'impresa svolte all'estero, eventualmente tramite delocalizzazione, sono legate a scelte economiche intenzionali riconducibili all'ente in quanto tale – quale che sia la scelta ricostruttiva di questa 'individualizzazione' – per quanto ovviamente veicolate, nella realtà economica e giuridica, dalle persone fisiche.

Come si può leggere in manuali di organizzazione aziendale largamente diffusi, «nessuna azienda può diventare globale da un giorno all'altro. I *manager* devono adottare consapevolmente una strategia per lo sviluppo e la crescita globali. Le organizzazioni entrano nei mercati esteri in modi differenti e seguono percorsi diversi. Tuttavia, il passaggio da domestico a globale avviene tipicamente attraverso stadi di sviluppo»[33]. «[L]a struttura di un'organizzazione deve adattarsi alle situazioni fornendo un sistema informativo utile ai fini del coordinamento e del controllo, focalizzando al tempo stesso i dipendenti su specifiche funzioni, prodotti o aree geografiche. La progettazione organizzativa per le aziende internazionali segue una logica simile, con un particolare interesse verso le opportunità strategiche globali o locali […] Quando le organizzazioni si avventurano nell'ambiente internazionale, i manager si sforzano di formulare una strategia globale coerente che fornirà sinergia alle attività in tutto il mondo al fine di raggiungere obiettivi organizzativi comuni. Un dilemma da affrontare è la scelta tra porre l'enfasi sulla standardizzazione globale oppure sulla reattività nazionale. I manager devono decidere se vogliono che ogni azienda affiliata agisca autonomamente o se occorre standardizzare le attività in tutti i Paesi. Tali decisioni si riflettono nella scelta tra una strategia di globalizzazione e una strategia globale multidomestica»[34].

In un contesto internazionalizzato, alle varie strategie di espansione corrispondono meccanismi di coordinamento e meccanismi di controllo articolati, descrittivamente accorpati in alcune tipologie ricorrenti individuate sulla base dei modelli più frequentemente utilizzati. Può trattarsi (*i*) di team di lavoro c.d. globali o transnazionali, particolarmente

[33] R.L. Daft, *Organizzazione aziendale*, tr. it., cit., pp.187 ss.

[34] Cfr. Draft, *Ivi.*, pp.190 ss. Strategia di globalizzazione è definita come quella che «si concretizza nel fatto che la progettazione del prodotto, la produzione e la strategia di *marketing* sono standardizzate in tutto il mondo…[U]na strategia di globalizzazione può aiutare un'organizzazione a ottenere i vantaggi di costo derivanti dalle economie di scala perché consente di standardizzare la progettazione del prodotto e la produzione, utilizzare fornitori comuni, velocizzare l'introduzione dei prodotti in tutto il mondo, coordinare i prezzi ed eliminare le strutture ridondanti». Strategia multidomestica «si realizza quando la competizione all'interno di ogni Paese è gestita indipendentemente dalla competizione all'interno di altri Paesi. Una strategia multidomestica incoraggia quindi attività di progettazione del prodotto, di assemblaggio e di marketing adattate alle necessità specifiche di ogni Paese».

funzionali al coordinamento orizzontale; (*ii*) di pianificazione centrale, una scelta per effetto della quale la sede centrale svolge ruolo di pianificazione, programmazione e controllo «per far sì che le parti geograficamente disperse dell'organizzazione globale lavorino insieme e procedano nella stessa direzione»[35]; (*iii*) creazione di specifici ruoli o posizioni organizzative (*manager* c.d. funzionali) per ottenere maggior coordinamento e collaborazione.

Gli approcci al coordinamento ed al controllo variano in realtà anche a seconda dei diversi contesti culturali d'impresa: dal coordinamento centralizzato preferito di regola dalle aziende giapponesi, al decentramento in cui «le unità internazionali tendono a godere di un più elevato grado di indipendenza e autonomia decisionale» e la gestione formale e i sistemi di controllo sono utilizzati principalmente per il controllo finanziario piuttosto che per quello tecnico ed operativo[36]; fino al coordinamento e controllo attraverso la formalizzazione, cioè fondati sull'uso di sofisticati sistemi di controllo di gestione e sviluppo di staff di specialisti nelle sedi centrali.

In questo contesto, non si vede nessuna ragione perché debba costituire un problema il fatto che l'ordinamento giuridico pretenda che quelle stesse attività debbano essere considerate anche per la loro dimensione giuridica: oggetto di pianificazione non soltanto in termini di «analisi di condizioni economiche, forniture di lavoro e tecnologie, preferenze dei consumatori e politiche pubbliche»[37], ma anche con attenzione alla specifica cornice regolatoria, ad esempio pianificando un modello organizzativo specificamente approntato per la sede operativa estera. Conseguentemente, lamentare un difetto di 'colpevolezza' dell'ente che non si è organizzato in relazione alla complessa e variabile ma sempre 'intenzionale' scelta economica, come pure stigmatizzare la mancanza di parametri per la sua determinazione, non pare francamente appropriato.

Questa conclusione può suonare moraleggiante, perché impone l'osservanza dei parametri (eventualmente) più 'civili' del Paese in cui la *corporation* ha la sua sede principale. È indubbio, ed è onesto riconoscere, che questo sia un assetto mediante il quale, a queste limitate condizioni, il diritto intende imporre la propria logica di attribuzione di responsabilità su quel che risulterebbe altrimenti dai meri rapporti economici di potere[38]; e

[35] Cfr. Draft, *Ivi*, p. 206. È il caso paradigmaticamente espresso dalla *Sony* guidata dal CEO *Sir Howard Stringer.*

[36] Cfr. Draft, *Ivi,* p. 211.

[37] M.B. Clinard, P.C. Yeager, *Corporate Crime. The first comprehensive account of illegal practices among America's top corporations*, Michigan Law Review, New York, 1980, p .50.

[38] Avverte Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali*, in «RTDPE», 2020, pp. 166-167, che non sarebbe comunque ragionevole avanzare una «richiesta di dare corpo ad una sorta di superomistico "agente-

si deve essere avvertiti delle conseguenze. Come ha osservato Alan Norrie, «*the dominance of corporate power in the nation state has to be placed alongside the effects of the internationalisation of capital, which impart to the idea of the successful control of the major transnational corporation a utopian quality. Corporations will bargain organizational régimes to suit themselves or relocate elsewhere*»[39]. È quindi possibile che questa strategia regolatoria comporti comunque il rischio di «*unemployment and relocation of corporate violence to developing countries with more pliant régimes*»[40]; ma questo è un tema di politica economica e industriale che non può essere affrontato in questa sede, e che comunque fuoriesce dalle competenze specifiche di chi scrive[41].

4. *Sede principale: questioni esegetiche, questioni metodologiche, questioni politiche. La territorialità «funzionale»*

A questo punto, resta da soffermarsi più da vicino sul concetto di «sede principale» il quale, come si è già sottolineato, costituisce la cifra qualificante della scelta d'imputazione nel caso di reati commessi all'estero. Questo concetto ha suscitato alcune questioni strettamente interpretative, ma anche una più generale riflessione di carattere sistematico, che a sua volta si salda – va detto esplicitamente, anche se non sembra sempre percepito con adeguata consapevolezza – con una più generale questione metodologica, che concerne l'assetto dei rapporti fra discipline giuridiche ed economico-manageriali. In questa sede, dopo una rassegna sperabilmente agile degli aspetti esegetico-applicativi e di quelli endo-sistematici (§ 4.1), si dedicherà qualche cenno critico conclusivo alle questioni di fondo che la scelta di questo criterio da un lato fa tralucere e dall'altro, come si cercherà dimostrare, lascia in realtà insolute (§ 4.2).

modello universale"». La proposta, condivisibile, è quella di porre in essere «processi di autonormazione, orientati a rilasciare *standards* [sic] cautelari di generale applicazione», con il coinvolgimento di organismi e agenzie internazionali.

[39] A. Norrie, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 132.

[40] Box, *Power, Crime and Mystification*, Tavistock, London,1983, 78: vi richiama l'attenzione Norrie, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, cit., p. 132.

[41] Un'intelligente strategia di limitazione delle pretese regolatorie del diritto nazionale, sulla quale non è possibile qui riflettere criticamente, è stata tratteggiata – echeggiando impostazioni anglosassoni – facendo leva sul necessario rispetto del diritto di difesa costituzionalmente garantito: Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali*, cit., pp. 163 ss.

4.1. *Sede principale come equivalente della presenza dell'autore sul territorio*

Dal punto di vista funzionale, si può ammettere che la sede principale sia l'*equivalente* per il soggetto collettivo di quello che, in caso di autore individuale, è il requisito della «presenza» della persona fisica, normativamente richiesto per la giurisdizione sui reati commessi all'estero[42].

4.1.1. Principium individuationis*: forma o sostanza?*

Quanto al criterio in base al quale determinare la qualità di sede principale, è noto che si dividono il campo essenzialmente due prospettive.

Secondo un primo indirizzo, il riferimento dev'essere inteso in senso formale e dunque "accessorio" perché la norma richiamerebbe la corrispondente nozione civilistica: è sede principale quella dichiarata come tale all'atto dell'iscrizione nel registro delle imprese[43].

Un diverso orientamento obietta che adottare un'interpretazione formalistica condurrebbe alla facile elusione dell'intera disciplina sulla responsabilità per i fatti commessi all'estero: sarebbe sufficiente che la registrazione formale avvenisse all'estero, anche se l'attività economica ma soprattutto decisionale sia svolta essenzialmente in Italia. Si propone pertanto un criterio di carattere «sostanziale», orientato alla dimensione effettuale dell'impresa: la sede «effettiva» decide della giurisdizione perché solo in tal caso si potrebbe affermare che «è in Italia che si è realizzata la lacuna «organizzativa» alla base del rimprovero nei confronti dell'ente»[44]. Questo criterio è parso particolarmente appropriato, inoltre, nel caso in cui la responsabilità dell'ente derivi da reati colposi: particolarmente stringente si rivelerebbe qui il collegamento sistematico fra tipicità colposa, i cui

[42] Su questo aspetto v. specificamente la posizione di G. Fidelbo, *Il problema della responsabilità delle società per i reati commessi all'estero*, in «JUS», 2011, nn. 1-2, p. 257 (sede principale come condizione sostitutiva della presenza del cittadino sul territorio, richiesta dagli artt. 9 e 10 c.p.) e le osservazioni critiche di Di Vetta, *Il principio di precauzione come tema della «società del rischio». L'incidenza sui criteri d'imputazione soggettiva (la colpa),* cit., § III.2 (lo stesso art. 4 e l'art. 37 del d.lgs. n. 231 subordinano la procedibilità nei confronti dell'ente alla sussistenza delle condizioni di procedibilità del reato-presupposto). La soluzione qui proposta sembra risolvere con equilibrio la questione.

[43] Sedi secondarie, per converso, sarebbero quelle per le quali la stessa disciplina civilistica prevede l'iscrizione in Italia anche quando l'imprenditore abbia localizzato la sede principale all'estero.

[44] Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, cit., p. 107; Pistorelli, *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio,* cit.

parametri sarebbero inevitabilmente territoriali, e responsabilità dell'ente «nel senso dell'inestensibilità della legge punitiva degli enti […] ai casi in cui la carenza organizzativa che ha reso possibile il reato si sia concretizzata in territorio estero»[45].

La prospettiva sostanziale è ormai comunemente accolta, e probabilmente con ragione; non si può sottacere, tuttavia, ch'essa pone due ordini di problemi.

In primo luogo, respingere la prospettiva formale è comprensibile nell'ottica dell'efficacia astratta della repressione, ma rischia di andare a scapito della determinatezza del requisito. Accordare un ruolo interpretativo dirimente all'esigenza di effettività rischia di produrre conseguenze del tutto casuali e come tali distorsive se non sono fornite indicazioni sui criteri in base ai quali determinare la «prevalente attività amministrativa di direzione e organizzazione dell'ente», cioè insomma i criteri per identificare dove sia il suo «centro direzionale».

In secondo luogo, lo stesso concetto effettuale, pur se definito con riferimento al centro direttivo dell'ente, rischia di girare a vuoto per via dello scollamento fra criteri di imputazione giuridica, di qualunque natura essi siano, e realtà dell'organizzazione aziendale, specialmente quando vengano in considerazione grandi imprese multinazionali. Questo perché l'organizzazione aziendale può esser strutturata secondo modelli ben diversi da quello sostanzialmente verticistico cui resta tuttora ancorata la logica dell'imputazione punitiva, qualunque sia il criterio adottato in concreto: ciò vale sia per la prospettiva formale, sia per quella sostanziale. Entrambe sono in realtà accomunate da questa logica tutta interna ai meccanismi giuridici d'imputazione, in cui esiste comunque un 'centro' pur sempre identificabile, appunto il centro della decisione e per questo della responsabilità; ma proprio questa logica può risultare totalmente scollata dalla realtà, e precisamente con riguardo ai *big fish,* a quelle imprese che si organizzano in funzione dell'espansione internazionale e multinazionale, e che più 'naturalmente' od almeno più facilmente possono fronteggiare situazioni di responsabilità da fatto extraterritoriale[46].

In queste situazioni, insomma, potrebbe persino essere individuata una sede 'effettiva', ma non necessariamente una sede 'principale'.

[45] Di Vetta, *Il principio di precauzione come tema della «società del rischio». L'incidenza sui criteri d'imputazione soggettiva (la colpa),* cit., § III.4, fg. 18-19.

[46] Un richiamo alla realtà a fronte di soluzioni dottrinali come pure giurisprudenziali che ne sono lontane è operato da A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 141.

4.2. *Dall'alternativa tra «*Organisational failure*» o «*Risk management failure*» alla c.d. territorialità funzionale*

Questo scollamento fra realtà dell'organizzazione aziendale e meccanismo d'imputazione, d'altronde, non sembra preso adeguatamente in considerazione; il che probabilmente sta alla base dello scarso approfondimento, almeno in Italia, delle conseguenze che, anche all'interno della stessa logica effettuale, sembrerebbero derivare dall'adozione di diversi approcci possibili circa il concetto di centro direzionale.

Secondo un primo punto di vista, si dovrebbe far riferimento al luogo – al contesto aziendale – dove si è verificata la concreta lacuna organizzativa. Secondo quello che si presenta come un diverso orientamento, deve essere invece ricercato il luogo «in cui vengono assunte le decisioni relative al *risk management*», cioè dove si sarebbe verificata «quella carenza nell'elaborazione ed attuazione delle strategie organizzative di prevenzione e gestione del rischio-reato»[47].

La scelta fra questi due criteri avrebbe conseguenze pratiche decisive. Come è stato sottolineato[48], se la lacuna organizzativa si è verificata all'estero, seppure eventualmente per effetto di carenti decisioni organizzative di una *parent company* situata in Italia, quest'ultima non potrebbe essere assoggettata alla giurisdizione italiana. La conclusione sarebbe opposta nel caso in cui si adottasse il criterio della *risk management failure*.

Tuttavia, in questa discussione sembra celarsi un equivoco. Qualora si intenda definire il concetto di sede principale con riferimento al luogo in cui si sia manifestata la lacuna organizzativa, o sia emersa l'ancor più 'generale' manchevolezza del *risk management*, si assume pur sempre che detto luogo, e correlativamente il concetto di sede principale, potrà esser determinato soltanto «in relazione alle caratteristiche del caso concreto». Ma al fine di determinare la responsabilità dell'ente per il reato commesso all'estero e la giurisdizione italiana su di esso è necessario, al contrario, definire un criterio astratto. Ogni indagine sulla fisionomia del fatto concreto – cioè se il reato derivi da una lacuna organizzativa interamente esauritasi nella sede operativa estera, oppure questo «sia stato reso possibile da un difetto di vigilanza imputabile alle carenze del

[47] Di Vetta, *Il principio di precauzione come tema della «società del rischio». L'incidenza sui criteri d'imputazione soggettiva (la colpa),* cit., § III.4.

[48] Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, cit., p. 107.

modello organizzativo […] adottato o applicato in termini inadeguati in Italia» – presuppone in realtà già risolta la questione della giurisdizione; altrimenti si darebbe la stura a ciò che la norma ha comunque inteso evitare, il compimento di dispendiose indagini all'esito delle quali soltanto, paradossalmente, sarebbe possibile stabilire se la giurisdizione esiste o meno.

L'intera questione dev'essere pertanto rivisitata.

Preliminarmente, si può ben riconoscere come entrambi i criteri esprimano un'idea comune: che sia decisivo interpretare il concetto di «sede principale» alla luce delle finalità preventive delle regole sulla responsabilità dell'ente, e cioè in conformità all'idea della colpevolezza di organizzazione[49]. Si tratta di un'esigenza in sé del tutto condivisibile. Del resto, anche lessicalmente – per quanto l'argomento possa soccorrere – la disposizione rilevante afferma che «l'ente risponde», adottando una prospettiva marcatamente 'sostanzialistica'; è pur vero, d'altra parte, che quella stessa regola non esprime di per sé un criterio d'imputazione e non prevede criteri a tal fine. Se lo fosse, non esprimerebbe null'altro che un caso di *strict liability*, responsabilità oggettiva, derivante dal solo fatto della commissione di un reato all'estero purché la sede principale dell'ente, per l'appunto, sia in Italia.

A questo punto conviene soggiungere, ancora una volta, che la responsabilità dell'ente 'dipende' dal reato commesso, ma – come nell'elaborazione teorica largamente maggioritaria – è pur sempre autonoma rispetto a quella individuale la quale è invece, per così dire, 'direttamente' penale. Per quel che interessa ai fini della presente questione concettuale, ciò equivale ad osservare che il luogo estero del commesso reato, a cui si estende la giurisdizione nei casi e nei modi previsti dalle norme di diritto penale transnazionale, è un 'presupposto di fatto' della regola specifica prevista per l'ente (il riferimento alla sede principale), ma di per sé non dice nulla sul criterio in base al quale quella regola specifica deve essere concretizzata; il luogo di commissione dell'illecito dell'ente potrebbe dunque non coincidere con quello di commissione del reato, purché resti ferma la scelta legislativa sul nesso con l'ordinamento

[49] Fra i contributi di tipo monografico più specificamente focalizzati sul tema della colpa di organizzazione dell'ente nel diritto italiano cfr. ad esempio, nell'ambito di una letteratura molto vasta, E. Villani, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Jovene, Napoli, 2016; A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reto per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento dell'evento*, Jovene, Napoli, 2019; spec. cap. V; soprattutto V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.

italiano: quella rappresentata, per l'appunto dalla territorialità della sede principale. Sull'identità, sul carattere di tale nesso ci si deve dunque soffermare attentamente: di quale criterio di collegamento si tratta?

Si considerino a questo punto i criteri di collegamento più direttamente rilevanti ai fini di questa discussione: il principio di territorialità e quello di personalità attiva[50]. In base al primo, il diritto nazionale è applicabile ai fatti commessi sul territorio; in base al secondo, l'applicazione si collega alla nazionalità del soggetto attivo[51]. A prima vista, si potrebbe indulgere all'analogia con la responsabilità penale individuale, affermando che il nostro ordinamento sceglie quale collegamento il principio di personalità attiva.

Ma, ad una considerazione più approfondita, ci si avvede – anche sulla base di quanto già osservato circa la prospettiva metodologica da adottare, formalistica o 'effettuale' – che il criterio della sede principale non ha a che vedere con la logica della personalità attiva, cioè con il legame di osservanza che il 'cittadino' deve al proprio ordinamento: quando si tratti di persona fisica, *il dovere di osservanza regola l'agire*. Al contrario, nel caso dell'ente è proprio l'agire – cioè la realtà territoriale dell'organizzazione – che produce il dovere di osservanza.

Ciò che fonda la responsabilità per il reato commesso all'estero è dunque, rispetto all'ente ed al suo illecito punitivo, il collegamento territoriale. La logica della territorialità a sua volta è espressa dalla considerazione che dev'essere verificabile sul territorio la ragione del rimprovero; non però in concreto – non cioè perché di fatto si sia prodotta sul territorio la lacuna organizzativa – ma in astratto, nel senso che sul territorio si trova la sede nella quale sono prese le decisioni che rilevano per l'organizzazione della sede estera (del luogo) in cui si è verificato il reato; ed ancora una volta si noti che, trattandosi di criterio astratto, la rilevanza deve essere considerata rispetto all'organizzazione e non rispetto alla lacuna concretamente verificatasi.

Sarà poi affare concreto del processo stabilire se in effetti le decisioni

[50] Meno direttamente rilevante parrebbe il principio di personalità passiva (su cui cfr. comunque Schneider, *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union – II. Rights, Principles and Model Rules,* cit., pp. 249 ss., spec. pp. 251 ss.); quello della bandiera potrebbe invero riguardare le attività per mare, e risultare di applicazione non infrequente (si pensi a fatti di inquinamento, ad esempio). Ad ogni buon conto, una volta che sia chiaro il discorso di cui nel testo non vi saranno difficoltà a riprodurne le cadenze anche quando ricorrano siano applicabili anche questi principi.

[51] Sul fondamento ideale di questi principi cfr. specialmente Chehtham, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment,*cit.

prese (o non prese) dalla sede principale abbiano avuto impatto sulla lacuna organizzativa nella sede estera; o se questa sia da ricollegare alla violazione di doveri di controllo senza coinvolgimento della sede principale.

Crediamo di dover avvertire che quest'interpretazione sembra essere quella preferibile allo stato attuale della legislazione. Il problema è che, nelle attività realmente transnazionali, la dislocazione delle attività decisionali in una «sede» fisica nel senso in cui la normativa la intende non è più davvero riconoscibile, poiché la frantumazione operativa in più centri operativi fraziona anche i processi decisionali. Una radicale revisione della materia si impone, previa apertura di un confronto con le discipline manageriali.

Potremmo definire questo criterio di collegamento territoriale come «territorialità funzionale»: una territorialità, cioè, stabilita in funzione delle esigenze d'imputazione personalizzata dell'illecito all'ente.

In quest'ottica, seppure in termini più generali, è stato osservato che quando un ordinamento individui come criterio di collegamento la territorialità in relazione alla condotta realizzata dall'ente collettivo, il «*place of organisation*» dev'essere inteso come quello dove le principali attività dell'ente sono realizzate («*the company's main activities are carried out*»). Anche questa definizione dev'essere peraltro ulteriormente concretizzata, perché il riferimento alle attività principali resta a sua volta piuttosto indeterminato; in quest'ottica, si specifica ulteriormente che si tratta del «*centre of management and supervision*»[52].

Questa stessa indicazione, tuttavia, non sembra conclusiva. Nelle strutture organizzative complesse – da quelle con attività internazionali fino al vero e proprio 'modello' multinazionale –il problema consiste proprio in ciò, che questo centro non è determinabile in astratto in base a criteri esclusivamente giuridici, ma deve essere considerato analizzando in concreto la struttura aziendale.

È possibile che si debba ricorrere ad una consulenza, ma questo è un fenomeno ben noto e non c'è da stracciarsi le vesti, se il tema metodologico è chiaro ed il metodo coerentemente perseguito.

[52] Schneider, *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union – II. Rights, Principles and Model Rules,* cit., p. 258.

5. *Fatto commesso sul territorio da ente straniero*

5.1. *L'omissione normativa*

Come si è accennato, può senz'altro costituire motivo di stupore che il testo fondamentale sulla responsabilità degli enti non disciplini esplicitamente il caso in cui l'ente coinvolto dalla commissione di un reato sul territorio italiano sia un ente straniero. In questo, l'ordinamento italiano si differenzia da altri europei: si pensi al caso della Germania, la cui normativa espressamente prevede l'applicazione della legge tedesca alle sole ipotesi degli illeciti punitivi (*Ordnungswidrigkeiten*) commessi sul territorio dello Stato[53].

Questa singolare mancanza d'una disposizione espressa ha dato luogo – come si è già avuto modo di ricordare (*retro*, § 1) – ad una radicale divisione fra giurisprudenza e dottrina. In questa sede, tuttavia, non si intende ripercorrere nel dettaglio gli argomenti spesi nell'uno e nell'altro campo, se non limitatamente ai tratti generali della discussione; il tema, d'altronde, ha formato oggetto di numerosi contributi, anche se sembra arenato in una guerra di posizione. Di fronte ad uno scontro così frontale, o si prende partito, o si deve cambiare terreno. Proveremo ad indicare le ragioni che rendono preferibile questa seconda soluzione; in questa sede, tuttavia, non si può che sommariamente indicare una generica direzione d'indagine; percorrerla, richiederebbe ulteriori approfondimenti e riflessioni anche in chiave comparatistica, che al momento non sono ancora giunte a maturazione adeguata ed anche per questo non possono essere compiute nello spazio di questo scritto.

Quando si censura la pretesa di 'universalità' della sanzione amministrativa, che deriverebbe dall'estenderne l'applicazione a soggetti stranieri in assenza di un radicamento territoriale, si rischia un fraintendimento. Non c'è dubbio che il legislatore abbia ritenuto di fondare la giurisdizione sul criterio del risultato (il luogo di verificazione del reato)[54]. Su questa base, è coerente

[53] Cfr. il § 50 OWiG.

[54] È stato osservato che, se la responsabilità dell'ente è immediatamente dipendente dall'azione individuale («derivative»), e se il legislatore conferisce giurisdizione sulla base del criterio della condotta, il luogo di commissione è agevole da determinare: coincide con quello di commissione della condotta individuale. Se invece la responsabilità si fonda su un'autonoma *organizational failure*, il problema della *place of action* è più complesso, potendo esser determinata sulla base di tre criteri: il luogo di registrazione dell'ente; il luogo delle condotte individuali; il luogo dove l'organizzazione ha il proprio *main interest*. Cfr. Schneider, *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union – II.*

che la giurisprudenza affermi l'irrilevanza del luogo della condotta (cioè del luogo dove si sia realizzata la colpa organizzativa); ma questo vale soltanto agli effetti della giurisdizione. Il problema è invece proprio quello di stabilire se un evento-reato che si verifica sul territorio italiano costituisca, per il legislatore, ragione per attivare il principio di territorialità non soltanto con riferimento al reato ed alla giurisdizione su di esso, ma anche con riferimento all'intera fattispecie di responsabilità dell'organizzazione. Quando si deriva dall'argomento della giurisdizione la conclusione che anche gli elementi della fattispecie di illecito si determinano in base alla legge del luogo di giurisdizione si confonde radicalmente quest'ultimo piano con quello della fattispecie sostanziale.

La giurisdizione è conferita bensì al giudice del luogo di commissione del reato, ma questo nulla dice sugli elementi costitutivi dell'illecito dell'ente. In effetti, la norma sulla competenza non può che fare riferimento ad una prospettiva processuale, quella dell'accertamento del 'singolo' illecito amministrativo dell'ente (sia pure con il grado di astrazione derivante dalla mera connessione tipologica con il reato); ma non si occupa dell'aspetto concreto di verifica della sussistenza degli elementi della fattispecie di responsabilità. In sostanza, l'ente non è «autore» del reato, ma certo è sempre *autore della fattispecie complessa di responsabilità*. Diventa dunque decisivo – e questo deve essere sottolineato anche più di quanto non accada comunemente nella riflessione teorica – stabilire quali sono gli elementi di questa fattispecie.

Essa si compone di: soggetto attivo (ente), con la sua organizzazione giuridicamente rilevante (e di cui si tratta per l'appunto di determinare la legge regolatrice) + condotta di esercizio dell'attività di impresa + fatto di reato (comprensivo di una condotta, ma diversa dalla prima e tipica alla stregua delle fattispecie previste come «reati-presupposto» *sive* «fatti di connessione») + nesso di dipendenza del fatto di reato dalla condotta dell'ente + elementi oggettivi e 'soggettivi' di imputazione (interesse, vantaggio, colpa di organizzazione/modelli preventivi).

Così ricostruita la fattispecie di responsabilità, occorre sottolineare due aspetti fondamentali. Innanzi tutto, il luogo del reato, elemento accidentale legato alle vicende concrete, non è – non può essere – componente della fattispecie astratta, essendo sufficiente la connessione tipologica a far sorgere il tema dell'imputazione dell'illecito punitivo; comprensibilmente, è

Rights, Principles and Model Rules, cit., pp. 256-259. Nella letteratura italiana lamenta opportunamente una sorta di «volatilizzazione» del disvalore d'evento quanto al tema della responsabilità degli enti Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali*, cit., p. 162.

elemento rilevante soltanto sotto il profilo della giurisdizione[55].

In secondo luogo, fra gli elementi costitutivi deve essere qui considerata principalmente la condotta di 'esercizio dell'attività di impresa': elemento poco approfondito, forse persino inosservato nel contesto di questa discussione, ma che – proprio in quanto presupposto materiale diretto della condotta dell'ente – costituisce il presupposto indiretto di quel nesso di dipendenza dell'illecito amministrativo da reato che esprime il carattere al contempo autonomo e derivato della responsabilità[56] e come tale riveste un ruolo chiave nella relativa fattispecie. In effetti, l'attenzione degli studiosi è stata calamitata dall'elemento 'colpa di organizzazione', quale criterio identificativo sia del fatto proprio dell'ente sia della ragione soggettiva dell'imputazione ad esso del reato commesso dalle persone fisiche[57]. Quest'attenzione ha però escluso dal suo spettro, od almeno marginalizzato, proprio l'elemento dell'attività svolta dall'ente: elemento di carattere puramente obiettivo, ma normativamente ignorato (almeno all'apparenza) e dunque a contenuto incerto, integralmente affidato all'interpretazione. E tuttavia, a ben vedere esso compare in un'esplicita disposizione di legge[58], in tema di contenuto del modello organizzativo, che lo menziona bensì in un'ottica 'operativa' ma non meno fondamentale: il modello, innanzi tutto, deve identificare «l'attività nel cui ambito possono essere commessi reati». Anche nel caso in cui sia condotta da un ente straniero, non si può dubitare che proprio quest'attività sia ciò che collega l'ente al territorio, perché è da essa che 'dipende' la commissione del reato: fuori del lessico normativo dell'imputazione, si dovrà constatare che è nel contesto di una certa attività che è stato commesso il reato quale fatto di connessione dell'illecito punitivo.

Se questa ricostruzione è chiara, è agevole ridimensionare la portata della critica rivolta al rischio di universalismo indiscriminato del diritto punitivo. In realtà, è l'attività dell'ente straniero che esibisce un radicamento territoriale ed è a questo radicamento che si riferirebbe la disciplina della responsabilità.

Tuttavia, il punto critico sta proprio in ciò: come si è visto, quest'elemento della 'attività', pur essendo parte della fattispecie di responsabilità, non è definito normativamente ed è sfuggito alla riflessione; si tratta a questo

[55] L'ente è sempre soggetto attivo della responsabilità da reato anche se, come visto, non sempre assoggettato alla giurisdizione italiana.

[56] Sulla tensione fra individuale e collettivo, in questa materia, v. soprattutto il cospicuo lavoro di Mongillo, *La responsabilità*, cit., *passim* e spec. Cap. VI, pp. 467 ss.

[57] Sui rapporti fra responsabilità dell'individuo e dell'ente cfr. di recente il lavoro, ampio e di grande valore, di Mongillo, *Ibid.*

[58] Art. 6, co. 2, lett. a), d.lgs. 231/2001.

punto di stabilire in che cosa consista e da quale legge sia disciplinata questa attività. Si noti, quello che deve essere cercato non è la norma sulla responsabilità – che indiscutibilmente manca – ma 'la disciplina che regola l'attività dell'ente'[59]. Questa ricerca, come si è precisato sopra, non assume come oggetto il diritto penale, ma quello extra-penale. Ci si deve chiedere dunque se nell'ordinamento italiano esista una disciplina che regola i casi con 'elementi di estraneità', cioè la vita degli enti non di diritto italiano; e questa è pacificamente la normativa di 'diritto internazionale privato', per gli aspetti che essa regola «in particolare»[60]. Per quel che qui più direttamente interessa, è stabilito che «[l]e società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti».

Se appare francamente discutibile l'atteggiamento sbrigativamente liquidatorio assunto dalla giurisprudenza nei confronti del richiamo a tale disposizione[61], resta il fatto che devono esserne studiati contenuto e portata alla luce del contesto sistematico in cui essa è chiamata ad operare.

Costituzione, organi, responsabilità per le obbligazioni, per le violazioni di legge o dell'atto costitutivo – in un'espressione: lo *status societatis* – sono tutti aspetti regolati dalla legge dello Stato di registrazione. Si deve dunque escludere che questi specifici ambiti di organizzazione dell'ente siano disciplinati dalla legge italiana. E, seppure sarebbe ragionevole pretenderlo[62], all'ente straniero non si applica la normativa italiana relativa all'organizzazione neppure agli effetti dell'illecito punitivo. Ciò equivale ad osservare che l'ente non può essere tenuto al rispetto di una normativa nazionale che stabilisca requisiti di organizzazione diversi rispetto a quelli previsti dalla legge di nazionalità. L'ente straniero non è quindi né obbligato a (né onerato dall')

[59] In questo senso, è inconsistente l'obiezione secondo cui la norma individuata di séguito nel testo (e v. nota che segue) non sarebbe una norma sulla responsabilità.

[60] Art. 25, l. n. 218/1995 (legge di cd. diritto internazionale privato). Il secondo comma così prevede: «In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: …e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; … h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo».

[61] Cass. Sez.VI, 11.2.2020, cit. (fg. 16 motiv.): questa norma «ha chiaramente riguardo a profili civilistici (di regolamentazione degli aspetti costituitivi, statutari, organizzativi, operativi ecc. degli enti)»; cfr. anche App. Firenze, sent. 20 giugno 2019 n. 3733, fg. 807.

[62] Così infatti Pernazza, *I modelli di organizzazione ex D.Lgs. n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG - Commento*, cit., p. 1288.

adottare modelli di organizzazione specificamente previsti dalla normativa italiana, se non in due casi: quando la sede dell'amministrazione sia in Italia oppure quando si trova in Italia l'oggetto principale dell'ente. Quanto a quest'ultima nozione, si è rilevato che per determinarla è possibile fare riferimento alla diversa branca giuridica del diritto all'insolvenza, nel cui contesto il cosiddetto centro di principale interesse dell'ente (COMI, *centre of main interest*, come ad esempio definito dal regolamento europeo sul procedimento di insolvenza)[63], è definito come il luogo dove l'ente – nel caso di specie, l'ente debitore – conduce l'amministrazione dei suoi interessi su base regolare e identificabile dai terzi.

Fuori da queste ipotesi, l'ente straniero è regolato, quanto ai suoi aspetti organizzativi e in particolare di responsabilità per le obbligazioni[64], dalla legge straniera. Tuttavia l'attività che costituisce elemento della fattispecie di responsabilità dell'ente può non corrispondere necessariamente all'oggetto principale dell'ente stesso, ma rappresentare pur sempre un'attività nel cui contesto è realizzato il reato. In questo senso, è proprio l'attività economica svolta sul territorio (che non coincide né con la condotta illecita individuale né con la condotta organizzativa in quanto tale) che attrae la responsabilità dell'ente. E tuttavia, a questo punto, si aprono due questioni. In primo luogo, è indispensabile definire in cosa consista questa 'attività'. In secondo luogo, poiché la responsabilità dell'ente e la giurisdizione si di esso possono sussistere anche laddove la struttura dell'ente sia regolata dalla legge straniera, si tratta di stabilire in base a quali parametri debba decidere il giudice nazionale quando deve valutare l'idoneità dell'organizzazione (dei modelli organizzativi) a prevenire reati.

Quanto al concetto di 'attività' svolta sul territorio nazionale, il tema è affrontato in particolare, ad esempio, nell'esperienza giuridica statunitense, soprattutto con riferimento alla giurisdizione in materia civile e commerciale. Dopo una discussione che risale almeno agli ultimi decenni dell'Ottocento, le posizioni più recenti cui è approdata la giurisprudenza delle corti supreme ruotano attorno al pur controverso criterio dei «contatti

[63] Regolamento UE 29 maggio 2000 n. 1346.

[64] Tenderei ad escludere da questo concetto la situazione soggettiva di destinatario delle sanzioni, sia pure pecuniarie e dunque comportanti l'obbligo di eseguire la prestazione di pagamento. In tal senso, l'obbligazione – pur definibile in generale come il vincolo giuridico che impone ad un determinato soggetto, il debitore, di effettuare una prestazione in favore di un altro soggetto, il creditore – riguarda in questa prospettiva soltanto i rapporti tra privati. Diversamente, sembra intravvedere proprio in questa disposizione una possibile fonte dell'applicabilità dell'art. 25, l. n. 218/1995, Pernazza, *I modelli di organizzazione ex D.Lgs. n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG - Commento*, cit., p.1288 (col. dx). Piuttosto, forse, verrebbe in considerazione il riferimento alle violazioni di legge.

continui e sistematici» con l'ordinamento che si arroga la giurisdizione. Tuttavia, si deve pure precisare che quello stesso criterio (come pure quello, diverso e sostenuto da un indirizzo più risalente, del c.d. *minimum contacts standard*)[65] non sembra esser considerato valido quando venga in questione un reato commesso sul territorio[66]; questo sarebbe sufficiente per incardinare la giurisdizione. Anche in un ordinamento tenacemente ostile

[65] Specificamente in tema ho trovato utile come punto di partenza lo studio, pur risalente, di D.J. Homsey, *Criminal Jurisdiction over Foreign Corporations: The Application of a Minimum Contacts Theory,* in 17 *San Diego L. Rev.*, 429, (1980): si ricostruisce l'evoluzione della giurisprudenza nordamericana dalle prime pronunce della Corte Suprema (spec. *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 [1877]). Per un'analisi molto dettagliata delle varie versioni dei criteri con i quali le corti americane hanno deciso sulla c.d. *general jurisdiction*, cfr. P. Riou, *General Jurisdiction over Foreign Corporations: All That Glitters is Not Gold Issue Mining*, in 14 *Rev. Lit.*, 741, (1995); l'A. riconsidera una nota pronuncia degli inizi del Novecento – *Pennsylvania Fire Insurance Co. v. Gold Issue Mining & Milling Co.*, in 243 U.S. 93 (1917) –, dove il *Justice Holmes* avrebbe espresso fra l'altro il principio che «*the appointment of a process agent is consent to general jurisdiction*»; ma quella sentenza sarebbe stata a lungo fraintesa (per dettagli cfr. 759-764). Per quel che qui interessa, tuttavia, si ricorda come sin dalla fine dell'Ottocento opinioni autorevoli di giudici (Jackson, Giudice del 10° Circuit) ritenevano che il presupposto perché un ente fosse convenuto in uno Stato era che esercitasse un'attività economica in quello Stato («*it must appear as a matter of fact that the corporation is carrying on its business in such foreign state or district*»: *United States v. American Bell Tel. Co.,* 29 Fed. Rep. 17, 34-35 [1886] (cfr. su questo E.Q. Keasbey, *Jurisdiction Over Foreign Corporations*, in 12 *Harv. Law Review*, 1, [1898]), opinione recepita dalla Corte Suprema in *Connecticut Mutual Life Insurance Co. v. Spratley*, 172 U.S. 602 [1889], ma già considerata «*well established*» dalla stessa Corte in *Railroad Co. v. Koontz*, 104 U.S. 5 [1881], ivi a p. 10). È il criterio del «*doing business*»; deve comunque esser precisato che il problema si poneva per il caso in cui il titolo (la «*cause of action»)* in base al quale la *corporation* era convenuta in giudizio in uno Stato si fosse originato al di fuori dei limiti territoriali di questo, pur nel caso in cui la *corporation* avesse attività economica nello Stato procedente. La più recente evoluzione del tema è segnata, per un verso, da una pronuncia fondamentale e molto contestata, relativa alla morte di studenti americani in Francia a causa di un difetto di fabbricazione di uno pneumatico fornito da una sede secondaria turca di società americana: *Goodyear Dunlop Tires Operations, SA v. Brown*, 131 SC 2846 (2011); notizie essenziali sul caso in: *105 Am. J. Int'l L.* 788 (2011); cfr. il lungo, trattatistico commento di M.H. Hoffheimer, *General Personal Jurisdiction After Goodyear Dunlop Tires Operations*, SA v. *Brown*, in 60 *U. Kansas L. Rev.*, 549, (2012). Per altro verso, viene in considerazione l'atteggiamento restrittivo della Corte Suprema nel caso *Daimler AG v. Bauman*, 134 SC 746 (2014). Su quest'ultimo caso cfr. ad es. N. D'Angelo, *Emerging From* Daimler*'s Shadow: Registration Statutes as a Means to General Jurisdiction Over Foreign Corporations*, in 91 *St. John's L. R.*,211, (2017).

[66] *International Harvester Co. v. Kentucky* (1914), dove è affermato il criterio del «*doing business*»; *State v. LuvPharmacy, Inc*. (1978), dove la Corte esclude che in un «*criminal case*» valga il *minimum contacts standard*, ma nel caso concreto riteneva realizzate sul territorio condotte illecite ben più significative di un «minimo contatto».

ad una generalizzata giurisdizione extraterritoriale, dunque, quest'ultima situazione sembra costituire eccezione ai criteri, comunque complessi e molto contestati, affermati in linea di principio per la giurisdizione civile[67].

Allo stato attuale della legislazione italiana, un'interpretazione particolarmente rigorosa del requisito dell'attività – o meglio, del legame fra reato ed attività – porterebbe ad escludere, ad esempio, che la disciplina della responsabilità amministrativa si estenda ai casi di contingente, occasionale danno da prodotto (integrante reato), quando questo non si collochi nel contesto di un'attività dell'ente svolta sul territorio. Poiché tuttavia, in assenza di indicazioni normative, quest'attività potrà anche essere rappresentata da scambi commerciali (*stream of commerce*), non c'è dubbio che le potenzialità applicative della disciplina sanzionatoria alle attività dell'ente straniero siano particolarmente ampie.

Quanto al secondo aspetto, quello del giudizio sul modello organizzativo – essenzialmente, sulla sua idoneità a prevenire i reati «della specie di quello verificatosi» – si tratta del reale convitato di pietra del tema dell'applicazione del diritto nazionale alle società estere. Su questo, in giurisprudenza e dottrina è stato proposto di effettuare un giudizio di equivalenza funzionale: l'ente potrà legittimamente appellarsi al «rispetto della *compliance* preventiva *del suo Paese*, sia essa etero normata che spontaneamente auto normata»[68]. Ad esempio, sarà sufficiente che l'ente estero abbia «incardinato ed implementato funzioni di controllo interno sull'adeguatezza e sull'effettività della prevenzione»[69].

Ad oggi, è tutto affidato alla valutazione del giudice; e si tratta di una situazione obiettivamente intollerabile, che dovrebbe essere corretta con scelte legislative volte a governare la discrezionalità giudiziaria. Probabilmente questo è il principale tragitto che dovrà essere compiuto in un'ottica di riforma di questo aspetto decisivo dell'intero sistema di responsabilità degli enti[70].

[67] In termini generali, per comprendere il contesto giuridico-culturale in cui anche la questione di cui ci occupiamo deve essere collocata, è raccomandabile la lettura di J.C. Coffee jr., *Does «Unlawful» Mean «Criminal»?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, in 71 *Boston Univ. L. Rev.*, 193, (1991).

[68] In giurisprudenza, cfr. seppur con perplessità App. Firenze, sent. 20 giugno 2019 n. 3733, fg. 804 ss.; nella letteratura cfr. essenzialmente Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali*, cit., pp. 167 ss. (corsivo in originale).

[69] Cfr. Piergallini, *Ivi*, p.170 (corsivo in originale).

[70] Per una proposta nel senso di privilegiare la positivizzazione di protocolli prevenzionistici basati su *best practice* internazionalmente riconosciute e definite, v. ad es. Piergallini, *Ivi*, p. 173.

Massimo Donini*

Premesse storiche a una concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale

Sommario : 1. Dopo Delitala. Le premesse 'storiche' della qualificazione dell'evento della bancarotta patrimoniale – 2. La contraddizione etica e l'inefficienza economica della lettura tradizionale dell'evento-dissesto come mera (premessa di una) condizione di punibilità – 3. La giurisprudenza tradizionale e il suo disegno estensivo oggettivizzante – 4. La risposta ancora 'pre-costituzionale', ma di imputazione giuridica e lesività oggettiva, di Pietro Nuvolone e Cesare Pedrazzi – 5. Le tappe successive.

1. *Dopo Delitala. Le premesse 'storiche' della qualificazione dell'evento della bancarotta patrimoniale*

Il tema di fondo che almeno dal tempo degli studi sulla bancarotta di Giacomo Delitala[1], attraverso le analisi successive di Pietro Nuvolone[2], e soprattutto di Cesare Pedrazzi[3], occupa la riflessione teorica e pratica della penalistica italiana 'moderna' sull'evento della bancarotta, concerne

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

[1] G. Delitala, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in «Riv. dir. comm.», 1926, I, pp. 437 ss., poi in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Giuffrè, Milano 1976, p. 701 ss.; Id., *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in «RP», 1935, pp. 279 ss., pure in *Studi in onore di Silvio Longhi*, Roma, 1935, pp. 279 ss., poi in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, cit., p. 835 ss.; Id., *Studi sulla bancarotta*, Giuffrè, Milano 1935, poi in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, cit., pp. 849 ss.

[2] P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano 1955, pp. 23 ss., 28; Id., voce *Fallimento (reati in materia di)*, in «ED», vol. XVI, 1967, pp. 484 ss.

[3] C. Pedrazzi, *Art. 216*, in *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di C. Pedrazzi, F. Sgubbi, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, art. 216-227, Zanichelli, Bologna 1995, pp. 11 ss.; Id., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *Studi Delitala*, vol. III, Giuffrè, Milano 1984, pp. 1111 ss., poi in (e di qui le citazioni) Id., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Giuffrè, Milano 2003, pp. 971 ss.

il quesito se esista *un evento* effettivo, di pericolo o di danno, che debba essere accertato quale conseguenza delle condotte tipiche. Condotte di distrazione, occultamento, dissimulazione, dissipazione etc. di beni dell'impresa commesse prima della certificazione dell'insolvenza intervenuta da parte del Tribunale. E poi, a tale quesito, se ne aggiungono altri: posto che quel risultato può verificarsi a distanza di molto tempo dalle condotte che ne hanno costituito il pericolo, la natura dell'offesa di questi reati è connessa indissolubilmente alla condotta, al pericolo che essa attiva o approfondisce, oppure deve incentrarsi sul risultato finale, non sempre prevedibile e che in realtà è accertabile, nella sua reale consistenza, solo dopo la stessa sentenza dichiarativa del fallimento o, oggi (dopo la l. 19 ottobre 2017, n. 155 e il d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), della liquidazione giudiziale? Si tratta pertanto di un reato di pericolo, oppure di danno? E se il danno (e ancor più il suo *quantum*) non è (necessariamente) prevedibile *ex ante*, che cosa può significare questa «inevitabile discrasia» tra condotta ed evento, in termini di offensività prima, e di colpevolezza poi?

La sentenza dichiarativa non ha a che vedere con la determinazione economica di questo evento. Semmai lo definisce la verifica dello stato passivo che è successiva alla sentenza.

Ma l'insolvenza che essa accerta, il presupposto sostanziale della sentenza è evento sostanziale, nell'*an* o nel *quantum*, delle precedenti condotte tipiche? Sono esse atipiche senza questo momento finale? O invece traggono la loro tipicità da profili solo anteriori, quelli sui quali si incentra del resto la possibile colpevolezza? Sì che il risultato delle successive gestioni rappresenterebbe solo un'evoluzione commerciale ed economica, patrimoniale, finanziaria, di un illecito penale già perfezionato, e soltanto consumatosi in seguito? *Un'offesa condizionata dal danno, ma non costituita da tale danno*? E in tal senso *un reato di (mero) pericolo* come per decenni si è detto? E se invece si denomina quel pericolo come un 'danno giuridico' ai creditori, alla loro possibilità collettiva di soddisfazione dei loro diritti, basta questo a trasformare nominalisticamente il delitto in un reato di danno, una volta che si sia verificata l'insolvenza che la sentenza dichiarativa accerta?

E poi: che rapporto intercorre tra l'offesa penale e il danno civile-fallimentare o liquidatorio, oltre i casi che da sempre, o dalle riforme del 2002, prevedono effettivamente il dissesto (prima del codice della crisi prevedevano anche il fallimento) come evento?

La riforma del 2002, incentrando sul dissesto le forme di bancarotta societaria (da reati societari) ha introdotto un paradigma nuovo e davvero alternativo rispetto al modello principale della bancarotta patrimoniale?

Una folla di quesiti ai quali le risposte tradizionali o consolidate ci restituiscono il clima di incertezza definitoria in cui storicamente il dibattito si è sviluppato.

Colpevolezza *ex ante vs*. evento *ex post*, irrappresentabile nella sua concretezza, hanno contrassegnato anche le tradizionali costanti posizioni degli studiosi.

È con Giacomo Delitala che si afferma il definitivo superamento di due posizioni classiche che vedevano i reati di bancarotta consistere o nella 'storica' presunzione di causazione del fallimento (Bonelli) o nella presunzione di colpevolezza (dolo o colpa) rispetto al suo verificarsi (Carrara, Longhi)[4]. Dice Delitala che queste presunzioni confliggono con i postulati del diritto penale e che se non è richiesto un nesso causale tra il fallimento e i fatti di bancarotta che l'hanno preceduto, tuttavia il reato ha un contenuto patrimoniale[5] e consiste nell'offesa ai diritti dei creditori, vuoi rendendo materialmente impossibile l'esecuzione (danno effettivo), vuoi ostacolando illecitamente tale esecuzione (danno parziale effettivo e potenziale presunto), condizionata al verificarsi del fallimento, che se non è l'evento del reato, comunque ne rappresenta una condizione[6]. La *par condicio*, la parità di trattamento, dice Delitala, non è il vero oggetto, ma solo uno *scopo di tutela*, restando vero *oggetto di tutela* il diritto di credito, ciò che rende la bancarotta un 'reato contro il patrimonio'[7]. L'elemento soggettivo suppone comunque una violazione volontaria o colposa del precetto: «non operare in modo da recar danno ai tuoi creditori»[8].

Dato che i diritti dei creditori non sono protetti come singoli, ma come massa, l'identificazione della condotta che li mette a rischio sarà meno determinata, non avendo un evento preciso. La bancarotta rimane così, in realtà, un reato di pericolo con evento dannoso solo condizionale: non c'è un evento tipico determinato, oggetto di causalità, dolo o colpa. Che Delitala volesse chiamare *reato di danno* la bancarotta fraudolenta[9] era opzione ideologico-linguistica: un *danno giuridico* ai diritti creditori, esattamente come le concezioni giuridiche del danno nei reati patrimoniali[10]. Del resto

[4] Delitala, *Contributo*, cit., pp. 720 ss.; Id., *Studi sulla bancarotta*, cit., pp. 852 ss.
[5] Id, *Contributo*, cit., p. 730.
[6] *Ivi*, pp. 723 ss.
[7] Delitala, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., pp. 839 ss.
[8] Id., *Contributo*, cit., p. 724.
[9] Id., *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., pp. 842 ss.
[10] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, parte speciale, vol. II, t. 2, Bologna 2015, Zanichelli, p. 23. V. *amplius* Sgubbi, voce *Patrimonio (reati contro il)*, in «ED», vol. XXXII, 1982, § 22.

Delitala, influenzato da Liszt, non aveva difficoltà a ravvisare un evento in ogni reato (negava infatti i reati di mera condotta)[11], manifestando una certa ostilità a considerare 'bene giuridico' una realtà meramente materiale[12]: il *quantum* economico appariva magari l'oggetto materiale di una distrazione[13], o l'oggetto di una pretesa risarcitoria, mentre il bene atteneva alla sfera dei diritti. La bancarotta, secondo Delitala, produceva un danno di «insufficienza patrimoniale», ma *questo* danno *non era risarcibile*; i creditori non possono pretendere nulla, nessuna voce economica rispondente al danno di essere «pagati in moneta fallimentare»[14]: questo peraltro, per Delitala, costituiva il vero danno criminale, l'offesa della bancarotta. Posto che né l'insolvenza, né il fallimento, sono l'evento del reato (salvi i casi tipizzati di causazione dolosa, o per effetto di operazioni dolose, del fallimento, o di aggravamento del dissesto), diventava possibile affermare la presenza di un reato di 'danno' anche quando la condotta non sia apprezzabile per aver determinato un definibile *quantum* di dissesto, un suo aggravamento, ma solo il pericolo di incapienza, posto che in quel pericolo era già presente il 'pregiudizio' ai diritti creditori: un vero e proprio 'evento' secondo Delitala[15].

Non si può qui non sottolineare quanto sia stata lunga la tradizione dottrinale, con larga rappresentanza in giurisprudenza, che ha viceversa inteso la bancarotta come *reato di mera condotta e di pericolo presunto*[16]. Tesi

[11] Delitala, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova 1930, poi in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano 1976, pp. 121 ss.: secondo Delitala (analogamente a von Liszt) non esistono reati di mera condotta (*Ivi*, p. 126).

[12] Sull'importanza e i limiti dell'influenza di von Liszt nella storia del bene giuridico si consenta di rinviare a M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 264 ss. e p. 257-282; e più in sintesi Id., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova 1996, pp. 147-149, con opportuni richiami.

[13] Delitala distingue sempre tra oggetto materiale e bene. Forse troppo. Istituzionalizzando e giuridicizzando il bene, diventa infatti possibile parlare spesso di offesa di 'danno' a un qualche diritto, anche in assenza di effetti patrimoniali. Nasce qui la concezione giuridica del patrimonio, che può ritenersi leso anche senza danni economici.

[14] Delitala, *L'azione civile nel procedimento per bancarotta contro il debitore fallito*, in «RDPC», 1927, pp. 103 ss., poi in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1976, p. 735 ss., spec. pp. 746 ss.

[15] Id., *Contributo*, cit., p. 711.

[16] G.L. Perdonò, *Profili generali*, in *I reati fallimentari*, a cura di A. Manna, G.L. Perdonò, L. Lionetti, § 3.1 ss. pp. 490 ss. In realtà l'annosa disputa è dipesa anche dalle tendenze a ricostruire in modo unitario l'oggetto della tutela nei casi di bancarotta patrimoniale e documentale: data l'identità di cornice edittale (per es. negli art. 216 e 223 l. fall. 1942), si è ritenuto incongruo che bastasse un pericolo astratto per i *Buchdelikte*, a prima vista reati di mera condotta e privi di evento naturalistico, slegati da un risultato economico tangibile (almeno nella lettura prevalente), mentre per i fatti di bancarotta patrimoniale, egualmente

solo nominalmente opposta a quella di Delitala. Estromessa la sentenza dichiarativa dal piano dei nessi oggettivi e soggettivi con la condotta, non restava apparentemente che considerare il delitto come un reato formale (come si diceva un tempo), cioè di mera condotta, cui era estranea la prova necessaria, e dunque l'immanenza concettuale, di un risultato distinto dalla pericolosità: lettura che è apparsa neppure troppo distante da quella del «danno giuridico» di Delitala, che presumeva un evento ma non ne imponeva l'accertamento[17].

Inizia in tal modo il cammino tormentoso della ricerca di un nesso coi risultati economici diversi da un *pericolo astratto* seguito da un danno privo di collegamenti necessari e provati con quel pericolo. Pericolo necessariamente astratto quanto più cresce la *possibile* distanza tra condotte 'tipiche' e insolvenza, tra aggressione ai diritti e destino economico delle cose. Quanto tipiche, infatti, le distrazioni senza insolvenza? Esiste una tipicità *ex ante separata* da una tipicità *ex post*?[18]

La classica situazione dei c.d. danni a distanza, dei *delitos a largo plazo*, delle *Spätfolgen*, oltre che dei reati condizionali, si riflette sul rapporto di rischio o di offensività tra il rischio percepibile e percepito *ex ante* e quello realizzatosi nel dissesto che la *sentenza* andava poi ad accertare (*an*) e *la curatela* a quantificare (*quantum*) con successivo *decreto di esecutività dello stato passivo* da parte del *giudice delegato*.

In questi casi il dolo aveva *un oggetto più arretrato* rispetto alla situazione tipica oggettiva poi contestata dalla curatela anche nell'azione civile promossa: il 'fatto' azionato in sede di azione civile (nel processo

puniti, si dovesse esigere un risultato ulteriore, peraltro non tipizzato, dato che anche lo scopo di «recare pregiudizio ai creditori» previsto per la sola bancarotta documentale, è sempre stato inteso come pregiudizio anche solo potenziale, una messa in pericolo.

[17] Esemplare L. Conti, *I reati fallimentari*, Utet, Torino 1991, pp. 99 ss., p. 101, con specifica critica della posizione, ritenuta peraltro solo nominalisticamente opposta, di Delitala.

[18] Che esista una simile tipicità è notoriamente oggetto e affermazione del monumentale studio di W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg 1988, pp. 33-50, pp. 59-67, p. 70 ss., pp. 509 ss.; Ma già Id., *Vorsatz und Risiko*, Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München 1983, pp. 74 ss., pp. 94 ss., p. 118 ss., pp. 340 ss., ma anche in altri autori soprattutto tedeschi. Per una ricostruzione critica cfr. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 230 ss.; Id., *Teoria del reato*, cit., pp. 165-171. In queste impostazioni l'evento non è esso stesso una condizione di punibilità, ma un momento di selezione del perimetro complessivo del reato dovuto a una valutazione di opportunità del punire, mentre il centro della colpevolezza e dell'illecito, peraltro, rimane definibile *ex ante*, quando si consumano veramente dolo e colpa. Ciò che accade dopo è estraneo al 'comportamento' conforme al tipo e potrà essere semplicemente 'imputato' secondo parametri oggettivi. Anche nell'omicidio, nelle lesioni, e in generale, il ruolo dell'evento sarebbe esterno al comportamento tipico.

penale), dunque, comprendeva una parte essenziale alla punibilità (era una quantificazione dell'insolvenza dichiarata!), ma non all'oggetto del dolo, che restava assai più anticipato nello *zoom* fotografico dell'*iter* del dissesto.

Compreso che siamo in un'alba concettuale, quella della distinzione tra danno e offesa, questo esito un po' terminologico di un evento-danno-offesa di tipo giuridico metteva in crisi e comunque in discussione le dogmatiche consolidate e l'apparente superamento della responsabilità oggettiva raggiunto con l'*escamotage* di definire il fallimento mera condizione 'estrinseca' di punibilità e il nucleo di disvalore penale tutto già presente nelle condotte anticipate: perché proprio quell'evento 'dichiarativo' e anzi dovuto (la sentenza), posteriore all'evento economico anticipato dalle condotte pericolose, era in realtà così decisivo, così imponente, così travolgente, che ridurne il significato a una condizione 'estrinseca' significava costringere l'ordinamento ad ammettere un conflitto permanente tra i due momenti (*ex ante* ed *ex post*), se rimanevano privi di un nesso di congruenza offensiva.

Vediamo più da vicino il nucleo di questo conflitto.

2. *La contraddizione etica e l'inefficienza economica della lettura tradizionale dell'evento-dissesto come mera (premessa di una) condizione di punibilità*

Sul piano culturale ed economico, l'evento condizionale costituito dalla sentenza dichiarativa ha sempre eluso il problema della moralità ed economicità della legge fallimentare.

Il diritto moderno dell'insolvenza non imputa al debitore il fallimento come una colpa, salvo casi eccezionali. Gli imputa tuttavia le 'colpe' pregresse, che lascia impunite finché non interviene un'insolvenza conclamata e irreversibile. Ma allora il dubbio è che si continui a punire semplicemente il fallito, non i fatti pregressi 'in sé', che senza fallimento vengono 'abbonati', salvo eccezioni per i reati autonomi realizzati di significato non concorsuale-fallimentare.

Il problema è il seguente[19]. Oggi si avverte un'insanabile contraddizione etica dietro questa tradizionale logica economica e di responsabilità oggettiva ad un tempo, che consiste in ciò: un fatto non può diventare 'illecito' per il verificarsi di un evento sopravvenuto e non imputabile, perché, salvo eccezioni, non si imputa l'evento-insolvenza.

[19] Per le considerazioni qui svolte v. già Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità»,* in «JUS», 2011, spec. pp. 52 ss.

Proprio per aggirare questa contraddizione la vecchia dogmatica sosteneva (in generale) che le condizioni di punibilità presupponevano un reato già completo, e la giurisprudenza, invece, sosteneva che la sentenza dichiarativa costituiva comunque un 'elemento essenziale' dei reati di bancarotta[20].

Eppure la vera alternativa non era nelle 'qualificazioni', ma nei *presupposti* e nel *contenuto* della responsabilità. Delle due l'una: o l'evento è imputabile, e allora si risponde per averlo cagionato – condotta *ex ante* pericolosa e dunque idonea a tale effetto – oppure non è imputabile, e allora ciò che rende illecita la condotta deve risiedere nel comportamento stesso o nella situazione in cui viene posto in essere *ex ante*, non nel risultato.

Se così è, si può anche ammettere che la pena sia sottoposta a qualche 'condizione', inessenziale all'offesa, 'estrinseca'[21], e tuttavia deve incentrarsi davvero sulla sola condotta, punire la sola condotta, ma resta il fatto che non si riesce a evitare che rimanga *una contraddizione profonda*: è infatti inconcepibile che si possa restare *impuniti per anni* per fatti che, se poi invece segue un evento fortuito e non imputabile – perché non imputiamo l'evento – comportano *pene di grande rilevanza*, come quelle previste per la bancarotta dolosa. Solo immaginando che l'evento-insolvenza spieghi un *ruolo centrale* si capisce «tutta la pena» *ex post*, e il «niente pena» *ex ante*[22].

[20] Rinvio sulla nota contrapposizione 'teorica' (perché in concreto la posizione della giurisprudenza non produceva risultati diversi da quelli della dottrina, salvo che questa valorizzasse davvero elementi di pericolo concreto) a E. Reccia, *La sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta prefallimentare*, Giappichelli, Torino 2018.

[21] Per la sentenza dichiarativa come condizione *estrinseca* si è espressa l'opinione dominante. Per tutti, Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito*, cit., pp. 17 ss.; Conti, *I reati fallimentari*, cit., pp. 118 ss. Rammento in senso contrario, per la qualificazione della sentenza dichiarativa come condizione "intrinseca" perché attualizza o concretizza l'offesa, Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., pp. 42; F. Bricola, voce: *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in «NssDI», XIV, 1967, p. 594, oltre alla posizione di F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II in *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, a cura di C.F. Grosso, Giuffrè, Milano 2008, p. 53. V. in senso analogo C. Santoriello, *I reati di bancarotta*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 27 ss.

[22] In tal senso i rilievi di Antolisei e di Santoriello meritano di essere ricordati. Il fatto è che solo la premessa sostanziale della sentenza dichiarativa (cioè il dissesto-insolvenza) è 'intrinseca' all'offesa, non la pronuncia in quanto tale. Questo rilievo non deve quindi condurre a giustificare la qualificazione della sentenza dichiarativa come elemento essenziale del reato (così G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, in «RIDPP», 2014, pp. 67 ss.), perché è essenziale il dissesto che la sentenza certifica, ed è essenziale in quanto punto di riferimento dell'imputazione oggettiva e soggettiva del reato (v. *infra*), a differenza della sua verifica giudiziale.

Per sanare la contraddizione la gravità delle pene doveva implicare o la punibilità anticipata o almeno il requisito di una congruenza offensiva tra il profilo *ex ante* (un fatto serio, grave, pericoloso) e quello *ex post* (un nesso non fortuito con la condotta). Altrimenti l'oggettivismo della responsabilità 'senza colpa' riemergeva a ogni piè sospinto.

Questa alternativa impegna anche l'interprete di oggi, alla luce dell'art. 27, co. 1, Cost., nel profilo della responsabilità per fatto proprio[23]. Vale a dire che si deve *quantomeno* rispondere di fatti il cui *disvalore concorsuale-fallimentare*, *non meramente patrimoniale*, fosse percepito o percepibile già al tempo della condotta che dichiariamo illecita.

Ci sarebbe altrimenti una discrasia tra il disvalore di azione tipizzato e l'evento, che non viene imputato, ma che serve per applicare la sanzione a fatti che potrebbero non avere nessun nesso di rischio o rapporto offensivo con questo evento.

Anche sul piano economico, e non solo etico-giuridico, la tradizione ci consegna un'eredità inefficiente del liberalismo classico.

L'idea era (ed è) che l'imprenditore rimaneva (rimane) libero di gestire a suo talento il patrimonio proprio o dell'impresa, purché riuscisse (o riesca) a non commettere reati comuni (per es. appropriazione indebita, reati tributari) o reati propri tipici del suo rischio professionale (per es. falso in bilancio, infedeltà patrimoniale, altri reati societari), per altro spesso gestibili in forme compositive (es. remissione di querela), ovvero occultabili, quando si rimane *in bonis*. Reati soprattutto spesso mai emergenti prima del dissesto, e dunque frequentemente prescritti o destinati alla prescrizione se scoperti dopo.

La risposta dell'ordinamento era dunque la seguente. Se l'imprenditore diventa insolvente paga per tutto quello che ha commesso, anche per quello di cui non può più rispondere a titolo di autonomo reato patrimoniale. Ne risponde a titolo di reato concorsuale; al contrario, se riesce a mantenere gli impegni e a godere di credito (posto che quando si gode di credito non si fallisce mai) quello che sarebbe potuto diventare o che potrebbe diventare delitto in caso di dissesto, si colloca invece in una sorta di 'zona franca', di diritto o almeno di fatto, priva di conseguenze reali, salvi i reati già autonomamente definiti come tali, scoperti e perseguibili.

Ciò assicura un ampio margine di manovra: libertà estrema se si riesce a conseguire il successo economico.

Pertanto, evitare il fallimento è o era l'unico *onere* dell'imprenditore

[23] Con specifico richiamo anche alla bancarotta, Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in «RIDPP», 2018, spec. pp. 1618 ss.

o dell'amministratore; il sistema economico-giuridico come contropartita garantiva o garantisce al proprietario dell'impresa o al *manager* la possibilità di affrontare e anche di azzardare *qualunque rischio*; questa era la logica tradizionale, classica.

Il *rischio di fatto consentito* era dunque amplissimo, perché anche un pericolo concreto di insolvenza poteva essere 'sanato *ex post*'. Viceversa, anche un rischio modestissimo di insolvenza *ex ante*, ma con qualche indebita sottrazione dell'attivo o aumento ingiustificato del passivo, poteva diventare delitto a posteriori, se si innestava su una sfortunata contingenza economica.

Certo, a conti fatti si diceva e si dice che le condotte di bancarotta erano e sono illecite già *ex ante*, vietate già *ex ante*. Ma se non sono perseguibili o perseguite, o di significato 'pre-fallimentare' quali effetti pratici e sostanza teorica ha questa qualificazione?

La *cultura dominante* ha sempre cercato di superare questa contraddizione, sostenendo che il comportamento dell'imprenditore, in realtà, è sì sanzionato solo a fallimento avvenuto, ma di fatto la sua condotta era già pressoché un 'reato' anche prima; se il fallimento è una condizione di punibilità, si dice, il fatto era già reato e di qui la qualificazione della sentenza dichiarativa come condizione obiettiva di punibilità (anche se la giurisprudenza non seguiva nominalmente questa qualificazione).

Però la contraddizione segnalata rimane palese, perché mentre prima del fallimento-liquidazione giudiziale tutto è possibile, dato che il ritorno *in bonis* prima di un *crack* santifica ogni distrazione, ogni dissipazione, ogni occultamento, ogni dissimulazione, ogni pagamento preferenziale, ogni precostituzione fraudolenta di titoli di prelazione, solo il tracollo rende definitivamente, ma in realtà soltanto *in quello specifico momento*, *punibili* quei comportamenti pregressi[24].

Avvertiamo poi un liberismo *inefficiente* anche in termini economici *dietro a questa logica*, perché il mercato ha bisogno di regole, che devono funzionare al tempo della condotta, e non può permettersi di sanzionare, se poi davvero ci riesce, solo gli insuccessi dopo che ha tollerato o autorizzato per anni comportamenti rovinosi, inconsulti e irragionevoli o anche solo imprudenti.

L'attuale riforma della disciplina del fallimento (ora liquidazione giudiziale) dopo la l. 155/2017 si muove esattamente nella direzione della

[24] L'insoddisfazione per l'impunità di reati patrimoniali non puniti né prima, perché rimasti ignoti, né poi, perché prescritti, e non più puniti a titolo oggettivo di bancarotta, potrebbe essere ridotta mediante l'aumento dei termini di prescrizione dei reati patrimoniali commessi nell'esercizio di una impresa.

compliance e dell'emersione anticipata della crisi d'impresa[25], al fine di consentire la prosecuzione delle attività, ciò che non potrà non condizionare l'interpretazione o la riforma dei reati fallimentari. Cambia un universo rappresentativo e culturale: ogni imprenditore sa che prima la crisi 'doveva' rimanere nascosta per continuare ad avere credito e contratti, mentre ora si ha il dovere di renderla palese.

3. *La giurisprudenza tradizionale e il suo disegno estensivo oggettivizzante*

Si riporta una massima di una decina di anni fa, espressiva di un indirizzo del tutto tradizionale.

> «Si è da tempo orientata, questa Corte, e in maniera sempre più costante (Sez. V, 22 aprile 1998, De Benedetti; Sez. V, 22 giugno 1990, Bordoni; Sez. V, 14 aprile 1987, Selli), nell'affermare che, nel reato di bancarotta fraudolenta (art. 216 l. fall.), i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza. Tutte le ipotesi alternative previste dalla norma si realizzano mediante condotte che determinano una *diminuzione del patrimonio*, diminuzione pregiudizievole per i creditori: per nessuna di queste ipotesi la legge richiede il nesso causale o psichico tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa, sicché né la previsione dell'insolvenza come effetto necessario, possibile, probabile dell'atto dispositivo, né la percezione della sua esistenza nel momento del compimento dell'atto possono essere condizioni essenziali ai fini dell'antigiuridicità penale della condotta»[26].

Si noti. Anche le più recenti SS.UU. 31 marzo 2016, Passarelli, 22474 (specificamente sulla rilevanza penale del falso qualitativo in comunicazioni sociali con successiva bancarotta societaria) hanno affermato lo *stesso principio della indifferenza temporale* della distanza dei fatti di bancarotta dal fallimento (§ 18.1 sent. cit.). È solo in tempi più ravvicinati che alcuni arresti hanno riconsiderato interamente il rapporto tra offensività e colpevolezza, secondo quanto statuito da Cass. Sez. V, 1° agosto 2017, Sgaramella, di cui si dirà da

[25] Dalla Commissione Trevisanato alla Commissione Rordorf in avanti. Cfr. già S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Giuffrè, Milano 2017, pp. 337 ss., pp. 349 ss.

[26] *Ivi*, p. 314.

presso[27]. Questo primo sguardo sulla giurisprudenza tradizionale restituisce la soluzione classica ai casi sopra ipotizzati. La distrazione consumata *ex ante* non poteva mai essere recuperata *ex post*, perché il caso governava la responsabilità successiva e una sottrazione di valore patrimoniale, non fallimentare all'epoca, poteva diventare di significato fallimentare in una ricostruzione tutta *a posteriori*.

Sottrazione patrimoniale e sottrazione fallimentare si confondevano nell'evento sfortunato del dissesto. I teorici della bancarotta come reato contro il patrimonio non potevano essere troppo soddisfatti: c'era *solo* una sottrazione patrimoniale alla quale era seguita fortuitamente e imprevedibilmente l'insolvenza. Questo *reato solo patrimoniale* conviveva dunque, "dentro" alla fattispecie, con il ben differente *reato concorsuale* dell'imprenditore che davvero agisce rovinosamente con condotte incompatibili con la garanzia dei creditori o per danneggiarli, «in vista dell'insolvenza». Due reati distinti, con oggetto giuridico e dolo incompatibili o comunque discordanti, sotto la medesima rubrica della "bancarotta fraudolenta" (art. 216 l. fall. 1942).

Vero è che la giurisprudenza, in questo modo, allargava i confini della bancarotta semplice, sempre patrimoniale, occupando tutti gli spazi, gli interstizi diremmo, lasciati liberi dalla tecnica legislativa frammentaria e casistica dell'art. 217 l. fall. 1942[28]. Non poteva farlo bene dentro all'art. 217, che era molto tassativo, e dunque operava *apparentemente* sul dolo eventuale: dato che il dolo eventuale *cambia la fattispecie* e non solo il suo elemento soggettivo, nel mentre criminalizza comportamenti che affrontano un livello di rischio incompatibile con una decisione protettiva di un determinato assetto di tutela, cui si deve peraltro aggiungere anche una corrispondente volontà e motivazione[29], ben diversa peraltro dalla 'frode'.

La bancarotta colposa (con qualche ipotesi magari anche volontaria, ma non fraudolenta e invece oggettivamente imprudente) conosce come noto locuzioni come le operazioni di 'pura sorte' le spese 'eccessive', la 'manifesta imprudenza', la 'grave imprudenza' e pure la 'grave colpa': locuzioni tutte

[27] Sulla più recente evoluzione cfr. R. Bricchetti, *La costruzione giurisprudenziale della bancarotta prefallimentare come reato condizionale a condotta realmente pericolosa per il bene giuridico tutelato*, in «DisCrimen», 24 settembre 2018 (poi in «GP»).

[28] Per una descrizione nota di questa tecnica cfr. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, cit., pp. 14 ss.; Conti, *I reati fallimentari*, cit., pp. 25 ss.; una positiva valutazione del metodo apparentemente casistico, ma in realtà 'frammentario', nella descrizione delle ipotesi colpose della bancarotta semplice, in *Reati commessi dal fallito*, cit., pp. 137 ss.

[29] Per questa ricostruzione cfr. con diverse motivazioni Donini, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza*, in «DPC», n. 1/2014, p. 78 ss., pp. 92 ss. (§§ 5 e 11 ss.); S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 122 ss., pp. 143 ss.

incompatibili con le sottrazioni patrimoniali compiute ad anni di distanza dalla crisi, salvo che le operazioni stesse non ne accelerino prevedibilmente l'insorgere. La giurisprudenza, tuttavia, attuava *un disegno ulteriore e ben diverso da quello del dolo eventuale dentro a una fattispecie di frode*. Nasceva infatti, nel contesto della fattispecie patrimoniale maggiore, un *reato nuovo* che allignava dentro a una ben determinata cultura: quella già descritta (*supra* § 3) della rilevanza penale dell'insuccesso, vera colpa sociale di chi è autorizzato a intraprendere rischiando senza regole. Mentre chi ha regole di condotta *ex ante* non può essere punito *ex post* se non le ha neppure violate, in realtà, unica regola, accanto a quelle di vera imprudenza contenute nella bancarotta semplice, era la seguente: qualunque condotta di sottrazione patrimoniale volontaria può diventare bancarotta se fallisci. Lo stesso elemento soggettivo, la vera decisione e motivazione dell'imprenditore, potevano essere accertati eventualmente, ma bastava che la condotta fosse stata consapevole di una semplice sottrazione. In questo modo, in realtà, anche un vero accertamento del dolo eventuale rimaneva eludibile per l'accusa, vista l'indifferenza del sistema di fronte al distacco tra condotta ed evento. L'esito era una forma occulta, ma visibile, di responsabilità oggettiva.

4. *La risposta ancora 'pre-costituzionale', ma di imputazione giuridica e lesività oggettiva, di Pietro Nuvolone e Cesare Pedrazzi*

Dalle questioni sopra sviluppate emergono con chiarezza alcuni nodi storici irrisolti della bancarotta che vanno al cuore del reato, ai quali la dottrina, ben prima del ripetersi incessante delle decisioni riportate al precedente §3, aveva offerto soluzioni di primario interesse.

In primo luogo si prospettava: 1) il problema storico della confusione fra illecito patrimoniale e illecito fallimentare-liquidatorio, tra danno e offesa. Seguiva da presso 2) il peso anomalo attribuito al sopravvenire fortuito di insolvenza e liquidazione (fallimento). La questione è a sua volta connessa alla: 3) assenza di una delimitazione del rischio illecito *ex ante* e della sua congruente realizzazione nella situazione finale. Il che comporta chiari 4) problemi di offensività – che cosa è offesa penale e danno civile-concorsuale – e poi 5) di colpevolezza, ma prima ancora di fatto proprio: che cosa è davvero attribuibile a chi ha distratto, dissipato etc., oltre a quanto ha appunto sottratto all'attivo o aggiunto al passivo, che cosa è *suum* di quello che rimane al tempo dell'insolvenza dichiarata.

Due interpretazioni principali sono state prospettate in dottrina per superare in parte le discrasie ora segnalate, muovendo da premesse diciamo 'pre-costituzionali', vale a dire da argomentazioni che non basavano sui principi costituzionali la loro fonte ultima. Quella di Pietro Nuvolone[30], e quella di Cesare Pedrazzi[31].

Può sembrare che si tratti di dottrine che si riferiscono a profili diversi, l'uno relativo al limite temporale di distanza tra condotta ed evento e l'altro relativo proprio all'offensività patrimoniale del reato. Ma sono in realtà due momenti del *medesimo* problema, affrontati in modo distinto, ma che dovranno invece essere ricollegati per raggiungere una soluzione unitaria (§ seg.)

Nuvolone, come noto, nel suo studio del 1955 sul diritto penale del fallimento muove dall'idea che esista un bene giuridico unitario, oggetto della tutela penale-concorsuale: un interesse pubblicistico-processuale «*al massimo soddisfacimento* di tutti i creditori secondo i criteri della *par condicio*»[32]. Poiché la punibilità è comunque subordinata alla sentenza dichiarativa, ciò significa per Nuvolone che non si tratta di mera tutela patrimoniale, che altrimenti potrebbe o dovrebbe intervenire prima dell'insolvenza dichiarata: l'interesse sarebbe dunque pubblicistico, non privatistico: un reato contro l'amministrazione della giustizia[33]. Ed è nel quadro di questa complessa cornice di interessi (diritti dei creditori e *par condicio*) che Nuvolone introduce un criterio di delimitazione offensiva: solo le condotte che si

[30] Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano 1955, pp. 23 ss., p. 28.

[31] Pedrazzi, *Art. 216*, in *Reati commessi dal fallito*, cit., pp. 11 ss.; Id., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., pp. 971 ss.

[32] Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 4, pp. 24 ss; Id., voce *Fallimento* (*Reati in materia di)*, in «ED», XVI, 1967, pp. 478 ss. Secondo Nuvolone sarebbe una conferma in tal senso il fatto che «la punibilità venga sempre (ad eccezione di un caso) *subordinata al verificarsi della dichiarazione di fallimento*: se fosse sufficiente l'esistenza di un danno patrimoniale, la condizione apparirebbe del tutto superflua dato che il danno si è verificato già prima» (*Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 25).

[33] V. pure Cocco, N*ota introduttiva agli artt. 216-237*,in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di C. Palazzo, C.E. Paliero, Cedam, Padova 2007, p. 1145, secondo il quale «è il sistema concorsuale vigente a porre un limite estremamente rigoroso al diritto di proprietà, che trova giustificazione anche nella natura non meramente patrimoniale del bene di categoria tutelato da tali fattispecie»; analogamente Santoriello, *I reati di bancarotta*, Giappichelli, Torino 2000, p. 8, secondo il quale il patrimonio dei creditori non può essere considerato il bene giuridico protetto dal momento che determinati comportamenti sono puniti (e dunque il bene-patrimonio sarebbe protetto) soltanto *dopo* l'accertamento giurisdizionale dell'insolvenza (*Ivi*, p. 9): un evento che pubblicizza e istituzionalizza la sfera degli interessi tutelati.

consumano in una '*zona di rischio penale*' possono aggredire il bene protetto, che non è appunto meramente patrimoniale. Il patrimonio ne risulta così offendibile, ma in chiave pubblicistica, funzionale alla procedura. Questo limite temporale, del resto, si applica anche ai *Buchdelikte*, alla bancarotta documentale, che non produce di per sé danni patrimoniali diretti.

Due argomenti sono stati opposti a questa tesi: l'eccessiva concretezza del pericolo e dell'avanzamento dell'*iter criminis*, che precluderebbe di punire condotte altrettanto meritevoli di sanzione, ma consumate prima di quella 'zona di rischio' o tali da averla semmai determinata come loro conseguenza; e poi la mancanza di dati testuali nella legge fallimentare e ora anche nella disciplina della crisi d'impresa: se il legislatore avesse inteso richiedere, ai fini della punibilità, un tale contesto, lo avrebbe fatto espressamente richiamando il 'dissesto' o la procedura come nelle ipotesi previste per la bancarotta semplice dagli artt. 217, comma 1, nn. 3 e 4 (oggi art. 323, co. 1 lett. d) ed e) CCII), per il ricorso abusivo al credito dall'art. 218, comma 1 (oggi art. 325 CCII), per la bancarotta societaria dolosa dall'art. 223, co. 2, lett. a) e b) l. fall. (ora 329, co. 2, lett. a) e b), e per quella colposa dall'art. 224, n. 2, l. fall. (oggi art. 330 lett. b) CCII).

Chiedere che si espliciti il dissesto quando è davvero oggetto di causazione non significa, peraltro, escludere la prospettiva del 'danno' là dove questo non coincida con il dissesto-insolvenza, ma solo con singole componenti quantitative di quel risultato economico complessivo.

Peraltro, la tesi di Nuvolone non postula un evento o una conseguenza, ma un contesto di rischio non più consentito, che quasi mai la legislazione, anche in tanti altri casi (per es. nei reati colposi) ha esplicitato, anche se lo ha spesso presupposto: tanto che oggi viene comunemente riconosciuto non solo nella colpa. Più in generale occorre sapere *ex ante* quando si sta superando una soglia di divieto, non impararlo se succede un disastro o crollo economico[34]. Solo così le norme sulla bancarotta diventano credibili precetti, rendendo comprensibile la materia del divieto e la successiva imputazione. Questo insegna Nuvolone.

La sua tesi non si misura peraltro con i risultati della condotta tipica, cioè con quanto debba poi residuare *ex post* nel 'danno concorsuale' di quella condotta.

[34] Con ampi riferimenti anche comparati cfr. *ex plurimis* V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 231 ss., p. 252 ss.; Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in «ED», Annali III, 2010, §§ 3, 4, 5; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano 2010, p. 6 ss., 168 ss., p. 422 ss.; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano 2018, pp. 394 ss., pp. 406-408.

L'offensività della bancarotta appare invece maggiormente ritagliata anche in termini di evento-risultato nella lettura strettamente patrimoniale di Cesare Pedrazzi.

Pedrazzi ricorda in modo persuasivo che la responsabilità per bancarotta non richiede nessun accertamento dei crediti in sede civile, nessuna previa verifica giurisdizionale. Per questo la tesi dell'offesa 'processuale' all'amministrazione della giustizia non è persuasiva[35]. Il successo economico della verifica dei crediti è frustrato dalla bancarotta, ma questo non basta a farne un delitto contro la procedura. Né convince che si tratti di un delitto contro l'economia, dato che gli effetti economici generali non sono 'nel tipo', ma sempre o eventuali o indiretti, e legati a specifiche realtà di impresa[36]. Si consideri poi, potremmo aggiungere, che oggi se esiste un contesto di pericolo per l'economia generale non è la liquidazione giudiziale, ma l'amministrazione straordinaria che provvede alla gestione delle relative procedure: segno che questo tipo di evento economico non è quello tipico delle normali bancarotte seguite dalle classiche procedure fallimentari. Esclusa anche la tesi della plurioffensività del reato, in quanto i plurimi interessi-scopo che rimangono sullo sfondo non aggiungono nulla alla delimitazione e definizione della tutela reale e tipicità effettiva dei fatti normati[37], per Pedrazzi non resta che ridefinire la tipicità della bancarotta in rapporto alla sua offensività di pericolo concreto rispetto agli interessi patrimoniali dei creditori[38]. Tale natura del bene giuridico protetto condiziona dapprincipio tutta la trattazione di Pedrazzi, imponendo poi le soluzioni successive[39].

[35] Pedrazzi, *Art. 216*, cit., pp. 9 ss., con particolare richiamo alla posizione di Nuvolone al riguardo (ma anche di Carnelutti, La Monica, Lanzi). V. anche Id., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., pp. 983 ss.

[36] Pedrazzi, *Art. 216*, cit., p. 8.

[37] Id., *Art. 216*, cit., pp. 10 ss. con riferimento alle tesi di Antolisei, Di Amato, Provinciali etc.

[38] *Ibidem*, 11 ss.; Id., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., pp. 971 ss.

[39] Pedrazzi comincia dunque la trattazione dei reati di bancarotta dal bene giuridico, prima ancora che dall'esegesi delle varie norme. Ciò è del tutto frequente nei commentari e nei manuali di parte speciale. Peraltro egli aveva redatto in precedenza un saggio specifico destinato a quel problema (Pedrazzi, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 971 ss.). Analogamente ora, per es., in relazione ai reati concorsuali, N. Pisani, *Crisi d'impresa e diritto penale*, Il Mulino, Bologna 2018, p. 15 ss. (cap. I); A. Rossi, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto penale,* a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano 2014, 10 ss.; Perdonò, *Profili generali*, in *I reati fallimentari*, a cura di A. Manna, G. Perdonò, N. Lionetti, in *Corso di diritto penale dell'impresa*[2], a cura di Manna, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, Lavis (TN), 2018, pp. 477 ss. Per

Si tratta peraltro, a differenza di Delitala, di patrimonio in senso anche economico, non di meri diritti patrimoniali. In particolare, ci si chiede se la lesività della bancarotta sia stata valutata una volta per tutte dal legislatore o vada verificata in concreto volta per volta[40]. Per Delitala era sufficiente una valutazione legale, e dunque di pericolo astratto che veniva peraltro qualificato come danno (giuridico). Pedrazzi ritiene che sia necessario «andare più in là»[41]. La tutela delle ragioni creditorie è un requisito di fattispecie, non una *ratio* della regola giuridica. Già la tutela civilistica di quelle ragioni, mediante le azioni revocatorie e surrogatorie, esige la concretezza del pericolo per i diritti di credito: come pensare che quella penale ne prescinda[42]? Gli atti di disposizione dei beni propri, per l'imprenditore, sono esercizio del diritto, che viene meno solo in presenza di un rischio di incapienza: ma non è una mera scriminante, è un limite interno alla stessa fattispecie della bancarotta patrimoniale[43]. Di qui la convergenza con l'idea di un'area di rischio penale presente nella lettura di Nuvolone[44]. Il livello sanzionatorio delle fattispecie, del resto, depone a favore di un pericolo concreto[45]. Posto che i reati di bancarotta documentale sono necessariamente meno legati al danno, ma più di pericolo[46], come entra, invece, il danno in quelli patrimoniali? Il problema è se la fattispecie 'postuli un ponte' tra il momento del pericolo *ex ante* e quello del danno che si consuma nell'insolvenza ma che non è richiesto abbia un nesso causale con la condotta[47]. La domanda è cruciale: il collegamento potrebbe riguardare il dissesto, che è nozione quantitativa, anziché l'insolvenza[48]. Di

una impostazione inversa sul piano del metodo, che individua il bene protetto all'esito dell'interpretazione, anziché all'inizio, A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, vol. IV, *I reati fallimentari*, Giappichelli, Torino 2019, p. 32 ss., pp. 66 ss. Il problema non ha soluzione teorica vera, essendoci come noto un 'circolo ermeneutico' tra il piano degli interessi tutelati e la lettura della regola che ne disciplina la tutela. Inevitabile che vi sia una precomprensione ermeneutica legata agli interessi già nella lettura della regola: del resto il bene giuridico ha una funzione ermeneutica e dunque deve per forza di cose illuminare l'interpretazione.

[40] Pedrazzi, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 987.

[41] *Ivi*, p. 988.

[42] *Ivi*, p. 990.

[43] Id., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 993.

[44] *Ivi*, p. 991.

[45] Pedrazzi, *Art. 216*, cit., pp. 12, 15.

[46] Id., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., p. 994.

[47] *Ivi*, p. 1000.

[48] *Ibid.*

fronte a questa possibilità Pedrazzi si arresta[49]. L'idea di un «ponte causale» tra condotte tipiche e danno finale, nella bancarotta, sarebbe contraddetta dal sistema, oltre a non risultare esplicitata nelle norme incriminatrici. La presenza della bancarotta documentale nella stessa incriminazione (l'art. 216 l. fall. del 1942), a motivo della sua sicura estraneità a collegamenti causali con un danno, renderebbe disomogeneo il requisito del danno nella coesistente fattispecie di bancarotta patrimoniale[50]. Tale esigenza potrebbe dunque essere valorizzata solo *de lege ferenda*, essendo le condotte della stessa bancarotta patrimoniale descritte in termini modali e non in funzione di un risultato esterno. Ecco perché, *de lege lata*, un danno ascrivibile alla singola condotta rileverebbe solo come circostanza. Basta dunque un mero pericolo, che del resto «semplifica l'accertamento dell'offensività in concreto, non richiedendo una verifica di nessi effettivi»[51].

In realtà, la lettura di Pedrazzi resta vincolata a una sensibilità costituzionale circoscritta. La Costituzione opera soprattutto come limite nella trattazione[52], mai come fondamento. Ciò ha rappresentato il limite storico ed ermeneutico di tutte le principali interpretazioni del Novecento in materia penale fallimentare, pensate nell'orizzonte della legge fallimentare del 1942.

Che le fattispecie di bancarotta 'patrimoniale' tutelino il patrimonio dell'impresa come garanzia dei creditori, è oggi riconoscimento diffuso. Gli altri eventuali interessi-scopo presenti nel raggio più allargato di tutela non hanno mai avuto la capacità di circoscrivere le condotte penalmente rilevanti e si rivelano essere o beni-scopo, oppure 'perifrasi concettuali' della fattispecie, e dei beni economici o giuridici di contorno, anziché oggetti giuridici specifici.

Va osservato al riguardo che il patrimonio che viene sicuramente in considerazione nello specchio della tutela è quello dell'impresa a favore della massa, non il diritto di credito dei singoli (neppure proteggibili *ex*

[49] *Ivi*, pp. 1001-1003.

[50] Id., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., pp. 1001 ss.

[51] Id., *Art. 216*, cit., p. 16.

[52] Per es. in ossequio al *nemo tenetur se detegere* e al diritto di difesa (art. 24 Cost.) la funzione dei *Buchdelikte* non può essere di precostituire la prova delle malefatte dell'imprenditore... (*Ivi*, pp. 982 ss.). Oppure la libertà di iniziativa economica impone (art. 41 Cost.) che i vincoli al patrimonio come garanzia siano modulati sulla situazione concreta di rischio di insolvenza, e non assolutizzati in vincoli a priori di tipo rigido (*Ivi*, p. 989). V. anche Id., *Incostituzionali le ipotesi di bancarotta?*, in «RIDPP», 1989, pp. 898 ss. (anche in *Scritti Nuvolone*, vol. II, Giuffrè, Milano 1991, pp. 341 ss.), poi in Id., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, cit., pp. 1005 ss.

post con azioni *civili* individuali, se non in assenza di costituzione della curatela, che è invece ammessa a favore della massa). Ciò vale anche se si dovessero seguire altre letture (minoritarie) legate a interessi 'aggiuntivi' (economia, procedura, fede pubblica etc.), che non potrebbero mai negare la protezione dei crediti. Ma non si tratta di un patrimonio costituito da meri 'diritti', di un patrimonio solo giuridico, quanto *anche economico*. Per questo di un vero danno può parlarsi solo a insolvenza dichiarata, che è «punto di emersione del danno patrimoniale»[53]. Anche la massa dei creditori non è protetta da rischi di mera disuguaglianza: la procedura concorsuale assicura questo interesse, ma non l'incriminazione della bancarotta, salvo quella preferenziale.

Superato lo schema ancora un po' formale della posizione originaria di Delitala, la stessa contrapposizione fra la lettura (pubblicistica) di Nuvolone e quella (privatistica) di Pedrazzi rimane più circoscritta, perché la sfera di rischio penale delimita esattamente le condotte lesive degli interessi patrimoniali dei creditori a quelle dotate di specifica idoneità offensiva *ex ante*, in relazione a quanto con altri termini indicato nella lettura di Pedrazzi.

Ciò premesso, non siamo ancora in un quadro argomentativo costituzionale, come detto, ma pre-costituzionale: si ragiona partendo dalla disciplina del 1942, ciò che lascia ancora scoperto il rapporto tra responsabilità per fatto proprio (rischio lecito *ex ante*, causalità, nesso di rischio *ex post*) e quella per fatto proprio colpevole (quale oggetto di dolo e colpa *ex ante*) che solo l'art. 27, co. 1 e 3, Cost. porta a lumeggiare pienamente.

5. *Le tappe successive*

Non è ora possibile per ragioni di spazio affrontare i successivi sviluppi. *I principali progetti di riforma del diritto penale fallimentare*, dal progetto Trevisanato (2004)[54], ai progetti dei Ds (2000, 2004)[55], al progetto

[53] Id., *Art. 216*, cit., 23.

[54] Secondo un *primo modello*, recepito dalla *commissione Trevisanato*, istituita con d.m. 27 febbraio 2004, che ha elaborato uno *schema di legge-delega* di riforma delle procedure concorsuali (in *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, a cura di A. Jorio, S. Fortunato, «GCM-quad», Giuffrè, Milano 2004, la fattispecie di bancarotta patrimoniale rimaneva incentrata sulla previsione dell'apertura del procedimento concorsuale come condizione obiettiva di punibilità, ma la responsabilità per le condotte distrattive, di dissipazione, occultamento etc. era legata o allo *stato di insolvenza* come presupposto della condotta *o al pericolo concreto* di tale situazione come suo evento (art. 210).

[55] Un *secondo modello di riforma* è stato prospettato dai *progetti parlamentari di area DS*, ori-

governativo del 2008[56], avevano previsto *che la situazione di insolvenza sia o la premessa* sotto la quale si agisce – cioè si agisce di fronte ad un pericolo o un'insolvenza pre-esistenti – *o la conseguenza della condotta*, in quanto la condotta *produce o aggrava il pericolo* dell'insolvenza *o il dissesto*. Non è mai stato chiaro, tuttavia, *se* queste formulazioni avessero in mente di fare della bancarotta un vero reato *di danno*: perché prevedere un evento non significa che il 'danno' entri nel fatto di reato (bastando un *evento di pericolo*), e soprattutto non significa ancora aver chiarito se il danno sia un *danno economico* o un *danno giuridico*, di insolvenza, o un danno alla mera differenza quantitativa (*in peius*) tra attivo e passivo occasionata da una sottrazione o dissipazione di rilevanza solo patrimoniale.

Ancora una decina di anni orsono chi scrive fotografava questo stato delle cose precostituzionale, a fronte dei ricordati progetti di riforma, mai giunti in porto, prospettando l'obiettivo generale (non solo in relazione al tema classico dell'evento della bancarotta) di una *costituzionalizzazione del diritto penale fallimentare, o meglio oggi della crisi d'impresa*[57]: perché restando ora al tema specifico qui affrontato, l'art. 27, co. 1, Cost. impone – al legislatore, ma anche all'interprete – che il fatto decisivo che attrae in sé il disvalore *sociale* della condotta – e dunque l'insolvenza o il dissesto cristallizzati nella sentenza dichiarativa, non solo la precedente condotta – e che ha inevitabilmente *un peso* sulla risposta dell'ordinamento, sia collegato alla condotta da parametri obiettivi di rischio e offensività e da criteri subiettivi di imputazione[58].

Le tappe che meritano almeno un cenno, dopo quanto ricordato, sono

ginariamente contenuti in una proposta di legge-delega del 10 febbraio 2000 (A.C. 6751), che nell'ultima versione (Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Fassino, Agostani, Violante, Visco, Finocchiaro, in *La riforma delle procedure concorsuali*, cit., pp. 305 ss., spec. art. 10) ha previsto semplicemente che le condotte cagionino o aggravino il dissesto, subordinando la 'punibilità' all'accertamento dello stato di insolvenza in sede civile.

[56] *Anche il disegno di legge-delega governativo n. 1741*, presentato alla Camera dei Deputati il *2 ottobre 2008*, dai Ministri Scajola, Tremonti, Alfano, Sacconi e Matteoli, conservava all'apertura della procedura concorsuale il ruolo di elemento condizionante il reato, contemplando, fra l'altro, all'art. 2, co. 4, lett. a), n. 1, l'ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale come una condotta che si verifica «contemporaneamente allo stato di insolvenza o al concreto pericolo del medesimo», oltre all'ipotesi di causazione intenzionale del dissesto *(ivi)*; lo stesso dicasi per la bancarotta preferenziale (lett. a), n. 3, *ivi*, quanto all'insolvenza-presupposto o al pericolo concreto della stessa.

[57] Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., pp. 36 ss.

[58] Lo si evidenziava anche nel precedente studio Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 138 ss.; Id., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, cit., pp. 699 ss.

l'esigenza di quella che in altra occasione abbiano definito come il requisito di *un vero 'nesso di rischio'* tra condotta *ex ante* e risultato *ex post*[59]. Un 'ponte', un elemento costitutivo del fatto proprio e di offensività, che si affianca, oppure si aggiunge al nesso causale e al collegamento tra *pericolo ex ante ed evento ex post*, e lo qualifica. Perché il nesso di rischio non coincide con una qualche causazione. Il *rischio illecito* è così collegato a *condotte di depauperamento* realizzate durante *uno stato di crisi*, oggi normativamente definito dalla l. 155/2017, come probabilità di futura insolvenza (art. 2, lett. c): situazione ancora reversibile, ma che lascia prevedere un esito di indebitamento incontrollabile.

Non è illecito lo stato di crisi, ma lo è un'uscita unilaterale, senza contropartita, di beni aziendali durante la sua esistenza o permanenza. Perché è questa uscita in quella situazione che crea un rischio di bancarotta, un rischio di natura 'fallimentare', non meramente patrimoniale.

È dal 2012 che la Corte di Cassazione ha cominciato a modificare il proprio indirizzo, ma solo dopo aver elaborato un nuovo orientamento in tema di 'bancarotta riparata'[60], una breccia nella giurisprudenza della Suprema Corte sulla bancarotta: da reato di pericolo presunto a reato non punibile senza danno. Sono seguite Cass. sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, Barbato, Cass. sez. V, n. 47502/2012, Corvetta, Cass. sez. V, 8 febbraio 2017, Santoro, Cass. sez. V, 24 marzo 2017, Palitta, Cass. sez. V, 1° agosto

[59] *Ibid.*; Id., *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari*, cit., pp. 54 ss. Vari autori aderiscono o si richiamano in diverso modo a questa impostazione (per es. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Giuffrè, Milano 2016, pp. 18 ss.; Id., *Diritto penale commerciale*, vol. IV. *I reati fallimentari*, cit., p. 58; Pisani, *Crisi d'impresa e diritto penale*, cit., pp. 40 ss.; A. Nisco, *Il nesso oggettivo tra bancarotta fraudolenta patrimoniale e insolvenza*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, a cura di Borsari, Padova University Press, Padova 2015, pp. 361 ss.; Id., *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni antecedenti,* in «RTDPE», 2015, pp. 865 ss.; F. Consulich, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in «LP», 20 maggio 2020, pp. 8 ss.; S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano 2019, pp. 157-159 e in partic. pp. 363-364. V. pure D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in «RTDPE», 2014, pp. 74 ss.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*[2], Giappichelli, Torino 2020, pp. 248 ss.). Il tema del nesso di rischio tra condotta illecita *ex ante* e risultato *ex post* di per sé non implica (presso tutti gli AA. ora cit.) la concezione (qui sostenuta) che *de lege lata* la bancarotta patrimoniale sia reato di danno qualificato dal pericolo.

[60] Per es. Cass. Sez. V, 21 settembre 2007, Bertorello e a.; Cass. Sez. V, 26 gennaio 2006, Arcari; Cass. Sez. V, 3 febbraio 2011, Cannavale, e già Cass. Sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni.

2017, Sgaramella, Cass. sez. V, 14 settembre 2017, n. 50081, Za.De.; Cass., sez. V, 2 ottobre 2018, Zazzini. Nel complesso, gli argomenti costituzionali sono cresciuti sempre più nelle riletture dalla Cassazione. Non c'è spazio ora per spiegare come si possa oggi sostenere, già *de lege lata* e *a fronte di incriminazioni immutate*, che la bancarotta patrimoniale è un *reato di danno qualificato dal pericolo*[61]. Decisivo è che non si accosti una qualche 'colpa' o un qualche 'dolo' *ex ante*, al danno *ex post*, occorrendo un nesso di rischio di tipo concorsuale, e non solo patrimoniale, tra i due momenti.

Uno snodo di questa evoluzione trova oggi il perno istituzionale più aggiornato nella 'nuova filosofia' della crisi d'impresa realizzata dopo il d.lgs. n. 14/2019 (CCII): la finalità davvero preventiva, cautelare, organizzativa, pedagogica, delle regole di gestione della crisi, è la migliore premessa della responsabilità personale, e nel contesto del principio di colpevolezza, superando un secolo di responsabilità oggettiva, comunque la si volesse mascherare, perché è ora chiaro che ciò che viene accollato *ex post* deve avere *ex ante* la sua spiegazione, non essendo *il pretesto*, *l'occasione* o *l'opportunità*, ma *la ragione* per cui si puniscono comportamenti di rilevanza (e quindi offensività) 'fallimentare', come tali inosservanti di regole preventive rispetto al rischio concretizzatosi nel dissesto.

[61] Si rinvia alla voce *Evento della bancarotta patrimoniale* in «ED», di prossima pubblicazione. Si tratta di rilettura, a base costituzionale, che approfondisce e porta a compimento gli scritti citati alle precedenti note 58-59. C'è larga convergenza anche con la ricostruzione di Antonio Fiorella, al quale è dedicato il presente scritto: per es. A. Fiorella, M. Masucci, *I delitti di bancarotta*, in *Trattato di diritto fallimentare e della altre procedure concorsuali*, a cura di F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 881 ss., che accanto al danno patrimoniale *ex post* ai creditori (insolvenza, dissesto o loro aggravamento), esige chiaramente (evocando Nuvolone) che la condotta sia stata posta in essere in una «zona di rischio penale» (*Ivi*, p. 891). In tal modo si qualifica l'offesa *ex post* con un requisito di personalità della responsabilità penale anche *ex ante*. Il raccordo tra punto di vista *ex ante* ed *ex post*, come noto, è il tratto caratterizzante dei temi da tempo discussi sotto le categorie del nesso di rischio e dell'imputazione oggettiva dell'evento. V. pure, sul 'danno', Alessandri, *Diritto penale commerciale*, vol. IV. *I reati fallimentari*, cit., pp. 58 ss.; in un contesto argomentativo diverso e con una persistente adesione alla sentenza dichiarativa come elemento costitutivo del reato (aspetto che ritengo peraltro ininfluente sulle questioni sostanziali qui discusse: costitutivo essendo semmai il presupposto della sentenza, cioè l'insolvenza-dissesto), Cocco, *Spunti sistematici sulla sanzione della causazione del dissesto*, in *Studi Lanzi*, Dike, Roma 2020, pp. 343 ss.; Id., *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, in «RIDPP», 2014, pp. 67 ss.

Luigi Foffani*

Per una codificazione possibile dei delitti in materia economica

Sommario: Introduzione e dedica – 2. La riforma dei reati d'impresa fra patrimonio ed economia – 3. Delitti patrimoniali e delitti economici: una differenziazione necessaria – 4. La prospettiva di una codificazione dei delitti economici: l'esperienza italiana e il diritto comparato – 5. L'autonomia dei delitti economici e la logica dei "sottosistemi": il nuovo principio della "riserva di codice" – 6. Una proposta di un nuovo titolo sui "delitti in materia economica" – 7. Considerazioni conclusive: verso un riconoscimento formale del primato del diritto penale codicistico.

1. *Introduzione e dedica*

Nel corso della sua carriera accademica *Antonio Fiorella* è sempre stato particolarmente attratto ed impegnato dai problemi della riforma e della ricodificazione del sistema penale: basti pensare alla sua partecipazione diretta alla commissione Pagliaro per l'elaborazione di un nuovo codice penale (1988-1991)[1] ed ai suoi ricorrenti e stimolanti contributi scientifici sul tema della riforma del codice e della materia penale nel suo insieme[2]. In considerazione di tale sua consolidata sensibilità per i problemi della riforma, abbinata ad una particolare competenza per la materia del diritto penale dell'economia e dell'impresa[3], mi sembra giusto riproporre e aggiornare in

* Ordinario di Diritto penale, Università degli studi di Modena e Reggio Emilia.

[1] Commissione presieduta da Antonio Pagliaro e composta da Franco Bricola, Antonio Fiorella, Ferrando Mantovani e Mario Romano. Il testo della proposta venne pubblicato in *Doc. Giust.*, 1992, fasc. 3, c. 441 ss.; in «IP», 1992, pp. 579 ss.; in «GP», 1994, II, c. 88 ss.; nonché nei «IP-quad.», con il titolo *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge delega al Governo*, CEDAM, Padova, 1993.

[2] Cfr. in particolare A. Fiorella, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, atti del XIX convegno "E. de Nicola", a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 265 ss.; Id., *La codificazione penale in Italia e le sue prospettive di riforma*, in «AP», 2019, n. 2, pp. 1 ss.

[3] A partire dalla sua fondamentale opera monografica: Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini, Firenze, 1985.

questa sede alcune considerazioni già svolte anni addietro[4] sulle prospettive di una futura possibile riconduzione della materia penale economica (o meglio, di una sua qualificata e selezionata componente) all'interno di una nuova codificazione penale orientata ai principi costituzionali ed alle esigenze di tutela di una società complessa del XXI secolo.

Del resto – temporaneamente esaurita la stagione delle ricorrenti commissioni ministeriali per l'elaborazione di un nuovo codice penale (dopo le esperienze dei progetti Pagliaro, Riz, Grosso, Nordio, Pisapia[5]) – la parola sembra ora passare alla dottrina, che mostra finalmente impegno per una autonoma opera di riflessione e proposta su una possibile riforma del codice: il riferimento va in particolare all'iniziativa intrapresa dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale, impegnata nell'elaborazione collettiva di una proposta di riforma codicistica, anche se per ora limitata al settore dei delitti contro la persona[6].

2. *La riforma dei reati d'impresa fra patrimonio ed economia*

La riforma dei reati d'impresa «*fra patrimonio ed economia*»: la prima opzione di fondo che si impone in una prospettiva di riforma è quella relativa all'individuazione e definizione del bene giuridico di categoria. Non sembra che possano esservi dubbi oggi, in sede scientifica, circa l'autonomia concettuale dei due termini – *patrimonio ed economia* – anche se la linea di demarcazione non può certo correre lungo il vecchio confine – ormai completamente inadeguato e fuorviante - tracciato dal codice Rocco, che si muoveva (e si muove, per quel poco che di vitale ancor rimane nel titolo VIII della parte speciale[7]) sulla falsariga di una aprioristica e ideologica

[4] L. Foffani, *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa*, in «RTDPE», 2007, pp. 751 ss.

[5] Cfr. da ultimo, nel corso della XVI legislatura, il d.d.l. n. 1043 del 24 settembre 2008, primo firmatario il sen. Casson.

[6] Cfr. i documenti su *La riforma dei delitti contro la persona*, pubblicati sulla pagina web dell'Associazione (*www.aipdp.it*).

[7] Cfr. in proposito la classica voce di C. Pedrazzi, *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in «ED», XIV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 278 ss. (ora anche in C. Pedrazzi, *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia: problemi generali, diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 3 ss.); v. anche G. Fornasari, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 1994; F. Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2004, pp. 53 ss.

contrapposizione fra pubblico e privato: da una parte l'economia, forzosamente qualificata ed irreggimentata come «economia pubblica», in una prospettiva marcatamente autoritaria e statalista, dall'altra il «patrimonio», concepito invece come il regno intangibile degli interessi privati individuali. In una prospettiva costituzionalmente orientata ed empiricamente fondata, che tenga conto della realtà economica attuale, la distinzione fra i due campi di materia deve invece riflettere una diversa ricostruzione dell'oggettività giuridica, per la quale si possono prendere a prestito le osservazioni formulate da Pedrazzi già una trentina d'anni or sono[8]: mentre i delitti contro il patrimonio riflettono una tutela della «ricchezza incorporata essenzialmente in beni materiali, siano essi mobili o immobili», i delitti economici guardano invece, tendenzialmente, ad una ricchezza «rappresentata da beni immateriali». È il moderno fenomeno della «finanziarizzazione della ricchezza»[9] ciò che determina, oggi, l'autonomia concettuale dei delitti economici rispetto ai classici delitti patrimoniali, con conseguente mutamento dello stesso referente costituzionalistico della tutela: dalla protezione della «proprietà» (art. 42 cost.) alla protezione del «risparmio» e dell'investimento (art. 47 cost.).

Nella prospettiva di una ipotetica riforma del codice penale sembra dunque opportuno tenere ferma la distinzione fra un titolo relativo alla tutela penale del patrimonio ed un titolo relativo ai «*delitti in materia economica*» (espressione quest'ultima da ritenersi preferibile rispetto a quella di «*delitti contro l'economia*» - che compariva invece nel progetto della commissione Pagliaro – se ed in quanto si consideri l'economia come luogo di disciplina e non come oggetto di tutela[10]). Si tratta di

[8] Pedrazzi, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari-problemi-prospettive*, atti del convegno di Palermo del 7-10 novembre 1991, a cura del Centro studi Cesare Terranova, Giuffrè, Milano, 1993, p. 351 (ora anche in Pedrazzi, *Diritto penale*, II, *Scritti di parte speciale. Reati contro il patrimonio, delitti contro la pubblica amministrazione, varia*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 385 ss.).

[9] Sui riflessi penali di tale fenomeno economico, in termini di genesi di nuovi beni giuridici che reclamano una tutela (anche) penale, cfr. inoltre G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2001, pp. 549-550.

[10] Sull'«economia come oggetto non di tutela, ma di disciplina», cfr. C. Pedrazzi, *Interessi economici e tutela penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile, Jovene, Napoli, 1985, p. 296 [ora anche in Pedrazzi, *Diritto penale*, III, cit. (nota 7), p. 188]. Per un'analoga osservazione – riferita specificamente al concetto di «mercato finanziario» - v. anche T. Padovani, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in «RIDPP», 1995, pp. 640-641 (ed in *Atti del IV Congresso nazionale di diritto penale. Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 82-83).

una distinzione che va mantenuta salda in linea di principio, pur nella consapevolezza che si tratta di confini mobili e storicamente condizionati. Paradigmatica, sotto questo profilo, la vicenda della riforma del delitto di usura (art. 644 c.p.)[11], nel quale oggi convivono due modelli nettamente contrapposti: l'usura intesa tradizionalmente come delitto patrimoniale-personalistico e l'usura intesa come delitto economico[12]; due modelli che potrebbero anche – e forse opportunamente – finire per separarsi, seguendo percorsi evolutivi e collocazioni normative distinte.

3. *Delitti patrimoniali e delitti economici: una differenziazione necessaria*

La differenziazione fra delitti contro il patrimonio e delitti in materia economica non nasce per amore di astratta concettualizzazione, ma deriva invece dal riscontro di realtà normative e storiche profondamente diverse, pur nella consapevolezza che si tratta di settori di intervento penale, dei quali l'uno (quello dei reati economici) rappresenta il frutto dell'evoluzione storica dell'altro (reati patrimoniali), una sorta di costola di Adamo che si distacca e assume vita propria ed autonoma. Ciò non esclude affatto, naturalmente, che alcuni delitti contro il patrimonio possano concretamente assumere, nella prassi, una dimensione di delitti economici, in alcuni casi concreti (pensiamo ad es. a talune truffe o appropriazioni indebite di rilevanti dimensioni e con una platea di vittime particolarmente ampia), ma – in linea teorica e sul piano della fattispecie astratta – delitti contro il patrimonio e delitti economici proteggono beni giuridici diversi (con una spiccata intonazione individualistico-personalistica nell'ambito patrimoniale, con un profilo istituzionale e sovraindividuale, invece, nell'ambito economico). I due settori utilizzano tecniche di tutela differenziate, con il tradizionale ricorso a delitti di danno in ambito patrimoniale ed un diffuso (se non esclusivo) ricorso, in ambito economico, a linee di tutela avanzate, con anticipazione della soglia di punibilità al pericolo astratto, alla tutela di funzioni, ecc.; con conseguenze profonde – e distinzioni piuttosto radicali

[11] Riforma realizzata con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 1992, n. 356) e con la successiva l. 7 marzo 1996, n. 108.

[12] Cfr. sul punto M. Bertolino, *Le opzioni penali in tema di usura: dal codice Rocco alla riforma del 1996*, in «RIDPP», 1997, pp. 774 ss.; Id., *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell'usura*, Giappichelli, Torino, 2010; sull'usura bancaria, in particolare, M.B. Magro, *Riflessioni penalistiche in tema di usura bancaria*, in «DPC-RT», 3, 2017, pp. 49 ss.

– in tema di operatività o meno del consenso, di ricorso alla perseguibilità a querela piuttosto che d'ufficio, di razionalità o meno della previsione di soglie quantitative di punibilità, ecc.

La distinzione è netta – sul piano dell'evoluzione storica e della razionalità politico-criminale – e quando il legislatore vuole offuscare i confini, o addirittura percorrere a ritroso il cammino della storia, riportando fra i delitti contro il patrimonio ciò che ormai appartiene alla sfera economica – come nella vicenda della riforma delle false comunicazioni sociali di inizio secolo (d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61) – gli esiti sono quanto mai sconcertanti ed equivalgono all'imposizione di una sorta di camicia di forza normativa[13].

4. *La prospettiva di una codificazione dei delitti economici: l'esperienza italiana e il diritto comparato*

Anche volendo prescindere dalla singolarità di quest'ultima vicenda, bisogna comunque rilevare come l'autonomia concettuale dei delitti economici fatichi a trovare un chiaro riconoscimento legislativo, ed ancor meno a trovare una collocazione precisa ed una chiarezza di contorni all'interno della legge penale fondamentale: anche in altri ordinamenti – fra quelli a noi maggiormente affini come ambito geografico e culturale - non è frequente rinvenire un titolo relativo ai delitti in materia economica, che sia realmente rappresentativo del nucleo essenziale di tale materia.

Così non è, ad esempio, in Germania, che pure ha conosciuto un significativo sviluppo normativo (oltre che una grande elaborazione scientifica[14]) del diritto penale dell'economia: sebbene il legislatore tedesco abbia assunto sovente un ruolo da pioniere, in Europa, nell'elaborazione di una moderna disciplina penale dell'«economia sociale di mercato (*soziale Marktwirtschaft*)»[15], nello *Strafgesetzbuch* tedesco non incontriamo

[13] Sulla "patrimonializzazione" e "privatizzazione" dell'intervento penale in materia societaria – con specifico riferimento alla fattispecie incriminatrice delle false comunicazioni sociali – rinvio a quanto scritto in occasione della riforma del 2002: Foffani, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda, S. Seminara, CEDAM, Padova, 2002, pp. 297 ss. Riforma oggi superata, come è noto, con la l. 27 maggio 2015, n. 69, che ha riformulato gli art. 2621 e 2622 c.c., espungendo in particolare qualsiasi riferimento all'evento di danno patrimoniale, alla perseguibilità a querela (salvo che per l'ipotesi privilegiata dell'art. 2621 *bis* comma 2 c.c.) e alle soglie quantitative di punibilità.

[14] Cfr. per tutti K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. ed., Vahlen, München, 2017.

[15] Si pensi ad es. all'introduzione, con la prima e la seconda legge per la lotta contro

un autonomo titolo sui reati economici[16], ma solo alcuni nuclei isolati (e sia pure estremamente importanti) di materie, come i reati fallimentari[17], diverse figure di frode nell'esercizio di attività economiche (frode nelle sovvenzioni, nel credito, negli investimenti di capitale, ecc.)[18], la fondamentale fattispecie di infedeltà patrimoniale[19] - in qualche modo a cavallo fra diritto penale patrimoniale e diritto penale economico[20] - e, infine, il nuovo titolo sui reati contro la concorrenza, creato *ex novo* con il *Korruptionsbekämpfungsgesetz* del 1999[21]. Tutto il resto – ossia, la massima

la criminalità economica (1. e 2. *WiKG* del 1976 e del 1986), di nuove fattispecie incriminatici come la frode nelle sovvenzioni, negli investimenti di capitale ed in materia informatica - e poi, successivamente, la creazione del nuovo titolo sui delitti contro la concorrenza (1999) - che hanno esercitato un ruolo di modello e di stimolo per molti legislatori europei ed extraeuropei; e si pensi al ricchissimo dibattito occasionato dai lavori preparatori di tali riforme (progetti governativi, progetti alternativi, proposte del *Deutscher Juristentag*, ecc.).

[16] Così come nemmeno incontriamo un titolo unitario sui delitti contro il patrimonio, bensì distinte sezioni – piuttosto eterogenee sotto il profilo dell'oggettività giuridica, che va sovente al di là del mero patrimonio - dedicate rispettivamente a «furto e appropriazione indebita» (sez. XIX), «rapina ed estorsione» (sez. XX), «favoreggiamento e ricettazione» (sez. XXI), «truffa e infedeltà patrimoniale» (sez. XXII).

[17] Sez. XXIV, «*Insolvenzstraftaten*», comprensivi delle fattispecie incriminatrici della bancarotta (§§ 283, 283° *StGB*), della violazione degli obblighi di contabilità (§ 283b *StGB*) e delle ipotesi di favoreggiamento dei creditori (equivalente alla nostra bancarotta preferenziale: § 283c *StGB*) e del debitore (§ 283d *StGB*).

[18] I c.d. «*Betrugsähnliche Delikte*»: frode nelle sovvenzioni («*Subventionsbetrug*»: § 264 *StGB*), nel credito («*Kreditbetrug*»: § 265b *StGB*), nelle assicurazioni («*Versicherungsmißbrauch*»: § 265 *StGB*), negli investimenti di capitale («*Kapitalanlagebetrug*»: § 264a *StGB*) ed in materia informatica («*Computerbetrug*»: § 263a *StGB*).

[19] «*Untreue*» (§ 266 *StGB*), alle quali sono state affiancate, con il 2. *WiKG* del 1986, le fattispecie incriminatrici della sottrazione ed appropriazione indebita di contributi sociali da parte del datore di lavoro («*Vorenthalten und Veruntreuen von Abeitsentgelt*»: § 266a *StGB*) e dell'abuso di carte assegni e di carte di credito («*Miβbrauch von Scheck- und Kreditkarten*»: § 266b *StGB*): c.d. «*Untreueähnliche Delikte*».

[20] Su questa ambivalente natura dell'oggettività giuridica dell'*Untreue* cfr. ad es. T. Rönnau, *Untreue als Wirtschaftsdelikt*, in «*ZStW*», 119 (2007), pp. 887 ss. Sulla fondamentale funzione dell'*Untreue* nell'ambito del diritto penale dell'economia cfr. per ulteriori riferimenti Foffani, *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, in *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 65. Geburtstag*, a cura di U. Sieber, G. Dannecker, U. Kindhäuser, J. Vogel e T. Walter, Heymanns, Köln-Berlin-München, 2008, pp. 767 ss.

[21] Si tratta della sez. XXVI del codice penale («*Straftaten gegen die Wettbewerb*»), che comprende le fattispecie incriminatrici degli accordi limitativi della concorrenza in materia di appalti («*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*»: § 298 *StGB*) e della corruzione passiva e attiva nelle relazioni commerciali («*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*»: § 299 *StGB*).

parte della materia penale economica - risiede invece, come in Italia (anche se in misura obiettivamente molto inferiore di quanto non si verifichi nel nostro ordinamento) al di fuori del codice penale, nell'universo normativo del *Nebenstrafrecht* (*und –ordnungswidrigkeitenrecht*)[22].

Nessuna presenza di reati economici si rinviene, addirittura, nel codice penale francese del 1994, che ha anzi incrementato il tradizionale processo di decodificazione del diritto penale dell'economia, trasferendo la disciplina della bancarotta dal codice alla legislazione speciale[23].

In Spagna, infine, se pure l'introduzione dei *delitos socioeconómicos* ha rappresentato una delle novità storiche più significative della parte speciale del codice penale del 1995[24], si è prescelta la soluzione di un titolo "calderone", che riunisce in un unico contenitore indistinto – come si legge testualmente nella rubrica (inutile e fuorviante) del titolo XIII della parte speciale[25] – i «delitti contro il patrimonio e contro l'ordine socioeconomico».

Gli esempi più nitidi di codificazione del diritto penale economico sono in realtà esempi che non hanno mai trovato una piena realizzazione normativa: mi riferisco, in special modo, all'*Alternativ-Entwurf Wirtschaftsstrafrecht* del 1977[26], che rappresenta un esempio insuperato di elaborazione scientifica della materia, tracciando una concreta proposta per la costruzione di un titolo codicistico sui reati economici; proposta che ha senz'altro ispirato il legislatore tedesco della riforma[27], ma che è stata da

[22] Per una complessiva panoramica di tale eterogeneo universo normativo extracodicistico, cfr. per tutti H. Buddendiek, Rutkowski, *Lexikon des Nebenstrafrechts*, 43. ed., Beck, München, 2020.

[23] Sulla tradizionale e consolidata tendenza del «*droit pénal des affaires*» francese a «prevedere le infrazioni al di fuori del codice penale e secondo le tecniche di un diritto penale di direzione», cfr. *Droit pénal des affaires*, a cura di M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, 4ª ed., PUF, Paris, 2000, p. 23.

[24] Cfr. ad es., in tal senso, F. Muñoz Conde, *Politica criminale e riforma del codice penale spagnolo. Cronaca di una storia incompiuta*, in *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, a cura di A.M. Stile, V. Mongillo , ESI, Napoli, 2021, pp. 81 ss.

[25] In senso critico nei confronti della scelta classificatoria operata dal legislatore spagnolo del 1995, cfr. ad es. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

[26] *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, a cura di E.J. Lampe, T. Lenckner, W. Stree, K. Tiedemann e U. Weber, Mohr (Siebeck) Tübingen, 1977.

[27] Come anche altri legislatori europei: v. ad es., per quanto riguarda l'esperienza della codificazione spagnola, C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, cit. (nota 25), pp. 33, 37, 43-45.

questi, in realtà, raccolta solo in parte con le due grandi leggi per la lotta alla criminalità economica (*WiKG*) del 1976 e del 1986[28].

In Italia, infine, l'unica vera proposta per la codificazione del diritto penale dell'economia si è avuta con il progetto Pagliaro del 1992, che prevedeva la costituzione di un titolo relativo ai «reati contro l'economia» (titolo VII dello «*Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*»): un titolo particolarmente ampio, destinato a ricomprendere i «reati contro le risorse economiche ambientali, la produzione ed il mercato», i «reati contro le finanze dello Stato», i «reati contro la circolazione monetaria», i «reati contro l'economia imprenditoriale», i «reati connessi alla costituzione ed organizzazione dell'impresa», i «reati contro la trasparenza economica dell'impresa» e, infine, i «reati fallimentari».

5. *L'autonomia dei delitti economici e la logica dei "sottosistemi": il nuovo principio della "riserva di codice"*

Ritornando all'osservazione di partenza di queste brevi note, va dunque ribadita l'autonomia (relativa finché si vuole, ma concettualmente chiara) delle sfere di tutela relative rispettivamente al patrimonio e all'economia. Per i reati economici, in particolare – molto più che per i reati patrimoniali, che corrispondono ad una categoria di matrice essenzialmente e tradizionalmente codicistica – si pone a questo punto il problema di una eventuale "ri-codificazione", ovverossia di stabilire se – ed in quale misura, e secondo quali criteri – possano essere ricondotte (o meglio, condotte per la prima volta) all'interno della parte speciale del codice penale, nella prospettiva generale di una ricodificazione globale, fattispecie nate e cresciute nel mare magno della legislazione complementare. Il diritto penale dell'economia è oggi il regno dei sottosistemi, di microcosmi normativi sviluppatisi secondo logiche settoriali ed in uno strettissimo rapporto con i sottostanti contesti normativi extrapenali[29].

Se questa è la base di partenza, l'idea guida per una prospettiva riformistica che ambisca a perseguire con realismo l'obiettivo di una nuova codificazione penale dovrebbe essere quella di riservare al codice una cerchia di delitti di maggior spessore, lasciando nell'universo extra-

[28] *1. und 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, rispettivamente del 1976 e del 1986.

[29] Sui «sottosistemi» cfr. ad es. G. Losappio, *Il sottosistema nel diritto penale: definizioni e ridefinizione*, in «IP», 2005, pp. 7 ss.

codicistico – possibilmente organizzato razionalmente in sottosistemi – un illecito penale minore, comunque qualificato e denominato, ma pur sempre penale[30]. Anche l'illecito amministrativo in materia economica rimarrà certamente presente in forze, e probabilmente non sono da prevedersi travasi massicci di fattispecie nella direzione della depenalizzazione: a favore del mantenimento di una sfera significativa di criminalizzazione giocano tanti fattori, anche di natura simbolica, che – in questa particolare contingenza storica – appaiono tutt'altro che trascurabili.

La legislazione complementare rimarrà dunque, giocoforza, il luogo quantitativamente preponderante dell'intervento penale nell'economia, ma la novità per il futuro codice potrebbe – e, a mio giudizio, dovrebbe – essere rappresentata da una selezione di un certo numero di fattispecie destinate a comporre un nuovo (ed inedito, nella storia del nostro sistema penale) titolo di «*delitti in materia economica*» (ovvero «delitti d'impresa», o «relativi all'attività d'impresa»; nulla a che vedere, ovviamente, con la vecchia categoria dei delitti contro l'economia pubblica).

Difficilmente praticabile mi pare invece la diversa – e teoricamente possibile – opzione di procedere alla redazione di una sorta di testo unico delle leggi penali in materia economica, una sorta di *codice penale dell'impresa* (qualcosa di simile esiste solo – a quanto mi consta – nell'ordinamento olandese[31]). Si tratterebbe infatti di una raccolta troppo eterogenea – se davvero pretendesse di esaurire i contorni della materia penale economica e non potrebbe evitare i guasti e i problemi derivanti da una rescissione di tale materia dalle sue radici extrapenali.

Differente è invece la prospettiva che qui si suggerisce, che vorrebbe attribuire al codificatore penale il compito di "cogliere fior da fiore"

[30] Cfr. in tal senso, in particolare, M. Donini, *Per un codice penale di mille incriminazioni. Progetto realistico di depenalizzazione all'interno di un quadro del "sistema"*, in «DPP», 2000, pp. 1652 ss.; Id., *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in «IP», 2000, pp. 657 ss. ed in *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, a cura di M. Donini, CEDAM, Padova, 2000, pp. 3 ss. Entrambi i saggi sono stati successivamente pubblicati anche in Donini, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, CEDAM, Padova, 2003, pp. 166 ss. e 219 ss. Da ultimo, dello stesso autore, v. anche M. Donini, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *Politica criminale*, cit. (nota 24), pp. 169 ss.

[31] Si tratta del *Wet op de economische delicten (WED)*, entrato in vigore il 1° maggio 1951 e nell'ambito del quale è racchiusa la massima parte del diritto penale dell'economia dei Paesi Bassi (ma con importanti eccezioni, come ad es. i reati tributari): cfr. in proposito O. Jansen, *La legge olandese sui reati economici festeggia il suo cinquantesimo anniversario*, in «RTDPE», 2002, pp. 123 ss.

nell'ambito del diritto penale dell'economia, selezionando le fattispecie più significative (e più codificabili, da un punto di vista strutturale e funzionale), lasciando tutto il resto – compresa la scelta autonoma in ordine all'introduzione o al mantenimento dell'opzione penale – alla legislazione complementare. Una scelta nettamente diversa – come si ricorderà – rispetto a quella perseguita a suo tempo dal progetto Pagliaro, che – con l'art. 13 delle disposizioni di coordinamento[32] – avrebbe preteso invece di "tagliare l'erba sotto i piedi" alla legislazione complementare, chiamata ad essere espressamente confermata dal legislatore con un provvedimento *ad hoc* o a sparire dal panorama normativo[33]. Una scelta oggi pienamente coerente, invece, con il nuovo principio della "*riserva di codice*" introdotto nell'art. 3 *bis* c.p. dalla riforma Orlando del 2018 (d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21)[34], il quale – pur senza avere il rango e la forza

[32] Art. 13 (*Leggi speciali*): «Al fine di assicurare la centralità del codice penale, nei casi in cui il fatto è preveduto come reato dal codice e da leggi speciali preesistenti, stabilire la non applicabilità di queste, salvo che siano state confermate con leggi delegate, da emanare nel tempo indicato per l'entrata in vigore del codice medesimo».

[33] Si trattava di una norma che perseguiva evidentemente l'obiettivo di «sfoltire radicalmente l'abnorme sviluppo della legislazione speciale», attraverso una soluzione tecnica «di grande portata innovativa» (A. Pagliaro, *Valori e principi nella bozza italiana di legge delega per un nuovo codice penale*, in «RIDPP», 1994, p. 382; V. Militello, *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione". Progetti e nuovi codici penali in Francia, Italia, Spagna, Inghilterra*, *ivi*, 1995, p. 799 e nota 147), tale da condurre – in ipotesi - ad «un sistema penale radicalmente semplificato» (*Relazione. Principi generali della parte speciale*, in *Doc. giust.*, 1992, c. 408). Sarebbe stato difficile, tuttavia, pronosticare – anche a causa della perentorietà e brevità del termine proposto - che l'ipotetico risultato finale potesse effettivamente corrispondere ad una razionale e consapevole scelta politico-criminale, e non ad un confuso ed affrettato rincorrersi di leggine confermative (o ripristinatorie) e depenalizzazione di massa. La soluzione *tranchant* elaborata dal progetto del 1992 appariva dunque «molto importante in linea di principio, ma di difficile attuabilità pratica» (G. Fiandaca, *La parte speciale tra codificazione e legislazione penale speciale*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, a cura del CNPDS, Giuffrè, Milano, 1996, p. 255, il quale esprime «un forte scetticismo sulla possibilità che una nuova codificazione riesca per lungo tempo ad arrestare movimenti centrifughi dal codice, interrompendo il continuo flusso delle leggi penali speciali e il conseguente fenomeno di cosiddetta decodificazione»), «tanto rivoluzionaria per il passato, […] quanto forse velleitaria per il futuro» (F.C. Palazzo, *Certezza del diritto e codificazione penale*, in «PolDir.», 1993, pp. 382-383): un tentativo «di immettere una versione giusermeneutica del rasoio di Occam nei già cervellotici congegni del concorso di norme» (C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in «RIDPP», 1994, p. 1224).

[34] Sul nuovo principio della "riserva di codice" cfr. in particolare M. Donini, *L'art. 3* bis *c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in «DPP», 2018, pp. 431 ss.; Id., *La riserva di codice (art. 3*-bis *c.p.) tra democrazia normante e principi*

costituzionale che avrebbe avuto l'art. 129 comma 4 del *Testo del Progetto di legge costituzionale* approvato nel 1997 dalla commissione bicamerale ("*Commissione parlamentare per le riforme costituzionali*") istituita dalla l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1 - impegna il futuro legislatore ad introdurre nuove norme penali solo in sede di modifica del codice penale ovvero, in alternativa, nell'ambito di "leggi che disciplinano in modo organico la materia"; e tali sarebbero certamente i corpi normativi espressivi di quella logica dei "sottosistemi" sopra indicata (ad es. il codice civile in relazione ai reati societari, il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in relazione ai reati *ex*-fallimentari, i testi unici bancario e dell'intermediazione finanziaria in relazione alle disposizioni penali ivi contenute, ecc.).

6. *Una proposta di un nuovo titolo sui "delitti in materia economica"*

In una prospettiva di riforma, pertanto, che punta inevitabilmente alla convivenza e all'integrazione fra codice e legislazione complementare, è opportuno provare ad indicare quelle che potrebbero essere le concrete linee guida per la costruzione di un titolo codicistico sui «*delitti in materia economica*». Il titolo – secondo l'ipotesi di lavoro qui seguita – potrebbe contenere sette capi.

In apertura del titolo sarebbero da collocare in un capo I i «*delitti in materia di crisi dell'impresa*», destinati a ricomprendere le fattispecie di bancarotta, in forma dolosa e colposa[35]: sia per ragioni di anzianità storica e consolidamento della materia, sia per la rilevanza degli interessi in gioco e la gravità degli illeciti (che dovrebbe continuare a trovare adeguato riscontro anche sul piano del trattamento sanzionatorio), la bancarotta dovrebbe rimanere anche in un futuro codice come il pilastro del nuovo diritto penale dell'economia.

Nel capo II potrebbero essere collocati i «*delitti in materia di gestione dell'impresa societaria*», che potrebbero essere circoscritti – in sede codicistica – ai soli delitti di false comunicazioni sociali e di infedeltà

costituzionali. Apertura di un dibattito, in «LP», 20 novembre 2018, pp. 6 ss.; M. Papa, *Dal codice penale "scheumorfico" alle* playlist. *Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in «DPC», n. 5/2018, pp. 136 ss.; C.E. Paliero, *"Riserva di codice" e riprogettazione della Parte speciale*, in a cura di A.M. Stile, V. Mongillo (a cura di), *Politica criminale*, cit. (nota 24), pp. 207 ss.

[35] Fattispecie attualmente previste dagli art. 216, 217, 223 e 224 l. fall.

patrimoniale[36]. Si tratta infatti senz'altro delle due fattispecie più importanti e significative della materia societaria: previsioni normative che coinvolgono beni giuridici essenziali per il fondamento di un'economia di mercato, precetti comportamentali che si rivolgono ai destinatari senza particolari mediazioni di attività amministrative di gestione dei beni giuridici. Tutto il resto della materia societaria dovrebbe invece rimanere nella legislazione complementare, debitamente ripartito fra illecito amministrativo e illecito penale nell'ambito di un modello integrato e dinamico, dai confini mobili. Questo dovrebbe valere, in particolare, per la tutela di beni importanti, ma meno consolidati (come, ad esempio, il capitale sociale) e la cui protezione è stata tradizionalmente affidata (soprattutto prima della riforma dei reati societari del 2002[37]) ad una rete fittissima di prescrizioni che si prestano idealmente ad essere distribuite fra amministrativo e penale[38].

Nel capo III andrebbero incluse le figure degli «*abusi di mercato*», ossia le fattispecie incriminatici – più volte riformate su impulso della normativa europea – dell'abuso di informazioni privilegiate (*insider trading*) e delle manipolazioni del mercato[39].

Nel capo IV potrebbero trovare posto quelli che definirei come i «*delitti in materia di finanziamento del mercato*»: qui potrebbero inserirsi, essenzialmente, le frodi nelle pubbliche sovvenzioni, costruendo una fattispecie incriminatrice che riformuli e unifichi le figure di reato attualmente comprese negli art. 640 *bis* (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), 316 *bis* (malversazione a danno dello Stato) e 316 *ter* (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato) del vigente codice penale. E nell'ambito di questo stesso capo potrebbe eventualmente pensarsi alla creazione di una inedita figura di «abuso del credito», sulla falsariga di una proposta già formulata in uno

[36] Oggi previsti, dopo le riforme dei reati societari realizzate con il d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61 e con il d.lgs. 27 maggio 2015 n. 69, dagli art. 2621-2622 e 2634 c.c.

[37] V. in proposito, con lo sguardo rivolto alla disciplina precedente alla riforma di inizio secolo, C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2ª ed. agg., Monduzzi, Bologna, 2000, pp. 256 ss.; V. Napoleoni, *I reati societari*, vol. I, *La tutela penale del capitale sociale*, Giuffrè, Milano, 1991.

[38] Si vedano ad es. le ipotesi previste dagli art. 2626 («indebita restituzione dei conferimenti»), 2627 («illegale ripartizione degli utili e delle riserve»), 2628 («illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante»), 2629 («operazioni in pregiudizio dei creditori»), 2632 c.c. («formazione fittizia del capitale»).

[39] Cfr. gli art. 184 e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), così come novellati dalla l. 18 aprile 2005, n. 62 e dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107.

dei progetti di riforma della disciplina della crisi d'impresa presentati in Parlamento nel corso della XIV legislatura[40].

Nel capo V potrebbero prevedersi i «*delitti contro la concorrenza*»: beninteso, la protezione di tale bene giuridico dovrebbe anche nel futuro continuare a fondarsi essenzialmente su strumenti e modalità extrapenali, affidati alla gestione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato[41]; tuttavia, un circoscritto riconoscimento penalistico di tale bene giuridico potrebbe essere raccomandabile ed opportuno, inserendo all'interno del codice penale – seguendo l'esempio del legislatore tedesco – le fattispecie incriminatici della corruzione nel settore privato – introdotta nel nostro ordinamento (art. 2635 c.c.) e già più volte modificata, sulla base di una cospicua serie di iniziative sovranazionali[42] – e delle frodi nei pubblici appalti.

Nel capo VI dovrebbero essere collocati i «*delitti contro le funzioni di vigilanza del mercato*», fra i quali andrebbero ricompresi l'accesso abusivo ai mercati regolamentati (vale dire, l'esercizio abusivo di attività bancaria e finanziaria[43]) e l'ostacolato esercizio delle funzioni di vigilanza, formulato naturalmente in termini molto più chiari e tassativi che non nell'attuale art. 2638 c.c. La protezione delle autorità amministrative indipendenti, così importante nell'attuale assetto istituzionale dei mercati, dovrebbe così collocarsi a cavallo fra tutela amministrativa (una sorta di

[40] Art. 10, lett. a), n. 4 del disegno di legge n. 5171 (Agostini e altri) presentato alla Camera dei deputati nel settembre 2004.

[41] Come nella disciplina attualmente prevista dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

[42] Si vedano la decisione quadro dell'Unione europea 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato (e nello stesso senso la precedente azione comune 98/742/GAI del 22 dicembre 1998), così come gli art. 7 e 8 della convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, e l'art. 21 della convenzione ONU contro la corruzione del 2003. Su tali iniziative e, più in generale, sulla tematica della corruzione nel settore privato, cfr. in particolare *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. Acquaroli, L. Foffani, Giuffrè, Milano, 2003. Sulla versione attuale della fattispecie incriminatrice – risultante dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 - cfr. A. Melchionda, *La nuova dimensione tipica del delitto di "corruzione tra privati" dopo la riforma "spazzacorrotti": l'esito di una metamorfosi ancora viziata ed incompiuta*, in «SP», 12/2019, pp. 73 ss.; Foffani, *La corruzione tra privati 20 anni dopo*, in *Scritti in onore di Gaetano Insolera*, Aracne, 2021, pp. 721 ss.

[43] Oggi disciplinato, in termini estremamente frammentati e non sempre coerenti, dagli art. 130-132 *bis* d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) e dall'art. 166 t.u.fin. (per il settore dell'intermediazione finanziaria).

autotutela gestita dalla stessa autorità) e eterotutela penale: una limitata e selezionata quota di intervento penale è a mio avviso raccomandabile, per ragioni di equilibrio di poteri e per evitare di trasformare queste autorità amministrative indipendenti in organi onnipotenti che prescrivono, controllano e sanzionano[44].

Nel capo VII, infine – a chiusura dello schema – dovrebbero prevedersi i «*delitti contro l'integrità del mercato*», nell'ambito del quale andrebbero ricomprese fattispecie come l'usura e il riciclaggio, già oggi previste all'interno della parte speciale del codice penale (art. 644 e 648 *bis* c.p.) e che andrebbero concepite essenzialmente in una prospettiva di difesa dell'economia legale contro le infiltrazioni della criminalità organizzata.

7. *Considerazioni conclusive: verso un riconoscimento formale del primato del diritto penale codicistico?*

Un'ultima, brevissima notazione conclusiva. Nella prospettiva qui seguita, di un codice penale concepito come una sorta di "*costituzione negativa*", e di una fondamentale *bipartizione* degli illeciti penali (un illecito maggiore nel codice, un illecito minore nella legislazione complementare), il cerchio dovrebbe inevitabilmente chiudersi – come già si è avuto modo di puntualizzare in precedenti occasioni[45] - con l'introduzione di una qualche sanzione istituzionale (anche a livello costituzionale) del primato del diritto penale codicistico, vale a dire del vertice della piramide:

a) in primo luogo, una *distinzione di arsenale sanzionatorio* (ad esempio: limitazione della libertà solo nel diritto penale del codice);

b) in secondo luogo, una *riserva di legge rafforzata*, ma più sul modello spagnolo, che non su quello del già ricordato art. 129 del progetto di riforma costituzionale elaborato nel corso della XIII legislatura dalla apposita

[44] Sull'attuale fattispecie incriminatrice dell'ostacolo alle funzioni di vigilanza (art. 2638 c.c.), cfr. da ultimo L. Cornacchia, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza*, in «GCM», 2017, I, pp. 69 ss.; L. Messori, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza. Orientamenti (e disorientamenti) giurisprudenziali nell'applicazione dell'art. 2638 c.c.*, in «AP», 3/2020, pp. 1 ss. .

[45] Foffani, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello "policentrico" a un modello "piramidale"*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini , Giuffrè, Milano, 2003, pp. 293 ss. (spec. pp. 304-305); Id., *Tra patrimonio ed economia*, cit. (nota 4), pp. 762 ss.

commissione bicamerale e dell'attuale art. 3 *bis* c.p.[46]: in altri termini, non una riserva di codice o di legge organica – anche per l'ineliminabile margine di indeterminatezza dei confini dell'"organicità" – ma piuttosto l'esigenza (sia pure estremamente costosa e complessa, nell'incerto quadro politico del presente momento storico) di una maggioranza parlamentare qualificata per il diritto penale codicistico, che sancisca anche formalmente la centralità dei beni e delle condotte contemplate dal codice.

[46] La «*reserva de ley orgánica*», in Spagna, trova il suo fondamento nell'art. 81 della Costituzione del 1978 e riguarda tutte e soltanto quelle materie «relative allo sviluppo dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche»; quindi, non la *sola* materia penale, né *tutta* la materia penale: non vi rientrano, infatti – secondo la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* [criticata peraltro dalla maggior parte della dottrina: cfr. per i riferimenti L. Foffani, M.J. Pifarré de Moner, *La legislazione penale speciale in Spagna*, in *La riforma della legislazione penale complementare*, cit. (nota 30), pp. 206-207 e nota 51] – quelle norme penali che non prevedano – nemmeno attraverso i meccanismi di conversione – sanzioni limitative della libertà personale o di altri diritti fondamentali della persona (libertà di movimento, diritto di voto, ecc.). Inoltre, e soprattutto, il concetto di «*ley orgánica*» alla quale allude la norma costituzionale spagnola non ha alcun connotato sostanziale, nel senso di legge che disciplina organicamente una data materia, bensì esclusivamente una natura procedurale, nel senso che «l'approvazione, la modifica o l'abrogazione delle leggi organiche richiede la maggioranza assoluta del Congresso, in una votazione finale sopra il progetto nel suo insieme» (art. 81.2 CE). Completamente diverso, invece, il significato della «*riserva di legge organica*» alla quale alludeva l'art. 129 comma 4 del progetto di riforma della Costituzione italiana approvato dalla Commissione bicamerale nell'ottobre 1997 – e al quale allude oggi il nuovo art. 3 *bis* c.p. - ai sensi del quale «nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono». Sulla progettata riforma costituzionale e sul suo (ipotetico) impatto sul sistema penale italiano, cfr. in particolare Donini, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in «CD», 1998, pp. 95 ss. [ora anche in Donini, *Alla ricerca di un disegno*, cit. (nota 29), pp. 67 ss.; cfr. sul punto spec. pp. 106 ss.]; L. Ferrajoli, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, a cura di AA. VV., CEDAM, Padova, 2001, pp. 27 ss.

Désirée Fondaroli*

L'attività di vigilanza della Consob tra tutele e violazioni delle garanzie fondamentali

Sommario: 1. Il potere 'sovrano' della Consob – 2. (*Segue*) … e le relative fonti di responsabilità – 3. Sanzioni punitive a tutela dell'attività di vigilanza della Consob (e della Banca d'Italia) – 4. l diritto al silenzio e la violazione del principio di tassatività/determinatezza della fattispecie punitiva (art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f.)

1. *Il potere 'sovrano' della Consob*

La garanzia dell''efficienza' e 'stabilità' del mercato è affidata in massima parte alla Consob e alla Banca d'Italia, secondo una ripartizione di competenze su base funzionale[1], ovvero organismi di vigilanza e controllo affiancati, in una prospettiva di contrasto alla criminalità finanziaria 'transnazionale' o addirittura 'anazionale', da un Vigilante 'sovranazionale'.

L'istituzione di un''autorità indipendente' del tipo della Consob[2], come successivamente rilevato anche a proposito dell'ANAC per la sua incidenza sull'attività economica[3], pone un duplice ordine di questioni, oltre a quella relativa al meccanismo di 'reclutamento' dei componenti dell'organismo garante. Per un verso, il tema della concentrazione in unico soggetto, pensato come 'indipendente', di funzioni (normativa, esecutiva, investigativa, sanzionatoria) attribuite in via generale del sistema dello Stato di diritto a poteri collocati in posizione di reciproco controllo; per l'altro, il problema della natura (prevalentemente pubblicistica) assunta dall'Autorità garante nello svolgimento delle proprie funzioni di controllo.

* Ordinaria di Diritto penale, Bologna.

[1] S. Seminara, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, in *Diritto penale commerciale,* vol. III, Giappichelli, Torino 2018, p. 7 e pp. 49 ss.

[2] Riconosciuta dalla VI Sez. del Consiglio di Stato, 31 ottobre 2011, n. 5817, dopo il parere consultivo n. 1721, emesso nel medesimo senso nell'Adunanza plenaria del 6 maggio 2011.

[3] F. Sgubbi, T. Guerini, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in «DPC», 24 settembre 2014.

Il modello dell'eteroregolazione' rappresenta un tratto comune del processo di delegificazione che interessa l'ordinamento vigente; come pure il rinvio a fonti secondarie, delimitanti il confine tra lecito ed illecito, sempre problematico nella prospettiva penalistica[4]. Ma le peculiarità che caratterizzano le autorità indipendenti risultano particolarmente rafforzate ed amplificate nel caso della Consob[5], che (come la Banca d'Italia) fornisce di contenuto illeciti amministrativi sostanzialmente in bianco[6].

Alla Commissione è riconosciuta considerevole autonomia organizzativa e funzionale, anche sul piano finanziario, al fine di garantire la tutela degli interessi dei risparmiatori e degli investitori nonché delle stesse imprese e degli operatori professionali.

In relazione all'ampio ambito di vigilanza sulla organizzazione e funzionamento del mercato finanziario e delle negoziazioni nonché sulla tutela degli investitori i destinatari dei controlli della Consob[7] sono i mercati finanziari, gli intermediari e gli emittenti ed altri soggetti equiparati, mentre i poteri investigativi si spiegano nei confronti di chiunque possa essere informato di fatti di interesse (art. 187-*octies* t.u.f.).

In prospettiva di adeguamento alle fonti normative europee si registra una accentuazione dei poteri paragiudiziari e paragiurisdizionali della Consob, da cui deriva, nel settore dei mercati mobilari, l'abdicazione sostanziale dello Stato alla maggior parte dei propri poteri: in tale contesto, infatti, lo Stato, scisso nelle sue varie componenti (sociali, economiche e politiche) si fa 'parte' della 'contesa' e designa un arbitro (la Commissione, appunto), deputato a risolvere il conflitto tra le diverse componenti.

La Consob rappresenta, forse più di altre Autorità indipendenti, un potere 'sovrano' che accentra in sé potestà regolamentari, inquirenti, istruttorie e giudicanti[8]. Si tratta di un profilo non secondario perché le sanzioni irrogate

[4] Già in tal senso (riguardo al Garante per la protezione dei dati personali) Sgubbi, *Profili penalistici*, in «RTDPC», 1998, 3, p. 754.

[5] Seminara, *La tutela penale del mercato finanziario*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, a cura di C. Pedrazzi, A. Alessandri *et al.,* Monduzzi Editore, 2° ed. agg., Bologna 2000, pp. 537 ss.

[6] *Ibid.*, pp. 14 ss.

[7] F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 255 ss.

[8] Sgubbi, *Presentazione*, in *La legislazione penale compulsiva*, VII, a cura di G. Insolera, Cedam, Padova 2006; D. Fondaroli, *La Consob e gli abusi di mercato*, in *Diritto penale del mercato finanziario*, a cura di F. Sgubbi, D. Fondaroli, A.F. Tripodi, Cedam, Padova 2013, pp. 209 ss.; A. Logli, *Poteri istruttori della Consob e* nemo tenetur se detegere, in «GCM», 2020, 2, 230 ss.; nel senso della delegittimazione del legislatore a fronte dell'iperlegittimazione delle autorità amministrative indipendenti cfr. F. Consulich, *Ex facto oritur ius*

dall'Autorità, per quanto formalmente 'amministrative', manifestano molti profili tipici della sanzione penale, e comunque sono riconducibili alla accezione della 'materia penale' individuata dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU a partire dal caso Engel del 1976, e soggetta ai principi enunciati dall'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Per un verso, la Consob è legittimata ad autostabilire le regole alle quali conformarsi (potere normativo). La legge tratteggia una cornice particolarmente ampia, delegando la Commissione alla integrazione della disposizione e definendo in concreto il limite dell'illiceità (si pensi, ad es., al Regolamento dei Mercati).

Per l'altro, si deve registrare non solo che i poteri di indagine attribuiti alla Consob appaiono particolarmente incisivi, e assimilabili a quelli della polizia giudiziaria o addirittura del Pubblico Ministero (salve le ipotesi in cui è richiesta la previa autorizzazione di quest'ultimo), ma soprattutto che essa, dismesse le vesti dell'autorità inquirente, assume quelle del 'giudice' terzo, infliggendo sanzioni amministrative, sia principali che accessorie (art. 187-*quater*), di indiscutibile natura afflittiva.

Non solo. La Consob è chiamata a rivestire il ruolo di *amicus curiae* nella segnalazione della *notitia criminis* al Pubblico Ministero e connessa trasmissione della documentazione, sempre che questa riveli il *fumus* di un reato (art. 187-*decies* t.u.f.)[9].

Ai poteri elencati dall'art. 187-*octies* t.u.f. si sommano le facoltà attribuite alla Consob dall'art. 187-*undecies* t.u.f. nei procedimenti penali per i reati previsti dagli articoli 184 e 185 t.u.f.: una ulteriore e scarsamente fondata dilatazione (questa volta in via mediata) del potere 'punitivo' della Consob.

Oltre che all'esercizio dei diritti e delle facoltà attribuiti dal codice di procedura penale (artt. 90 ss. e 505 c.p.p.) agli enti e alle associazioni rappresentative degli interessi lesi dai reati previsti dagli artt. 184 e 185 quale ente 'esponenziale', la Commissione, infatti, è legittimata alla costituzione di parte civile, assumendo il ruolo di 'danneggiato' dal reato rispetto al danno patrimoniale e non patrimoniale derivante dal reato, inteso come danno civilisticamente rilevante.

Il co. 2 dell'art. 187-*undecies* introduce altresì una figura di 'riparazione', che legittima la Consob a pretendere a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una ulteriore somma, che si aggiunge alla

criminale?, in «Riv. Soc.», 2011, p. 281.

[9] Rileva la non perfetta specularità tra i doveri di collaborazione della Consob e quelli del p.m. Seminara, *Il diritto penale del mercato mobiliare,* cit., pp. 110 ss.

richiesta risarcitoria[10]. La norma inserisce una regolamentazione di tipo sostanziale, che espande il ventaglio sanzionatorio, giocando sul duplice tavolo del 'danno' (risarcibile in senso civilistico) e dell''offesa' (pericolo o danno al bene giuridico protetto). Da questo punto di vista la Consob può agire tanto quale soggetto 'danneggiato dal reato' mediante la costituzione di parte civile quanto come persona offesa titolare di una pretesa 'riparatoria' pecuniaria[11].

Tale 'riparazione' presenta le caratteristiche della 'riparazione dell'offesa' penale, ovvero dell'offesa del reato[12].

Controversa la natura dell'istituto, originariamente mirato anche a supplire alla carenza del risarcimento del c.c. danno morale, confluito poi nella tutela risarcitoria assicurata dagli artt. 185 c.p. e 2059 c.c.: pena, complemento di pena, sanzione accessoria, sanzione civile. Alla valenza compensatoria dell'interesse leso (emergente dal tenore letterale del dettato normativo) si aggiunge la componente afflittiva della riparazione (intesa quale reazione punitiva ad un fatto di reato).

La natura afflittiva della riparazione si evince anche dal parametro qualitativo dell'offensività del fatto e dei criteri di quantificazione della somma, ancorati alle qualità personali del colpevole e all'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato: indici evidenti della natura punitiva della misura. In giurisprudenza[13] si è affermato che la richiesta di riparazione può essere avanzata solo per fatti commessi successivamente alla entrata in vigore dell'art. 9, l. n. 62/2005, che ha introdotto l'art. 187-*undecies* t.u.f. L'esclusione della retroattività della riparazione, pur senza rappresentare un esplicito riconoscimento della natura 'penale' della stessa, ne evidenzia comunque la funzione afflittiva. Significativa la sentenza della Corte di Cassazione, V pen., del 9 gennaio 2020, n, 397, la quale, richiamando il precedente testé citato, e prendendo spunto dalla giurisprudenza civile, ha censurato la decisione della Corte d'Appello di Milano, in primo luogo, per non avere articolato la propria decisione in correlazione ai plurimi profili funzionali propri della fattispecie di cui all'art. 187-*undecies* t.u.f., e, innanzitutto, alla duplice posizione riconosciuta a Consob dalla norma: la prima, espressione della facoltà, 'ordinaria' di costituirsi parte civile, soggetta, in quanto tale, agli ordinari criteri imputativi e ai corrispondenti

[10] In senso critico *Ibid.*, p. 113; cfr. altresì A. Crespi, *Studi di diritto penale societario*, Giuffrè, Milano 2010, p. 639 ss., pp. 705 ss.

[11] D. Fondaroli, *Art. 187-undecies*, in *Commentario breve al Testo Unico della Finanza*, a cura di V. Calandra Buonaura, Cedam, Padova 2020, pp. 1305 ss.

[12] Ead., *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano 1999, p. 52.

[13] Cass. civ., Sez. V, 3 marzo 2010, n. 8588.

oneri di deduzione; la seconda, espressione della specifica facoltà di vedere riparati i danni conseguenti ad abusi di mercato.

La Corte di Cassazione precisa altresì che la pronuncia di secondo grado non ha tenuto conto della necessità di valutare la componente della riparazione associabile alla sua funzione sanzionatorio-punitiva alla luce del complessivo trattamento sanzionatorio (penale e 'solo formalmente' amministrativo): valutazione, questa, imposta appunto dalla natura di tale componente della riparazione disciplinata dall'art. 187-*undecies* t.u.f., in relazione alla quale, alla luce di quanto precede, l'apprezzamento del giudice deve modulare il *quantum* della riparazione in modo da renderla compatibile con la necessaria proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, per assicurare la quale il giudice, se necessario, può disapplicare *in parte qua* la norma indicata, escludendo la riparazione nella sua componente sanzionatorio-punitiva.

Quanto premesso conferma che con le c.d. autorità amministrative indipendenti il superamento della divisione dei poteri è conclamato, e va al di là del *vulnus* già determinato dalla 'supplenza' del Legislatore che diventa giudice nelle Commissioni parlamentari d'inchiesta, ovvero della Magistratura, che si sostituisce al Legislatore, dando corpo alla condotta prevista dalla fattispecie[14].

2. *(*Segue*) … e le relative fonti di responsabilità*

Una tale raffigurazione dei poteri di intervento della Consob non può che aprire una riflessione su alcuni potenziali profili di responsabilità della Consob (che qui possono essere solo accennati e per i quali si rinvia alla bibliografia specifica), connessi alla mancata o insufficiente vigilanza.

Da un lato, si riflette sulla ipotizzabilità di una 'posizione di garanzia', radicata nella organizzazione della Commissione, nella attribuzione di poteri parzialmente impeditivi, nella assegnazione alla funzione di vigilanza di un arsenale di interventi preventivi dotati di efficacia ostativa[15], che possa costituire fondamento della responsabilità per omesso impedimento di reati che minacciano il corretto funzionamento del mercato e gli interessi dei

[14] Così Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in «RIDPP», 2001, p. 1194, nella sua analisi delle caratteristiche del «diritto penale incerto» e conseguente indagine sugli effetti che ne derivano.

[15] A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna University Press, Bologna 2009, pp. 69 ss., in particolare pp. 404 ss.

risparmiatori[16], anche in forza dell'art. 40, co. 2 c.p.

Dall'altro, soprattutto la giurisprudenza ha dovuto affrontare la questione dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno derivante dall'omesso o insufficiente esercizio della vigilanza ed il correlato tema della individuazione del giudice competente (giurisdizione ordinaria ovvero amministrativa), anche in ragione della prospettazione della pretesa in termini di diritto soggettivo[17] ovvero di interesse legittimo[18]. A riguardo le Sezioni Unite civili si sono di recente pronunciate stabilendo il principio di diritto, secondo cui «sulle domande proposte dagli investitori ed azionisti nei confronti delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e Consob) per i danni conseguenti alla mancata, inadeguata o ritardata vigilanza nei confronti delle banche ed intermediari, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in rilievo la contestazione di poteri amministrativi, ma di comportamenti 'doverosi' a loro favore che non investono scelte ed atti autoritativi, essendo dette autorità tenute a rispondere delle conseguenze della violazione dei canoni comportamentali della diligenza, prudenza e perizia, nonché delle norme di legge e regolamentari relativi al corretto svolgimento dell'attività di vigilanza, quali espressione del principio generale del "*neminem laedere*"»[19].

La Consob è stata altresì condannata al risarcimento dei danni patiti da alcuni risparmiatori[20], che avevano perso tutto quanto investito a seguito di una sollecitazione all'investimento effettuato da una società autorizzata dalla stessa Consob, la quale, però, è risultata aver omesso di compiere la dovuta vigilanza anche quando era risultato evidente che la società *de qua* facesse parte di in un gruppo più ampio di soggetti, che svolgevano attività di intermediazione senza le necessarie autorizzazioni.

[16] Fondaroli, *La Consob e gli abusi di mercato*, cit., p. 213; l'individuazione del 'bene protetto', degli 'interessi tutelati', anche in considerazione della previsione dell'art. 187-*undecies* t.u.f., cfr. Seminara, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, cit., p. 8 ss. e p. 113; Nisco, *Ivi*, pp. 73 ss.

[17] In tal senso Cass. SU 29 luglio 2005, n. 15916, che riconosce ai risparmiatori la titolarità di un diritto soggettivo, che, «non essendo collegato ad alcuna relazione di potere con la p.a. […] deve essere tutelato innanzi al giudice ordinario. Tanto più quando, come nel caso di specie, l'azione proposta trovi il suo fondamento all'esercizio di un "comportamento" illecito della pubblica amministrazione e sia diretta a conseguire il risarcimento dei danni subiti». Diversa la posizione dei c.d. soggetti abilitati che versano «in situazioni soggettive correlate all'esercizio dei poteri di vigilanza che si configurano, in linea di massima, come "interessi legittimi"».

[18] Cass. SU civ., 18 maggio 2015, n. 10095.

[19] Cass. SU civ., ord. 5 marzo 2020, n. 6324.

[20] Cass. Sez. III civ., 23 marzo 2011, n. 6681.

Nella motivazione della sentenza si specifica che «le attività della pubblica amministrazione, ed in particolare della Consob, ente pubblico di garanzia di controllo e vigilanza sul mercato dei valori mobiliari e sulla raccolta finanziaria del risparmio, deve svolgersi nei limiti e con l'esercizio dei poteri previsti dalle leggi speciali che la istituiscono, ma anche della norma primaria del *neminem ledere*, in considerazione dei principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione dettati dall'art. 97 Cost. in correlazione con l'art. 47, prima parte, della Costituzione; pertanto la Consob è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall'art. 2043 c.c., atteso che tali principi di garanzia si pongono come limiti esterni della sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario. L'illecito civile, per la sua struttura, segue le comuni regole del codice civile anche per quanto concerne la c.d. imputabilità soggettiva, la causalità, l'evento di danno e la sua quantificazione»[21].

Significativa la deliberazione n. 1/2014/G della Corte dei conti in sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato[22], secondo cui «l'elevato numero di cause e il correlato aumento degli accantonamenti per rischi giudiziari è sintomo evidente di criticità relativamente all'efficacia dell'azione di vigilanza della Consob nella tutela dei risparmiatori, in relazione alle quali la Corte raccomanda un'intensificazione dell'attività stessa, incrementando l'utilizzazione del personale nelle funzioni di "*front office*"»[23].

Insomma, una autorevole esortazione ad una più puntuale ed adeguata attuazione del potere-dovere di vigilanza da parte della Commissione.

[21] *Amplius* Fondaroli, *Ivi*, p. 213 ss.; Cass. Sez. III, 17 gennaio 2019, n. 1070, riconosce il fondamento astratto della pretesa risarcitoria del risparmiatore rispetto al danno lamentato come conseguente al comportamento omissivo della Consob: la sentenza del giudice d'appello viene cassata (limitatamente a detto ricorso) con rinvio per l'accertamento del nesso di causalità di tipo omissivo.

[22] La deliberazione del 6 marzo 2014 ha approvato «gli esiti dell›esame dei rendiconti e analisi della gestione amministrativa della Consob - esercizi 2010-2011-2012»: il documento risulta pubblicato nel sito web della Consob <*https://www.consob.it/web/area-pubblica/controlli-e-rilievi-sull-amministrazione*>, ma attualmente non è più estraibile.

[23] Sullo sfondo, si profila anche il tema della responsabilità di tipo amministrativo dei Commissari rispetto al danno eventualmente arrecato all'ente di appartenenza: Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, cit., p. 408.

3. *Sanzioni punitive a tutela dell'attività di vigilanza della Consob (e della Banca d'Italia)*

È dalla complessità della principale funzione assegnata alla Consob, ovvero quella di vigilanza[24], che traggono origine i poteri attribuiti alla Consob, ed è a tutela dell'esercizio di detta attività che il Legislatore introduce specifici illeciti incentrati sulla violazione della funzione, estendendoli anche alla Banca d'Italia.

Tale esercizio della funzione non è più oggetto di protezione mediata rispetto all'oggetto della vigilanza, ma diviene esso stesso bene giuridico penalmente (ed autonomamente) rilevante[25].

In quest'ottica si collocano il delitto di ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob *ex* articolo 170-*bis* t.u.f. e l'illecito amministrativo previsto dall'articolo 187-*quinquiesdecies* t.u.f., che si aggiungono alla figura di cui all'art. 2638 c.c.

Rinviando agli approfondimenti in punto di concorso tra dette disposizioni[26], con conseguenti possibilità, quando si rilevino i tratti della specialità reciproca, di concorso di reati e di sproporzione del trattamento sanzionatorio, la riforma dell'art. 187-*quinquiesdecies* alimenta le perplessità circa l'estensione indeterminata di un precetto, la cui violazione comporta l'applicazione di sanzioni di natura afflittiva.

Nella prospettiva dell'inserimento della disposizione nella cornice della 'materia penale' e delle relative garanzie, merita sottolineare che la fattispecie punisce un illecito, che può essere ascritto a chiunque sia destinatario delle richieste della Consob, fondato sulla 'inottemperanza',

[24] Se ne trova conferma, ad es., nell'*incipit* della Relazione per l'anno 2019, resa dal Presidente della Consob il 21 marzo 2020, p. 9, pubblicata nel sito web della Commissione <*http://www.consob.it*>, ove l'attività di vigilanza è anteposta alle altre funzioni istituzionali (così come risulta anche dalla consultazione del medesimo sito, *sub* 'attività').

[25] Già a proposito del *Garante per la protezione dei dati personali* Sgubbi (in *Profili penalistici*, in «RTPC», 1998, p. 758) notava che le norme penali della l. 675/1996 (poi abrogata dall'art. 183, co. 1, lett. a), del Codice in materia di protezione dei dati personali) garantiscono non già i diritti delle persone fisiche o giuridiche quali la riservatezza, l'identità personale o la privacy, quanto «la funzione ammnistrativa dell'Autorità garante», nel senso che puniscono «la *disobbedienza* nei confronti dell'Autorità garante, o comunque, puniscono la trasgressione alle (l'*inosservanza* delle) regole ammnistrative per la disciplina dei *beni giuridici* predetti, che così ricevono tutela in via (solo) mediata, a fronte della tutela diretta della *funzione*».

[26] Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna University Press, Bologna 2009; A.F. Tripodi, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, in *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., pp. 255 ss.

sul 'ritardo' e sulla 'non cooperazione' ai fini dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza.

In particolare, la condotta di non cooperazione con la Consob e la Banca d'Italia al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza è stata inserita in occasione della sostituzione del testo originario della disposizione ad opera del decreto legislativo del 3 agosto 2017, n. 129[27].

La tecnica legislativa predilige l'individuazione unitaria del precetto, salvo poi distinguere l'entità della cornice edittale sanzionatoria a seconda che il destinatario sia una persona fisica oppure una persona giuridica, in ossequio all'art. 5 d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, attuativo della Direttiva 2014/65/UE.

La riforma opera nella direzione della valutazione dell'offensività minima di taluni comportamenti e della proporzione della sanzione rispetto agli stessi anche in considerazione della diversa capacità economica delle persone giuridiche rispetto alle persone fisiche[28].

Non vi è dubbio che la disposizione disveli un altro profilo dell'ampia discrezionalità attribuita alla Consob (ed alla Banca d'Italia) nella quantificazione della sanzione, che viola i principi cardine in materia di riserva di legge e certezza della pena, non costituendo sufficiente baluardo l'enucleazione dei criteri di determinazione espressi dall'art. 194-*bis* t.u.f.:

[27] La versione originaria dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. stabiliva che «Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Consob ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila ad euro duecentomila».

[28] Si prevede infatti che se la violazione è commessa da una persona fisica, si applica nei confronti di quest'ultima la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila fino a euro cinque milioni (co. 1-*bis*), mentre se la violazione è commessa da una società o un ente, opera nei confronti di questi ultimi la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila fino a euro cinque milioni, ovvero fino al dieci per cento del fatturato, quando tale importo è superiore a euro cinque milioni e il fatturato è determinabile ai sensi dell'articolo 195, co. 1-*bis* (co. 1-*ter*). In quest'ultimo caso, ferma restando la sanzione nei confronti della società o dell'ente, ai sensi del co. 1-*quater* si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila fino a euro cinque milioni (co. 1-*bis*) nei confronti degli esponenti aziendali e del personale della società o dell'ente quando «la condotta ha inciso in modo rilevante sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendali, ovvero ha provocato un grave pregiudizio per la tutela degli investitori o per la trasparenza, l'integrità e il corretto funzionamento del Mercato» (art. 190-*bis*, co. 1, lett. a) t.u.f.). L'ultimo comma dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. contempla un significativo aggravamento sanzionatorio allorché il soggetto responsabile della violazione ottenga, come conseguenza immediata e diretta della stessa, un vantaggio che supera il limite massimo di cinque milioni di euro: in tale ipotesi la sanzione può raggiungere il doppio del vantaggio ottenuto, sempre che quest'ultimo sia determinabile.

a) gravità e durata della violazione; b) grado di responsabilità; c) capacità finanziaria del responsabile della violazione; d) entità del vantaggio ottenuto o delle perdite evitate attraverso la violazione, nella misura in cui essa sia determinabile; e) pregiudizi cagionati a terzi attraverso la violazione, nella misura in cui il loro ammontare sia determinabile; f) livello di cooperazione del responsabile della violazione con la Banca d'Italia o la Consob; g) precedenti violazioni in materia bancaria o finanziaria commesse da parte del medesimo soggetto; g-*bis*) la criticità dell'indice di riferimento per la stabilità finanziaria; h) potenziali conseguenze sistemiche della violazione; h-*bis*) misure adottate dal responsabile della violazione, successivamente alla violazione stessa, al fine di evitare, in futuro, il suo ripetersi.

Ai rilievi critici in questione se ne aggiunge un altro, connesso alla scarsa tipicità del precetto e al suo contenuto preventivo anticipato, ancora più evidente che nell'ipotesi della condotta identificata dal 'ritardo' nell'ottemperanza alle richieste[29].

Qui va osservato che il legislatore non si limita ad incentivare condotte di collaborazione, ricorrendo alla tecnica premiale[30] tipica della legislazione recente, ma sanziona il comportamento 'non cooperativo', imputando la soglia minima di rilevanza penale ad una condotta, se non addirittura ad un atteggiamento ritagliato 'in negativo', quasi 'per sottrazione'.

4. *Il diritto al silenzio e la violazione del principio di tassatività/determinatezza della fattispecie punitiva (art. 187* quinquiesdecies *t.u.f.)*

Non è in relazione alla carenza di tassatività, tuttavia, che l'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. è stato sottoposto al vaglio di legittimità costituzionale.

La Corte di Cassazione civile[31], adita a seguito del giudizio di opposizione incardinato a seguito della condanna della Consob al pagamento di una

[29] Il tema del ritardo dell'adempimento dell'obbligo non è nuovo al diritto penale: si pensi ai delitti di omessa denuncia da parte del p.u. o dell'incaricato di pubblico servizio (artt. 361 e 362 c.p.), e, secondo una tecnica legislativa *a contrario,* al delitto di dichiarazione relativa alle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ovvero del sostituto d'imposta presentata entro 90 giorni alla scadenza del termine (art. 5, co. 2 d. lgs. 74/2000).

[30] Fondaroli, *Dalle «misure di prevenzione antimafia» alle misure 'antitutti': apoteosi della 'regola del sospetto',* in *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione*, a cura di R. Acquaroli, E. Fronza e A. Gamberini, Aracne, Roma, 2021, pp. 617 ss..

[31] Cass. civ., Sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831.

cospicua sanzione pecuniaria, ritiene rilevanti e non manifestamente infondate due questioni di legittimità costituzionale. La prima è riferita all'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f., nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, co. 2, lett. b), della l. n. 62 del 2005, in ordine agli artt. 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 6 CEDU e all'art. 14, co. 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con la l. n. 881 del 1977, nonché in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., con riguardo all'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima Consob, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate.

La seconda concerne l'art. 187-*sexies* t.u.f., introdotto dall'art. 9, co. 2, lett. a), della l. n. 62 del 2005 in relazione agli artt. 3, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, nonché agli artt. 11 e 117 Cost., con riferimento agli artt. 17 e 49 CDFUE, nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito.

Tralasciando in questa sede l'analisi della seconda questione, che ha portato alla parziale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* t.u.f.[32], interessa approfondire il primo tema affrontato dall'ordinanza,

[32] La Consulta, con sentenza n. 112/2019 intervenuta successivamente alla modifica normativa, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* t.u.f. nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, co. 2, lett. *a*), l. n. 62/2005, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto, e, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27, l. 87/1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* t.u.f., nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4, co. 14, d.lgs. n. 107/2018, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto. Nell'articolata motivazione la Corte ha riconosciuto, con riguardo al vigente sistema sanzionatorio degli abusi di mercato, la (predominante) componente 'punitiva' insita nella confisca del «prodotto» dell'illecito e dei «beni utilizzati» per commetterlo, che si aggiunge all'afflizione determinata dalle altre sanzioni previste dal d.lgs. n. 58/1998 e, in particolare, dalla sanzione amministrativa pecuniaria, la cui cornice edittale – pure di eccezionale severità – può giungere sino ad un massimo (allo stato) di cinque milioni di euro, aumentabili in presenza di particolari circostanze fino al triplo, ovvero fino al maggiore importo di dieci volte il profitto conseguito ovvero le perdite evitate per effetto dell'illecito. A parere della Corte costituzionale, la combinazione tra una sanzione pecuniaria di eccezionale severità, ma graduabile in funzione della concreta gravità dell'illecito e delle condizioni economiche dell'autore dell'infrazione,

originato dalla contestazione al ricorrente (tra l'altro) di un ingiustificato ritardo di cinque mesi nel presentarsi davanti all'Autorità, per la richiesta audizione, durante la quale peraltro non aveva poi rilasciato dichiarazioni. Avverso la delibera della Consob il ricorrente aveva presentato ricorso avanti la Corte d'Appello di Roma, che, nel rigettare l'opposizione, sottolineava come la sanzione fosse stata irrogata per il solo fatto dell'ingiustificato ritardo nella presentazione agli uffici della Consob, giudicando irrilevante l'ulteriore circostanza, pure menzionata nella contestazione della Consob, del silenzio serbato in audizione.

Contro la sentenza della Corte d'Appello di Roma veniva proposto ricorso eccependo *inter alia* l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f., per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, nella parte in cui commina una rilevante sanzione amministrativa (da 10.000 a 200.000 Euro) per il soggetto sottoposto ad indagini da parte della Consob che ritardi o rifiuti di fornire risposte *suscettibili di utilizzazione in sede penale* e comunque in sede di applicazione di gravi sanzioni amministrative.

La Corte di Cassazione, oltre ad accogliere la prospettazione del ricorrente, rilevava d'ufficio la questione anche in relazione ad ulteriori parametri, ravvisando un contrasto altresì con gli artt. 11 e 117 Cost., in riferimento all'art. 14, co. 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966 ed in merito agli artt. 11 e 117 Cost., rispetto all'art. 47 CDFUE.

La Consulta, richiamando la propria costante giurisprudenza, secondo cui «il diritto di non collaborare alla propria incolpazione deve ritenersi un corollario del diritto di difesa», che deve essere garantito «in ogni stato e grado del procedimento», evidenzia che l'attività accertativa della Consob, pur avendo natura amministrativa e non giurisdizionale, «deve ritenersi coperta dalla previsione dell'art. 24 Cost.».

In primis la collaborazione con la Consob potrebbe recare pregiudizio all'interessato, in un possibile parallelo procedimento penale, gravando sulla stessa Autorità l'obbligo di trasmissione alla Procura della Repubblica della documentazione raccolta nello svolgimento dell'attività di accertamento, nel caso in cui emergano elementi che facciano

ed una ulteriore sanzione anch'essa di carattere 'punitivo' come quella rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito, che per di più non consente all'autorità amministrativa né al giudice alcuna modulazione quantitativa, necessariamente conduce, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati: Fondaroli, *Art. 187-sexies*, in *Commentario breve al Testo Unico della Finanza*, cit., pp. 1287 ss.

presumere la esistenza di un reato (art. 187-*decies*, co. 2 t.u.f.).

A differenza che nella questione in materia tributaria decisa con ordinanza n. 33/2002, in cui non è stata avvisata una violazione del diritto di difesa, ma l'adozione di una specifica strategia difensiva[33], nel caso dell'accertamento davanti alla Consob dell'illecito di *insider trading* si ritiene che il non fornire alla Consob elementi che potrebbero pregiudicare il dichiarante in sede penale (in caso di avvio del relativo procedimento) espone il soggetto a responsabilità per l'illecito di cui all'art. 187-*quinquiesdecies*, che punisce la mancata cooperazione con l'Autorità amministrativa stessa.

Inoltre, l'illecito e le sanzioni stabilite per l'*insider trading ex* art. 187-*bis* t.u.f. (patrimoniali e interdittive, oltre alla confisca), sulla scorta dell'interpretazione sostanziale della nozione di 'materia penale', possono a buon diritto essere inclusi in quest'ultima, con conseguente applicabilità dell'art. 24, comma 2 Cost., la cui garanzia «trova piena corrispondenza nel complesso delle analitiche previsioni contenute nel terzo comma dell'art. 6 Cedu».

Ulteriori profili di contrasto con l'art. 117 Cost. si porrebbero in ordine all'art. 14, comma 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che afferma il principio *nemo tenetur se detegere,* ammettendo che ogni individuo accusato di un reato ha il diritto a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole, nonché all'art. 11 Cost., in relazione all'art. 47 CDFUE («Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»), il cui secondo comma sarebbe sovrapponibile al primo comma dell'art. 6 CEDU e riconoscerebbe il diritto a non autoincriminarsi, sicché, ai sensi dell'art. 52, comma 3 CDFUE, occorrerebbe fare riferimento alla richiamata giurisprudenza della Corte EDU (oltre che a quella sulla nozione di 'materia penale') anche in rapporto al *«nemo tenetur se detegere»* comunitario.

La Corte Costituzionale, avuto riguardo alle considerazioni espresse dalla Corte di Cassazione anche in ordine al diritto all'equo processo *ex* art. 6 CEDU in relazione all'art. 117 Cost., ha adito in via pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, rappresentando

[33] L'art. 51, co. 2, n. 2 d.P.R. n. 633/1972 consente agli uffici dell'IVA di procedere ad accertamenti fiscali anche attraverso la convocazione e l'audizione dei contribuenti. In tale ipotesi, secondo la Corte costituzionale, il contribuente che si trova di fronte all'alternativa tra l'avvalersi del diritto al silenzio di cui usufruisce in sede penale e il fornire elementi che potrebbero giovargli in sede tributaria, ma nuocergli in quella penale, deciderebbe di ricorrere o meno al silenzio in sede di accertamento fiscale sulla base di una mera strategia difensiva, ferme restando le garanzie previste per l'eventuale procedimento penale.

diverse questioni.

Ovvero: a) se l'art. 14, par. 3, Direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, par. 1, lett. b), Regolamento UE n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura 'punitiva';

b) se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l'art. 14, par 3, Direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, par. 1, lett. b), Regolamento UE n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura 'punitiva'.

Il rinvio pregiudiziale viene operato con riferimento all'art. 187 *quinquiesdecies*, t.u.f., come introdotto dall'art. 9, co. 2, lett. b), l. 18 aprile 2005, n. 62. Il giudizio è tuttavia esteso alla novellata formulazione della disposizione, che attribuisce la responsabilità, più in generale, a chi non coopera con le autorità medesime al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza: anche in merito al tenore vigente della disposizione, infatti, «nessuna facoltà di non rispondere è prevista per colui che sia già stato individuato dalla Consob come il possibile autore di un illecito, il cui accertamento rientri entro le competenze dell'autorità stessa» (par. 6).

L'orientamento della Consulta presuppone la consolidata interpretazione della nozione di 'materia penale' e lo spirito della leale cooperazione tra corti nazionali ed europee circa l'individuazione comune della primazia dei diritti fondamentali.

La decisione, infatti, a mente dell'art 6 CEDU e della relativa interpretazione da parte della Corte EDU, oltre che dell'art. 24 Cost., muove dal presupposto secondo cui il 'diritto al silenzio' evocato dalla Corte di cassazione si applica non solo nei procedimenti penali, ma altresì nelle audizioni personali disposte dalla Consob nell'ambito della propria attività di vigilanza, che può preludere all'instaurazione di procedimenti sanzionatori di natura 'punitiva' nei confronti di chi sia individuato come autore di un illecito. Tale diritto, pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale, costituisce un «corollario essenziale dell'inviolabilità del

diritto di difesa», riconosciuto dall'art. 24 Cost. e appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana: esso garantisce all'imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all'esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell'autorità competente per le indagini.

Per contro, una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione in tema di obblighi di cooperazione con l'Autorità di vigilanza, il quale, a propria volta, potrebbe confliggere con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che pure sembrano riconoscere un diritto fondamentale dell'individuo a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria, nei medesimi limiti desumibili dall'art. 6 CEDU e dall'art. 24 Cost.[34]

La Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza 2 febbraio 2021, Causa C-481/19, ha riconosciuto l'esistenza, in capo alle persone fisiche, di un diritto al silenzio, tutelato dagli artt. 47, co. 2, e 48 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) anche nell'ambito dei procedimenti innanzi alla Consob per gli illeciti amministrativi di abuso di mercato.

Il Giudice comunitario premette che l'art. 6 CEDU, su cui si fonda la richiesta di pregiudiziale, è contemplato dalla Convenzione cui l'Unione non ha ancora aderito, ma, ciononostante, come confermato dall'art. 6, par. 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto princìpi generali.

Inoltre, l'art. 52, par. 3 della Carta, nello stabilire che i diritti riconosciuti da quest'ultima corrispondenti a diritti garantiti dalla CEDU hanno un significato e una portata identici a quelli attribuiti a tali diritti dalla suddetta Convenzione, mira a garantire la necessaria coerenza tra questi rispettivi diritti senza pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte.

Atteso che, alla stregua delle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*[35], l'art. 47, co. 2 della Carta, corrisponde, all'art. 6, par. 1,

[34] Si rileva infine, quanto alla procedura di accertamento di violazioni delle norme dell'Unione in materia di concorrenza, che la giurisprudenza della Corte si è formata con riguardo alle persone giuridiche e non a quelle fisiche, e in larga misura in epoca antecedente all'adozione della Carta, per cui apparirebbe difficilmente conciliabile con il carattere penale che la Corte ha riconosciuto, nella sentenza del 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16, EU:C:2018:192), alle sanzioni amministrative previste nell'ordinamento giuridico italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate.

[35] 2007/C 303/02, in relazione all'art. 47, co. 2, in <*https://eur-lex.europa.eu/legal-%20*

della CEDU e l'art. 48 della Carta 'corrisponde' esattamente all'art. 6, parr. 2 e 3, della CEDU, nell'interpretazione che essa effettua in merito ai diritti garantiti dall'art. 47, co. 2, e dall'art. 48 della Carta, la Corte di Giustizia deve necessariamente tenere conto dei diritti corrispondenti garantiti dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto soglia di protezione minima.

La pronuncia evidenzia che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto ha rilevato che, sebbene l'art. 6 CEDU non menzioni espressamente il diritto al silenzio, «quest'ultimo costituisce una norma internazionale generalmente riconosciuta, che si trova al centro della nozione di equo processo. Ponendo l'imputato al riparo da una coercizione abusiva da parte delle autorità, tale diritto contribuisce ad evitare errori giudiziari e a garantire il risultato a cui mira il citato articolo 6».

L'attivazione del diritto al silenzio presuppone che esso sia in concreto «destinato ad applicarsi nel contesto di procedure suscettibili di sfociare nell'inflizione di sanzioni amministrative presentanti carattere penale», ciò che deve essere valutato dal giudice del rinvio della questione pregiudiziale (ovvero, nel caso *sub iudice*, dalla Consulta), sulla base dei criteri individuati in materia (qualificazione giuridica dell'illecito nell'ordinamento interno, natura stessa dell'illecito, grado di severità della sanzione che l'interessato rischia di subire), anche se in linea di principio l'indirizzo espresso sia dalla Corte di Giustizia sia dalla Corte EDU è nel senso di riconoscere tale carattere alle sanzioni amministrative comminate dalla Consob (parr. 42 ss.).

E comunque, se anche detto carattere penale/punitivo non fosse attribuito alle sanzioni in questione, «la necessità di rispettare il diritto al silenzio nell'ambito di un procedimento di indagine condotto da detta autorità potrebbe risultare altresì dal fatto, evidenziato dal giudice del rinvio, che, in base alla normativa nazionale, gli elementi di prova ottenuti nell'ambito di tale procedura sono utilizzabili, nell'ambito di un procedimento penale intentato nei confronti di questa stessa persona, al fine di dimostrare la commissione di un illecito penale».

Atteso dunque che «la protezione del diritto al silenzio mira a garantire che, in una causa penale, l'accusa fondi la propria argomentazione senza ricorrere ad elementi di prova ottenuti mediante costrizione o pressioni, in spregio alla volontà dell'imputato», tale diritto risulta violato, segnatamente, in una situazione in cui un sospetto, minacciato di sanzioni per il caso di mancata deposizione, è costretto a deporre , ovvero essere punito per essersi

content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32007X1214%2801%29>.

rifiutato di deporre (parr. 39 ss.).

La Corte si sofferma poi sul contenuto del 'diritto al silenzio', che abbraccia non solo le confessioni di illeciti o le osservazioni che chiamino direttamente in causa la persona interrogata, ma anche «le informazioni su questioni di fatto che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa ed avere così un impatto sulla condanna o sulla sanzione inflitta a tale persona».

Per contro, esso «non può giustificare qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, qual è il caso di un rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da tali autorità o di manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa».

Conseguentemente all'applicazione degli artt. 47 e 48 della Carta, il diritto al silenzio osta a che la persona 'imputata' (ovvero accusata durante il procedimento amministrativo) «venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente a titolo della direttiva 2003/6 o del regolamento n. 596/2014 risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale»[36].

La Corte di Giustizia precisa poi che, sebbene l'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento n. 596/2014 imponga agli Stati membri di stabilire delle sanzioni amministrative per l'omessa collaborazione o la mancata ottemperanza ad un'indagine, ad un'ispezione o ad una richiesta quali previste dall'art. 23, par. 2, dello stesso regolamento (incluso l'interrogatorio di una persona al fine di ottenere delle informazioni), la disposizione tuttavia «non impone ai suddetti Stati membri di prevedere l'applicazione di sanzioni o misure siffatte alle persone fisiche che, nell'ambito di un'indagine concernente un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale, rifiutino di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la loro responsabilità per tale violazione o la loro responsabilità penale».

In campo lungo la Corte ricorda due criteri generali: da un lato, «secondo un principio ermeneutico generale, un testo del diritto derivato dell'Unione deve essere interpretato, per quanto possibile, in un modo che non pregiudichi la sua validità e in conformità con l'insieme del diritto primario

[36] Viene anche esclusa la rilevanza della disciplina in materia di concorrenza che impone ad associazioni ed imprese la massima collaborazione: non solo, infatti, nel caso *sub iudice* viene in causa una persona fisica (e non un ente), ma, secondo la giurisprudenza della Corte, «l'impresa in questione non può vedersi imporre l'obbligo di fornire risposte in virtù delle quali essa si troverebbe a dover ammettere l'esistenza di una violazione siffatta» (parr. 47 e 48).

e, segnatamente con le disposizioni della Carta», per cui, in costanza di più interpretazioni, «occorre preferire quella che rende la disposizione conforme al diritto primario anziché quella che porta a constatare la sua incompatibilità con quest'ultimo» (par. 50); dall'atro, «gli Stati membri devono utilizzare il potere discrezionale ad essi conferito da un testo del diritto derivato dell'Unione in modo conforme ai diritti fondamentali ».

Dalle considerazioni premesse, la Corte desume che l'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6 e l'art 30, par. 1, lett. b), del regolamento n. 596/2014, letti alla luce degli artt. 47 e 48 della Carta, devono essere intesi nel senso che essi consentono agli Stati membri di non punire una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a detta Autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

Diversi i profili di interesse della decisione, a partire dal c.d. dialogo tra le Corti[37], nelle diverse declinazioni affrontate dal dibattito dottrinale cui si rinvia, al tema dell'ammissibilità dell'obbligo dichiarativo di proventi illeciti, nel contesto del "doppio binario" tributario e penale (art. 14, co. 4, l.n. 537/1993).

In termini generali, la pronuncia della Corte di Giustizia, nel confermare l'inclusione degli illeciti amministrativi previsti dal t.u.f. nell'ambito della 'materia penale', e la necessità dell'estensione delle relative garanzie, indirettamente avalla la legittimità del doppio binario sanzionatorio che il t.u.f. prevede in tema di abusi di mercato, nonostante le criticità da più parti rimarcate circa la violazione del principio del *ne bis in idem*[38].

A fronte del consolidamento dei poteri della Consob ai fini della tutela della funzione di vigilanza della stessa, la Corte di Giustizia riconduce il diritto all'alveo delle garanzie *giurisdizionali* fondamentali.

Con tutta evidenza, il tracciare il limite superiore dell'ambito di applicazione della fattispecie non supplisce alla totale indeterminatezza del

[37] Cfr. E.R. Belfiore, *Scenari 'vecchi' e 'nuovi' nei rapporti tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore di garanzie*, a cura di C. Paonessa, L. Ziletti, Pisa 2016, pp. 145 ss.; C. Paonessa, «*Lo strano caso Taricco», ovvero le garanzie del* tempori cedere alla mercé *di una eccentrica decisione europea?*, in <*http://www.discrimen.it*>, 2018; si vedano altresì i contributi pubblicati in *Confronto di idee su: Legalità penale e legalità processuale: dissociazioni tra modelli e realtà*, in «AP» 2017, 2.

[38] Cfr. le Linee Guida CEDU del 31 dicembre 2018 *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. Right not to be tried or punished twice;* F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative,* in «RIDPP», 2020, 4, pp. 1775 ss.

precetto, pure subordinato al principio sostanziale di tassatività, garantito anche dall'art. 1, co 2 l. 689/1981: quando il 'fatto punibile' è non previsto né prevedibile, viene meno la possibilità per il soggetto di autodeterminarsi con coscienza dell'illiceità, poiché questa viene definita *a posteriori, post factum* dall'interpretazione di 'altri' formanti, diversi dalla Legge[39].

Nonostante la scelta di affidare alle Autorità di vigilanza l'accertamento della responsabilità amministrativa possa garantire maggiore uniformità (anche in forza degli *input* sovranazionali) e più adeguate soluzioni tecniche (in ragione della specifica competenza di settore), riguardo ad illeciti provvisti di un corredo sanzionatorio palesemente afflittivo e spesso articolati, rispetto al medesimo fatto, sul 'doppio binario' non solo della pena/sanzione amministrativa, ma anche su quello della sanzione per la persona fisica/sanzione per la società o l'ente, non è possibile rinunciare alla salvaguardia dei principi garantistici sostanziali e processuali elaborati per il diritto penale[40]: anche e soprattutto quando è incontrovertibile una pletorica concentrazione di poteri nel medesimo soggetto, indipendente da qualunque altro potere e da nessun altro potere effettivamente controllabile né bilanciabile, tale da annientare i fondamenti del diritto penale liberale[41].

[39] Ovvero: dalle vittime e dalla loro percezione, da organismi (come nel caso delle Autorità indipendenti), dal pensiero dominante nella società, dai giudici: l'osservazione è di Filippo Sgubbi, in *Il diritto penale totale*, Il Mulino, Bologna 2019, pp. 45 ss.

[40] Cfr. Seminara, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, cit., p. 16, il quale *inter alia* denuncia l'ipertrofia dell'illecito amministrativo, ormai caratterizzato da una «pena senza garanzie» (p. 18); cfr. altresì Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1811 ss..

[41] Si veda *Perché il diritto penale non può non essere liberale*, in *Il Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, a cura dell'Unione delle Camere Penali Italiane, con la collaborazione di giuristi delle più autorevoli Università, (pp. 6 ss., p. 9), presentato presso l'Università degli Studi di Milano, 10-11 maggio 2019, in <*https://www.camere-penali.it/cat/9880/il_manifesto_del_diritto_penale_liberale_e_del_giusto_processo_.html*>.

William S. Laufer*

Some observations about corporate criminal justice: thirty years later

Sommario: 1. Perennial Observations - 2. Why Such Old Ideas?

Decade after decade there are corporate scandals, corporate reforms, and corporate scandals once again. With the graying of hair comes a recognition that ensuring corporate accountability and responsibility remains an elusive goal. Nothing much seems to change. This is equally true for those who make a life studying corporate criminal justice. For those who had the great pleasure of attending three or more decades of anti-corruption, corporate compliance, corporate social responsibility and good governance conferences, workshops and seminars, the names and faces of panelists, participants, and attendees reflect new generations of scholars, practitioners, and idealists. The agenda, discussion, rhetoric, and proposed reforms, however, generally remained shockingly the same. Research questions are far too often asked as if they are actually novel (when they are both old and vetted). Theory and theoretical afterthoughts are bandied about often without even the slightest reference to existing owners. The concentration and density of research that comes with the popularity of certain disciplines and methods result in increasingly narrow slivers of overly qualified advances in knowledge — an implicit nod to the fact that good science is almost always slow and, by design, incremental. And the foundation of corporate criminal justice policy moves back and forth like a well-oiled pendulum, but with scant remembrance of history and all-to-often without the benefit of systematic evidence.

Of course, it is fair to say that some of the boundaries of corporate criminal law stretched over time, paradigms shifted with the years, and the prospects of a once in a lifetime "scientific revolution" sparked the thinking of those most imaginative. But, if you were in the audience of a corporate

* Professore di Criminologia e Sociologia presso la Wharton School University di Philadelphia, Pennsylvania.

compliance, anti-corruption, or good corporate citizenship conference thirty years ago, you might scratch your head today and ask: What, if anything, have we learned? Why has so little changed?

These same two questions may be asked of the idea and ideals of corporate criminal justice in the United States over the same period. Below, I offer observations that may explain some of the intransigence in substantive law and criminology that shapes and supports our corporate criminal justice system. This is followed by some musings about the urgency (or lack of urgency) to disrupt this intransigence.

1. *Perennial Observations*

Corporate prosecutions are very rare events in the United States - and always have been.

The attention and fanfare given to high profile federal prosecutions of corporations deftly lull the unsuspecting to believe that the "state" regularly and aggressively responds with the most formal of social controls. Indeed, corporate prosecutions under both state and federal law are rare events in the criminal justice system the way that the death penalty and the insanity defense are so uncommon. Perhaps this is not surprising. All three are symbolically important -they reflect profound norms and conceptions about liability, culpability, responsibility, and accountability. All concern aspects of moral agency and threshold questions of personhood. And because so much of our sense of right and wrong, fairness and equality are wrapped up in these rare events, the legitimacy of the state's response to certain kinds of wrongs affect a sense of the system's and market's legitimacy.

I have long argued that ambivalence over the costs of the most onerous social controls—formal controls—accounts for the dearth of cases. Who wants to inhibit, constrain, and tax the engines of our economic growth? To be fair, it is ambivalence combined with the decision to prize organizational self-regulation over other more formal social controls to further minimize costs in the promotion of efficiencies for the firm. It is no great revelation that both ambivalence and the pull and push for self-regulation reduce rates of corporate prosecutions over time.

Most wrongdoing in corporations goes undetected, unaddressed, and unadjudicated.

The attraction to self-regulation is more than understandable and, in most ways, deserved. The costs of the very sparse use of criminal law with corporations, however, should not be under-estimated or entirely lost. As with certain violent crimes, where offenses are significantly underreported, the vast majority of corporate wrongs are never known to the state. Wrongs are undetected, overlooked, or resolved informally in ways that leave over a remainder of corporate justice undone. Justice remainders produce a regulatory cost and injustice of a very different kind (Laufer and Hughes, 2021). And this cost is longstanding, robust, and reflects a stable base rate of wrongdoing against corporations and, in some cases, for corporations.

The private sector is incentivized to make vast compliance expenditures without evidence of effectiveness.

The history of promoting "effective" self-regulation is telling. In the early 1990s, the United States Sentencing Commission proposed guidelines for federal judges in sanctioning organizational defendants as a gesture from the government to join in a new partnership for corporate crime control. Part of the commentary to these guidelines included a short list of mitigating factors that would minimize fine levels, including proactive self-regulatory efforts (e.g., compliance programs) and reactive efforts (e.g., responding reasonably following the discovery of wrongdoing). Corporations sought to be in compliance with these "organizational due diligence" factors but, for more than two decades, were recognized more for their compliance expenditures than "effective" corporate crime control programs and strategies. Expenditures were the accepted as compliance currency.

The result of this one-sided partnership in corporate crime control is out-of-control corporate spending on compliance with no discernable connection to any organizational effects. And the rise in compliance spending goes unabated. This is a very familiar tale, one that was prompted by the perceived harshness of the liability rule adopted more than a century ago in *New York Central and Hudson River Railroad v. New York*, 212 U.S. 481 (1909).

There is a dearth of systematic research on corporate crime, compliance, liability, and sanctions.

It is difficult to gauge how and if compliance spending is connected

to any model of effective self-regulation using intuition and anecdotal evidence. On private sector investment alone, it is reasonable to conclude that much of the spending goes to more than cosmetic or paper compliance. After all, there is an increasing sophistication to governance, risk, and compliance (GRC) models – and a dramatic increase in the number of compliance, risk, legal, and audit professionals in the largest financial institutions (Laufer, 2018).

The problem remains, however, that there is little systematic evidence that corporate self-regulation regimes are effective (Simpson et al., 2014). And the capacity to determine effectiveness remains wholly with the private sector who, regrettably, is without any incentive to systematically assess their investment. The absence of such an incentive is tied to the fact that the public sector has not invested in the technology or committed regulatory capacity to make determinations of compliance effectiveness.

The system of corporate criminal justice is characterized by a multi-stakeholder compliance game.

The hesitance of firms to systematically explore wrongdoing for fear of disclosure requirements is a compliance conundrum. This conundrum facilitates a "compliance game," a regulatory status quo where both corporate and government players are, at times, equally captured. The result is that all stakeholders placate each other with compliance expenditures that may be incidental to ensuring compliance. Over the years I have noted that this game is marked by disincentives for firms to take the measurement of compliance seriously, and a regulatory lethargy to resort to anything remotely resembling compliance science. This game is unusually profitable for many stakeholders, including a sophisticated legion of compliance, regulatory, and legal risk professionals. Unfortunately, the game result in costs, including the diminished legitimacy of formal social controls that are designed to regulate firms, particularly for corporations of scale and power. Ultimately, the most significant cost is one of justice undone, or undistributed corporate criminal justice (Laufer and Hughes, 2021).

To disrupt this long-standing conundrum, we must leverage the growing convergence in methods, standards, and laws—and ask for a greater investment in regulatory systems and solutions from the public sector. One possible product of this convergence may be theories of co-regulation that allow for active "sharing." Ultimately, the prospects of any successful disruption of private sector compliance spending may be unlikely. Success will require a new and quite different partnership commitment from the public sector.

Our conception of corporate crime and criminals is far less compelling than street crime and criminals.

Finally, the intransigence attributed to corporate criminal justice may be seen in two additional ways. First, we continue to ignore the existence of different classes of victims of corporate wrongdoing. It is now an old refrain, but there is no field of corporate victimology. There is no clear sense as to why is it so important for the state to formally validate corporate wrongs against a victim. The default position is to ignore accounts of primary, secondary, and tertiary corporate victimization.

Moreover, even though survey research reveals that organizational wrongdoing is considered to be serious relative to street crimes, the public's fascination with street crimes is so much greater. Perhaps this has something to do with our clear conception of the victimization brought by street crime. Elsewhere I attempt to explain how this disregard may impact corporate criminal justice: "With the highest per capita incarceration rate in the world, state and federal justice expenditures in the United States support one of the most elaborate state owned enterprises—fueled by a near insatiable fear of crime, fear of drugs, and craving for the banishment of the "bad guys." No industrial complex with even remotely comparable expenditures supports corporate criminal justice. The images of thugs, street-level dealers, and violent predators do not include members of the board and senior management from corporations of scale, influence, and power. When we think about the evils perpetrated by drug cartels and terrorist organizations, who thinks about the facilitating role of HSBC? There is no perennial if not perpetual fear of corporate deviance touching and compromising our lives. Quite simply, our sense of being wronged by corporations and their agents does not engender a brand of moral outrage, indignation, and fear adequate to support a fair, equitable, and proportional regime of corporate criminal justice" (Laufer, 2014).

This attempt at an explanation might be too simplistic and overly critical. It is, though, sincere and reflects frustration that with corporate wrongdoers the power and suasion of the state continues to be so ignored. And it is not just the missing power and suasion of the state. Of primary concern, as with justice remainders more generally, is that victims of all types never have recognition and validation from state—and derivatively, recognition from the "people" or representative community.

2. *Why Such Old Ideas?*

It is a reasonable step in the right direction to highlight corporate victims, while recognizing the field of corporate victimology so that our response to corporate wrongdoing corresponds with the perceived seriousness of such crimes. There is little doubt that the field of victimology also offers much to the subfield of corporate victimology. Conceiving a corporate victimology, however, is only one step toward a coherent normative foundation for a corporate criminal justice system.

Work must be done with the constructs of moral agency, culpability, liability, and punishment in furtherance of a theory of corporate criminal justice. We must answer the question: How do existing theories of criminal justice support a theory of corporate criminal justice? This account must address the systemic risk problem of corporations that are too big to prosecute, take to trial, and punish. No corporation, certainly not the largest of all corporations, should be exempt from the most formal of social controls. It is entirely reasonable to ask how justice may be dispensed with our largest of financial institutions given the risk that criminal prosecutions might have on the global economy.

Relatedly, serious thought should be given to what an international corporate regulatory regime would look like—and how it would affect our strong allegiance to extra-territorialism. There should be some consensus as to how should we respond to the criminal wrongdoing of large multinational corporations when the harm done touches hundreds of countries.

These are just a few of the obvious observations about corporate criminal law and justice—observations that reveal some reasons why not much has changed. These observations are also old and very well-worn. If you heard mention of them in May, 1990 at the Edwin Sutherland, Conference on White-Collar Crime: Fifty Years of Research and Beyond, (Indiana University, Bloomington, Indiana) you would not have blinked an eye. No one would have said that you had the benefit of three decades of "sophisticated" research to know more or better.

The idea that the general part of corporate criminal law remains a normative and conceptual mess is far from new. The reporters of the Model Penal Code in the early 1960s wrestled in desperation to address this. It was Gerhard O. W. Mueller who so eloquently challenged the strictures of principles of vicarious fault in this model legislation. The idea of big corporations as invulnerable to wrongdoing and yet exempt from regulatory scrutiny – ask Marshall Clinard and Richard Quinney about their exhaustive

survey of the deviance of the largest corporations in the United States in 1979. Ask Ralph Nader to summarize his career long fight against corporate violence and victimization. Listen to Joe Murphy speak about interactive corporate compliance, long before compliance was a household name. Read Jack Coffee's work on the disappearing distinction between criminal law and tort law. Ask John Braithwaite if there is anything ground breaking in regulatory theory that he has not touched—in depth. Consider the creative work of Brent Fisse on corporate accountability and criminal law before there was a name for such a thing.

This is not a curmudgeon's cry for life back in the day. Rather, it is a call to those who commit their lives and careers to corporate criminal justice to finally address the fact that corporate criminal liability is not much more than a relic; that corporate wrongs go almost always undetected, unaddressed, and under-adjudicated; that corporate compliance costs are now unjustifiable for the largest institutions; that the entire system of corporate criminal justice is captured in a compliance game; and that relative to street crime, there is not enough moral indignation over corporate wrongdoing. And, finally, it is a call to corporate criminologists to bring the kind of research to policy makers necessary to ensure that, thirty years from now, no one will be asking these same questions as if they were new, novel, and important.

Of course, this is also a call for greater collaboration between such eminent scholars as Prof. Antonio Fiorella and his colleagues across the Atlantic. There is so much that we can learn from the prospects of corporate criminal liability in the European Union. And, if you can get past the arrogant charade of legal exceptionalism in the United States, there is much to learn about our unfulfilled promise of corporate crime control.

Vittorio Manes*

Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo

Sommario: 1. Legata ad un granello di sabbia — 2. Profetizzare il passato, giudicare l'avvenire — 3. *Carrot-stick approach in the loop* — 4. La verifica della «colpa di organizzazione»: dogma e pragma — 5. Realismo e concretezza nella valutazione giudiziale sulla '*compliance* sostenibile' — 6. *Thema probandum* e *onus probandi* — 7. 'Miopie organizzative', *corporate recklessness* e *wilful blindness* — 8. Prospettive: la *compliance* come '*regulated self-regulation*'.

1. *Legata ad un granello di sabbia*

Alla soglia dei vent'anni di vigenza, il profilo dell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo rappresenta ancora – a quanto pare – uno degli aspetti più oscuri, se non un autentico punto di crisi della disciplina della responsabilità *ex delicto* delle società: un «sistema di autonormazione»[1] e di «autocontrollo penale»[2] che, a ben vedere, non è mai stato – sin dalla sua progettazione – davvero auto-nomo, ma ha sempre scontato una dipendenza simbiotica dal 'collaudo' giudiziale, e dunque da

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Bologna

[1] Una «privatizzazione allargata dei precetti penali», secondo M. Donini, Compliance*, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice, in *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, a cura del CNPDS, Giuffrè, Milano 2017, pp. 31 ss., 33; v. anche V. Torre, *La 'privatizzazione' delle fonti del diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bononia University Press, Bologna 2013, pp. 408 ss., analizzando la *self risk regulation* specie nella prospettiva della sicurezza del lavoro; sulla '*private governance*' nel sistema del d.lgs. n. 231 del 2001, v. da ultimo, E. Greco, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in «RIDPP», 2020, pp. 2091 ss.

[2] C. Piergallini, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in *La crisi della legalità. Il 'sistema vivente' delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia *et al.*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2016, pp. 117 ss.; Id., *Autonormazione e controllo penale*, in «DPP», 2015, p. 261 ss.; Id., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del 'modello organizzativo'* ex *d.lgs. 231/2001*), in *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, Napoli 2011, pp. 2099 ss.

una validazione eteronoma, e postuma, dei protocolli di organizzazione che all'ente collettivo si è chiesto di adottare[3].

Può apparire un granello di sabbia, a leggere il decreto legislativo n. 231 del 2001, dove il peso specifico della verifica giudiziale è nascosto – e quasi 'miniaturizzato' – sotto le vesti dimesse di una semplice aggettivazione (il modello, oltre che 'adottato ed efficacemente attuato', deve essere *idoneo*: anzitutto, *inter alia*, art. 6, comma primo, lett. a; art. 7, comma secondo, d.lgs. cit.); ma come tale sembra aver contribuito a frenare – almeno nella esperienza italiana – l'effettiva implementazione del meccanismo premiale che ispira il decreto, mettendo a repentaglio la funzionalità e l'efficienza del sistema di *corporate criminal liability*; un sistema, come si sa, pur accompagnato da un successo – e da una circolazione *worldwide* – difficile da mettere in discussione.

Negli ultimi trent'anni, in effetti, la responsabilità da reato delle persone giuridiche – quasi vendicandosi della rapace fortuna che aveva avuto, nei secoli, il brocardo che la aveva ostracizzata[4] – ha visto costantemente espandere il proprio campo di azione negli itinerari di politica-legislativa, specie a livello europeo[5]; rappresentando «uno dei migliori esempi di un modello legale condiviso» e godendo di una fama trainata dall'esempio nordamericano

[3] Sul punto, D. Bianchi, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in «RIDPP», 2019, p. 1477, pp. 1515 ss.

[4] La cui altisonante perentorietà – *societas delinquere non potest* – non trova riscontro nel corso della storia, che, specie con Bartolo e i postglossatori, aveva a più riprese ammesso e tematizzato la responsabilità penale delle persone giuridiche, e, a monte, la loro *Deliktsfähigkeit*, almeno sino alla svolta contraria, a cavallo del XVIII secolo, consolidatasi con l'avvento delle teorie illuministiche, e, secondo alcuni, dell'assolutismo regio (perché ammettere la responsabilità penale delle 'corporazioni' significava – prima e più in alto – ammettere la libertà delle medesime), entrambe condizioni che avrebbero preparato il campo alla *Fiktionstheorie* di von Savigny, che per molto tempo ha rappresentato uno straordinario – ancorché non necessitato – antidoto al superamento dell'irresponsabilità penale della *societas*: un affresco altamente istruttivo è offerto, anche su questi profili, da G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni Ets, Pisa 2012, in ptc. pp. 40 ss., pp. 48 ss.

[5] Dove un regime di responsabilità propriamente penale degli enti è ormai previsto nella maggioranza degli ordinamenti, e tra questi: Regno Unito, Irlanda, Olanda, Belgio, Lussemburgo, Danimarca, Finlandia, Francia, Portogallo, Spagna, Slovenia, Estonia, Lituania, Romania, Ungheria, Slovacchia, Repubblica Ceca, Malta e Cipro: sul punto, v. già C. de Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 183 ss.; ed ancora De Simone, *Ivi,* p. 25 ss. (cui si rinvia per i riferimenti bibliografici, in nota); di «superamento generalizzato» del principio *societas delinquere non potest* parlano, ormai, A. Fiorella, N. Selvaggi, Compliance programs *e dominabilità 'aggregata' del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in «DPC», n. 2-4, 2014, pp. 106 ss.

(fama che taluno peraltro ritiene, non senza argomentazioni, almeno in parte ingiustificata)[6]. Ed anche il modello italiano di corresponsabilizzazione *ex delicto* degli enti – un'autentica 'rivoluzione copernicana' per l'intero ordinamento giuridico, e non solo per il diritto dell'economia – dopo essere stato introdotto agganciandolo al ristretto *numerus clausus* di poche *predicate offences*, ha registrato un crescente, inarrestabile, sviluppo normativo, che però è risultato inversamente proporzionale non solo rispetto alla sua concreta applicazione – ancora oggi geograficamente disomogenea, ed 'a macchia di leopardo' – quanto, soprattutto, rispetto al tasso di 'certezza' che accompagna il 'diritto'.

Peraltro, la costante espansione dell'ambito di applicazione oggettivo del d.lgs. n. 231 cit. – che ha ormai occupato i settori più disparati della criminalità di impresa, dalla corruzione ai reati societari, dalle frodi in commercio ai *market abuse*, dai delitti informatici alle violazioni del diritto d'autore, dalla sicurezza sul lavoro all'ambiente, sino alla recente annessione

[6] V. di recente, la riflessione critica volta non a «screditare l'esperienza americana» quanto ad «avvisare sulla cautela che occorre nell'adottare e imitare modelli altrui di responsabilità penale delle società e, nel contempo, di suggerire quel che può imparasi dagli errori e dai passi falsi di altri» di W. Laufer, N. Selvaggi, *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano*, in «RTPDE», 2019, pp. 47 ss., segnalando, soprattutto, la mancata funzionalità del sistema nella prassi giudiziaria, e dunque un 'disavanzo di giustizia'.

Sennonché, il 'modello americano' continua a partorire prodotti da esportazione, come conferma la pratica dei *negotiated settlemens* e/o *pre-trial diversion agreeement* [PDA, ossia dei *deferred prosecution agreement* (DPA) e *non-prosecution agreement* (NPA)]: per una recente illustrazione, J. H. Arlen, *Corporate criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops*, in *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata*, a cura del CNPDS, Giuffrè, Milano 2017, p. 91 ss., segnalando che le pratiche di PDAs – introdotta e seguita dagli *U.S. Prosecutors* «*without any formal statutory or regulatory action by either Congress or any regulatory agency*», ed ancora affidata, sostanzialmente, alla completa discrezionalità degli inquirenti – «*have dramatically transformed U.S. enforcement practice*» (al riguardo, v. anche F. Mazzacuva, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma,* Giappichelli, Torino 2020, pp. 161 ss., e in ptc. p. 209 ss.). Nell'esperienza italiana, forme surrettizie di negozialità non dichiarata filtrano attraverso le possibilità tecniche garantite alle Procure dall'art. 8 d.lgs. n. 231 cit., «che […] getta in una materia così intrisa di negozialità e logiche privatistiche una luce obliqua circa l'uso di una occulta discrezionalità dell'azione penale nel rapporto fra responsabilità degli enti 'che pagano' e irresponsabilità degli individui "che non pagano"» (così Donini, *Ivi*, p. 52, a margine del caso *Credit Suisse*, dove la banca, in un procedimento per frode fiscale, riciclaggio e ostacolo all'autorità di vigilanza, ha patteggiato 8,5 milioni più confisca – dopo aver pagato all'Agenzia delle entrate 111 milioni –, di fatto chiudendo una vicenda penale «che avrebbe problematicamente ma in modo incerto potuto coinvolgere i suoi amministratori, rimasti così indenni dall'imputazione»).

dei reati fiscali[7] e di ulteriori ipotesi al catalogo dei reati-presupposto – ha complicato il quadro, spesso attingendo anche a contesti criminologici ben poco congruenti con la criminalità del profitto o, più in generale, con la criminalità *white collar*.

Questa inarrestabile ascesa, oltre a notevoli problemi di coordinamento e ad incoerenze di vario genere[8], ha costretto la stessa idea di fondo che ispira la legge – la strategia premiale, dialogica, su cui è imperniata tutta la normativa, polarizzata attorno al 'modello organizzativo' in qualche modo imposto all'impresa mediante il *carrot-stick approach* – a confrontarsi con contesti delittuosi via via più complessi ed eterogenei, alzando progressivamente l'asticella di questo precipuo strumento di *compliance*[9] ed aprendo alla ricerca di un '*elisir* di diligenza' sempre più difficile da rintracciare; posto che a fronte della moltiplicazione dei reati-presupposto, e di quadri criminologici così eterogenei, prevedere e attuare un 'modello organizzativo' *idoneo* è come ipotizzare un antibiotico 'a spettro totale', valevole contro qualsiasi batterio che possa contaminare l'esercizio dell'impresa: il che è chimicamente impossibile, e giuridicamente altrettanto complicato, specie al cospetto di norme – o intere 'costellazioni di norme' – affette da un crescente *deficit* di tipicità (evidente nel caso delle fattispecie di corruzione[10]) o da una congenita incertezza applicativa (come nel caso dei

[7] Novità apportata dal d.l. n. 124/2019, conv. con mod. in l. n. 157/2019, ma in realtà ampiamente ed ambiguamente anticipata dalla giurisprudenza.

[8] In relazione all'ultima estensione del catalogo dei reati-presupposto, con inclusione dei reati fiscali, v. ad es. R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affètta da sistematica irragionevolezza*, in «SP», 3, 2020, pp. 219 ss.

[9] Come si sa, il modello organizzativo previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001, prima di svolgere un ruolo nella meccanica della corresponsabilizzazione *ex delicto* dell'ente, svolge un ruolo importante nel quadro della complessiva funzione di *compliance* operante all'interno delle aziende, quale «*indirect compliance obligation*» (in questo senso, M. Engelhart, *The nature and basic problems of compliance regimes,* in U. Sieber (ed.), *Prevention, Investigation, and Sanctioning of Economic Crimes*, II, Antewerpen-Apeldoorn-Portland 2019, p. 215 ss., p. 223 ss.): «esso – pur nella differenza degli obiettivi specifici – costituisce parte di quell'articolato sistema di controllo e vigilanza complessivamente finalizzato – in chiave preventiva – a preservare il corretto perseguimento dei fini dell'impresa con particolare riguardo alla salvaguardia della "legalità" della sua attività»: così, C.F. Grosso*, Funzione di* compliance *e rischio penale*, in *La* corporate compliance*: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Giuffrè, Milano 2017, pp. 281 ss., p. 284; al riguardo, v. anche S. Corbella, L. Pozza, *Modelli 231 e sistemi di controllo interno. Area di sovrapposizione e profili di differenziazione*, in *La responsabilità penale degli enti*, a cura di M. Centonze, M. Mantovani, il Mulino, Bologna 2016, pp. 51 ss.

[10] Volendo, al riguardo, V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in «RIDPP», 2018, p. 1126 ss.; ma cfr. anche e soprattutto F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza*

reati tributari[11] o degli abusi di mercato[12]).

Parallelamente, l'estensione della «pretesa di collaborazione» a fronte di rischi-reato non più eventuali o remoti ma 'ubiquitari' ed insiti – pur con diversa intensità – in ogni attività di impresa ha reso, di fatto, l'adozione del MOG una scelta pressoché obbligata: come del resto dimostra – pur in un quadro di forte ritardo e di diffusa neghittosità specie nel mondo delle PMI – il 'sussulto di conformità' registratosi dopo l'inserimento nel catalogo dei reati presupposto dei reati in materia di sicurezza sul lavoro[13], con un incremento prevedibile anche al cospetto della recente novità concernente i reati fiscali.

Nel complesso, dunque, la 'aspettativa di cooperazione' rivolta al mondo delle imprese appare sempre meno spontanea, e sempre più difficile da soddisfare, in un quadro che contribuisce a spiegare la perdurante pratica – tanto diffusa quanto deprecata – della *cosmetic compliance*, non certo integralmente addebitabile, *sic et simpliciter*, ad un malcostume delle

verità, senza colpa, il Mulino, Bologna 2019, p. 45, segnalando come ai fini del rilievo penale sia ormai decisiva – al di là della *littera legis* – la realizzazione di una condotta 'impropria', che nel caso della corruzione consisterebbe nell'«abuso a fini privati di poteri delegati».

[11] Contesto nel quale i «rischi per le imprese possono derivare dalle incertezze che circondano l'interpretazione giurisprudenziale dei reati di dichiarazione fraudolenta e dichiarazione infedele, con particolare riferimento ai temi dell'inesistenza della operazione documentata da fatture, dei costi non inerenti, dell'abuso del diritto, della nozione di operazione simulata, ecc.» (C. Santoriello, *La nuova responsabilità delle società per i reati tributari*, in <*http://www.ilpenalista.it*>, p. 8; analogamente, Bartoli, *Ivi*, p. 223).

[12] Dove «[…] la condotta entra ed esce dal tipo à la carte, a seconda delle esigenze di repressione di volta in volta emergenti e atte a solleticare la prassi, improvvisandosi come *tipica* anche se affatto "*nuova*", mai "pensata" – e talvolta neppure *pensabile* – dal legislatore storico, e però attirata nella rete del tipo proprio in virtù della larghezza delle maglie del tessuto con cui quest'ultimo è confezionato»: Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in «RTDPE», 2018, pp. 175 ss., p. 179, con ampi richiami a F. Consulich, *La giustizia e il mercato*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 275 ss., p. 277; al riguardo, specie con riguardo alla disciplina penale dell'*insider trading*, cfr. anche A.F. Tripodi, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Cedam, Padova 2012, pp. 221 ss., e quanto alla manipolazione del mercato, E. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 233 ss.

[13] Si noti che le obbligazioni prevenzionistiche – secondo una recente impostazione – impegnano l'ente anche in contesti extraterritoriali, con riguardo alla *Travel health, Safety & Security* dei lavoratori inviati all'estero in contesti critici: al riguardo, a margine del caso Bonatti s.p.a., cfr. M. Caputo, V. Mongillo, *Sicurezza dei lavoratori inviati all'estero, compliance 231 e responsabilità penale dei consiglieri di amministrazione*, in *Corporate governance*, 3, 2020, pp. 345 ss.

società[14].

In un simile contesto, se è divenuto estremamente difficile – in estrema sintesi – dotarsi di un modello 'idoneo', quale «*indirect compliance obligation*», altrettanto complesso – simmetricamente – è valutarne l'idoneità, specie per l'assenza di criteri e parametri definiti e oggettivati – oggi come ieri – che possano guidare con un grado di «sufficiente credibilità razionale» e di «ragionevole prevedibilità» chi deve redigere il modello e chi, poi, quel modello deve valutare.

In effetti, in un panorama dove si registra l'assenza di una normativa generale di riferimento su struttura e funzione della *compliance*[15] e, dunque, di un adeguato «*framework* di riferimento», anche la disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001 sembra dire davvero poco su come debba essere concretamente redatto e 'riempito' il modello[16], e, parallelamente, su quali debbano essere il metodo e i criteri di valutazione della sua 'idoneità'[17], offrendo nulla più che

[14] La prassi della '*compliance* solo di facciata' (*cosmetic compliance/window dressing*), in effetti, ha potuto attecchire per molti fattori, tra cui non va sottovalutata la carenza di indicazioni, nel decreto, in ordine ai 'programmi di conformità' – o alla versione domestica nota come MOG. Anche in merito a questi profili, del resto, l'attuale quadro normativo di cui disponiamo – a dispetto dell'opera di costante revisione e aggiornamento a cui è stato assoggettato – non offre particolari contributi di chiarimento, giacché le indicazioni che possono trarsi sono alquanto rarefatte e generiche: tanto che le imprese cercano freneticamente di ottenere da agenzie governative o associazioni di categoria suggerimenti e *patterns* su come dimostrare al meglio la loro *due diligence* (è lo stesso decreto a prevedere il rimando, all'art. 6, comma terzo, d.lgs. cit.; sulla scarsa vincolatività di tali elaborazioni per la valutazione del giudice, tuttavia, P. Severino, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in , *La responsabilità penale degli enti*, a cura di F. Centonze, M. Mantovani, il Mulino, Bologna 2016, p. 74).

[15] Con l'eccezione di alcune regole poste dalle Autorità di vigilanza, principalmente nei settori creditizio e assicurativo: al riguardo, Rossi, *Introduzione*, in *La* corporate compliance*: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Giuffrè, Milano 2017; la lacunosità normativa – e la fluidità concettuale del termine, anche con riguardo alla *criminal compliance* – sono evidenziate anche da Engelhart, *The nature and basic problems of compliance regimes,* cit., pp. 215 ss.

[16] Il problema della lacunosità delle indicazioni contenutistiche in ordine al «*golden standard for compliance*» è denunciato, in realtà, da più parti, lamentando il sorprendente ritardo delle ricerche empiriche sulle misure idonee a ridurre il rischio di commissione dei reati all'interno delle *corporations*: sul punto, cfr. ancora Engelhart, *Ivi*, pp. 215 ss., pp. 229 ss.

[17] È la parte forse più lacunosa del decreto, insieme alla disciplina dei gruppi e assieme alle norme che regolano l'applicazione della disciplina nello spazio, con peculiare riferimento all' (attività di) impresa (ed alla criminalità) transnazionale: ma sul punto, già F. Giunta, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in «AGE», 2,

indizi – come pure si dirà – anche in ordine a quale debba essere, a monte, il 'paradigma dogmatico' alla cui stregua inquadrare il giudizio di valutazione sul modello.

In ordine al modello, più in particolare, il decreto si limita a dettare alcune linee strutturali, il decumano e il cardo – verrebbe da dire – dell'architettura che l'impresa deve darsi per urbanizzare la provincia delle attività svolte secondo il perseguito ideale di *compliance*[18]: direttrici tutte molto generali, come quelle previste nell'art. 6, comma 2, dove si prevede che il modello deve basarsi su una preliminare attività di *risk assessment*, quindi di 'mappatura dei rischi'; deve poi spingersi ad individuare le formule procedurali e i protocolli di cautela orientati al 'governo dei rischi' (da non confondere con la funzione di *risk management*, che specie in taluni contesti – si pensi all'impresa bancaria – ha una storia ben più risalente e, spesso, divergente, rispetto al d.lgs. n. 231 del 2001); deve comprendere una componente sanzionatoria interna, o, meglio, «un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello»; e deve poi prevedere un vigilante *ad hoc* – «un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo» (art. 6, comma primo, lett. c, d.lgs. cit.), ossia l'organismo di vigilanza (OdV), sul quale, ancora una volta, latitano particolari indicazioni normative[19] (se si eccettua una specifica previsione dedicata alle società di capitali, frutto di un innesto postumo[20]).

2009, pp. 246 ss.; altresì Mongillo, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in «RASE», 3, 2011, pp. 69 ss., pp. 74 ss.; A. Fiorella, N. Selvaggi, Compliance programs *e dominabilità 'aggregata' del fatto,* cit., p. 115.; più di recente, S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in «RTDPE», 2017, pp. 49 ss., pp. 81 ss.; secondo Paliero, sub *Art. 7*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, a cura di A. Perini, M. Levis, Zanichelli, Bologna 2014, pp. 186 ss., pp. 212 ss., la scelta che ha indotto il legislatore a descrivere solo le finalità preventive e l'ossatura del modello sarebbe stata, in realtà, necessitata, posto che «il procedimento di positivizzazione delle regole cautelari è affidato in maniera preponderante alla stessa struttura organizzativa».

[18] Solo nel settore della sicurezza sul lavoro, l'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 indica le componenti di un modello efficacemente volto a prevenire gli infortuni sul lavoro.

[19] Sulla «indispensabile necessità di una integrazione della disciplina degli Organismi di Vigilanza», v., ancora, Grosso, *Funzione di* compliance *e rischio penale*, cit., pp. 303 ss.; per taluni sforzi ricostruttivi alla luce di indicazioni ermeneutiche ricavabili *aliunde*, v. anche Centonze, *D.lgs. 231 e diritto societario. In particolare l'OdV è ancora senza disciplina?*, in *La responsabilità penale degli enti*, a cura di M. Centonze, M. Mantovani, il Mulino, Bologna 2016, pp. 261 ss., nonché di recente A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per omessa o insufficiente vigilanza*, Jovene, Napoli 2019, pp. 90 ss.

[20] Quanto all'art. 6, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 231 cit., Grosso, *Ivi*, p. 304).

Non si rintraccia, insomma, una chiara semiotica che consenta di identificare i 'segni' della colpa di organizzazione.

Forse, gli unici criteri espressi di giudizio in ordine alla (in-)idoneità del modello sono da un lato quello che la collega alla eventuale *culpa in vigilando* dell'OdV, dall'altro quello che concerne la necessaria prova in ordine alla 'elusione fraudolenta' del MOG da parte dei soggetti apicali, nel senso che non è (giudicabile) idoneo il modello che sia stato possibile eludere – ad un giudizio di 'diagnosi postuma' – senza fraudolenza[21]. Ma al di là di queste indicazioni *oppositive* e *negative* – il modello non è idoneo se vi è stata *culpa in vigilando* da parte del suo custode, l'OdV, o se è stato possibile eluderlo senza particolari artifici – il dibattito è assolutamente aperto sull'*an*, sul *quantum*, sul *quomodo* dei modelli così come sulla rispettiva criteriologia di valutazione: cosicché anche nella prospettiva italiana può ben dirsi che «*the risk of ineffectively constructing the program, however, rests completely with the companies*»[22].

Nell'attuale *framework* normativo, ed in via di prima approssimazione, l'unica e banale certezza che abbiamo è negativa: il modello non può rispecchiare un *format* preconfenzionato e dev'essere sempre – per così dire – '*taylor-made*', sartoriale, '*custom*izzato', ritagliato insomma sulla sagoma della singola impresa e sulla "concretezza" del suo operare: sulla specifica attività che si orienta a 'cautelare', sui peculiari modelli di *governance* secondo i quali è organizzata la singola impresa a cui il MOG deve adattarsi, con attenzione al concreto evolversi dell'operatività aziendale[23].

Su tutto il resto si discute, in una penombra d'incertezza: si discute sul coordinamento che le diverse funzioni devono avere all'interno di imprese societarie che presentano sistemi e organismi di controllo interno articolati e diversificati (primariamente rivolti al controllo di conformità, come *risk management*, e, appunto, *compliance*; ovvero revisione interna/*internal audit*); si discute, persino, sul grado di vincolatività dell'onere di adozione

[21] In particolare, si è argomentatamente sostenuto che la prova dell'elusione fraudolenta da parte del dirigente/dipendente sarebbe un indiretto riscontro della sufficiente idoneità/effettività del modello: Tripodi, *L'elusione fraudolenta del modello nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Cedam, Padova 2013, pp. 70 ss.; analogamente, V. Manes, A.F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità penale degli enti*, a cura di M. Centonze, M. Mantovani, il Mulino, Bologna 2016, pp. 138 ss., pp. 157 ss.

[22] Engelhart, *The nature and basic problems of compliance regimes*, cit., p. 230.

[23] È a queste esigenze, del resto, che ci si riferisce quando si evocano i canoni di *efficacia*, *specificità* e *dinamicità* quali caratteri funzionali dei modelli di organizzazione cui si voglia attribuire una concreta idoneità a minimizzare il rischio-reato: al riguardo, ora, A. Bassi, F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Giuffrè, Milano 2020, pp. 169 ss.

del MOG da parte del *management*, se cioè l'adozione del modello – al di là delle conseguenze che la scelta implica per l'ente – risponda o meno ad un precipuo dovere di diligenza degli amministratori, assumendo il crisma e la perentorietà – appunto – di un obbligo apprezzabile, quanto meno, al metro del canone di adeguatezza organizzativa imposto agli organi di gestione (e di controllo) dell'impresa societaria (art. 2381, comma quinto, c.c.)[24].

Si discute, soprattutto, su estensione e grado di specificità che i singoli protocolli cautelari che integrano la 'parte speciale' del modello devono avere – affinché questo possa poi essere giudicato idoneo – in relazione alle 'classi di condotte' o alle modalità concrete di commissione nelle quali il reato-presupposto può concretamente manifestarsi, o, meglio, si è concretamente manifestato: avvertiti non solo del fatto che alcuni reati evocano rischi retrostanti sostanzialmente 'imprevedibili', nascondendone altri come in un gioco di matrioske (si pensi al reato associativo, che si configuri in relazione a fattispecie non rientranti tra i reati-presupposto; o altresì all'autoriciclaggio), ma anche che le condotte più insidiose cadono frequentemente in un'"area grigia' difficile da presidiare – e 'presagire' – mediante cautele preventive[25]; che anche i 'segnali di allarme' (*alerts*, *red flags*, segnalazioni, *whistleblowing*, *gap analisys*, etc.) possono essere più o meno vividi a seconda dei contesti e (delle conoscenze nomologiche) dei destinatari[26], e che pur rilevati, possono essere controbilanciati da controsegnali altrettanto 'perspicui e peculiari';

[24] Con riferimento alla disciplina relativa ai reati dei 'sottoposti', v. in particolare D. Pulitanò, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in «ED-Agg.», VI, Milano 2002, pp. 960 ss., e ID., *La responsabilità 'da reato' degli enti: i criteri di imputazione*, in «RIDPP», 2002, p. 431; più in generale, la natura obbligatoria dell'adozione del modello è sostenuta da Giunta, *Il reato come rischio d'impresa*, cit., pp. 247 ss. Da diversa prospettiva, vi è peraltro chi ha voluto trarre dalla riforma del diritto societario una più generale indicazione nel senso dell'obbligatorietà, soprattutto muovendo dall'art. 2381 c.c. che oggi stabilisce il principio dell'«adeguata organizzazione», ma questa disposizione sembra avere più una valenza civilistica che non una vincolatività sul versante 'amministrativo-penale' (in effetti, una sentenza del Tribunale di Milano ha affermato la responsabilità civile degli amministratori «da inadeguatezza organizzativa» in caso di mancata adozione dei modelli organizzativi: Trib. Milano, Sez. 8 civ., 13 febbraio 2008, n. 1774, sulla quale da ultimo A. Bassi, F. D'Arcangelo, *Ivi,* pp. 180 s.). In ogni caso, «la perdurante incertezza in merito alla obbligatorietà dei modelli» è stata da tempo denunciata come «un dato emblematico, che segnala e anticipa il più vasto quadro di incertezza applicativa in questa materia, pesante soprattutto per gli operatori […]» (G. Forti, *Uno sguardo ai 'piani nobili' del d.lgs. n. 231/2001*, in «RIDPP», 2012, pp. 1249 ss., p. 1269).

[25] Cfr. M. Mantovani, G. Franceschini, *La compliance di ENI*, in *La* corporate governance*: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di Rossi, Giuffrè, Milano 2017, pp.1 ss., p. 2.

[26] V. al riguardo, di recente, P. Astorina, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 222 ss., pp. 395 ss.

che la stessa 'segregazione delle funzioni', restringendo la visuale e lo *stock of knowledge* dei singoli, può spesso consentire rappresentazioni solo limitate e parziali di un determinato comportamento o accadimento che ad una visione panoramica sarebbe apparso diverso; che anche 'flussi informativi' disaggregati non consentono, di per sé, di percepire un fenomeno – o un 'rischio' – che emerge nella sua effettiva consistenza di 'pericolo' solo 'se si incrociano i dati'; che, anche e soprattutto in questi contesti, non esiste un 'rischio zero', perché questa espressione evoca «un fuorviante miraggio e una formula retorica, ora con intenti di rassicurazione sociale, ora con funzione accusatoria»[27]; che ogni colpa implica il superamento di una soglia di rischio consentito e che ogni attività rischiosa implica un livello di accettazione sociale, se svolta nell'osservanza di opportune cautele, e che ogni progetto di prevenzione, specie nei contesti di 'agire lecito' (e costituzionalmente tutelato: art. 41 Cost.), deve rispettare un equilibrio sostenibile – e un criterio di proporzionalità –, bilanciandosi con la necessità di non compromettere l'ordinaria funzionalità dell'attività di impresa[28], che è ricerca di rendimenti in grado di remunerare rischi (i quali a loro volta devono dunque essere soppesati secondo le gradazioni del 'possibile', 'probabile', 'quasi-impossibile' e 'quasi-certo', e parametrati alla *magnitudo* del pregiudizio allo stesso riconnessa)[29].

Ma al contempo avvertiti – sul versante opposto – che la logica della *compliance* estende il raggio di azione delle fattispecie di reato, proiettandole in campo anticipato in chiave prevenzionistica; e soprattutto avvisati – con il monito severo di Keynes – che «l'inevitabile non accade mai, l'inatteso, sempre».

[27] Giunta, *Culpa, culpae*, in «Criminalia», 2018, pp. 569 ss., p. 572.

[28] Per una esplicita tematizzazione del «rischio consentito organizzativo», in questo contesto, v. le acuminate riflessioni di Forti, *Ivi,* pp. 1277 ss.

[29] «Si delineano, conseguentemente, gli estremi opposti, da un lato, dell'evento massimamente pregiudizievole, irreparabile, e pressoché certo, che va tenuto nella massima considerazione, e dall'altro di quello lievissimo, reversibile e assai improbabile, come tale trascurabile. In posizione intermedia si colloca l'eventualità di eventi sfavorevoli, che si caratterizzano per una magnitudo non particolarmente elevata, ma comunque apprezzabile, a loro volta ordinabile a seconda che tali eventi appaiano solamente possibili, mediamente probabili o prossimi alla certezza, e – quanto a effetti – reversibili o meno»: così, ancora, Giunta, *Ivi*, p. 570.

2. *Profetizzare il passato, giudicare l'avvenire*

In una siffatta cornice normativa, così essenziale e laconica, diventa evidente – quale che possa essere il giudizio al riguardo – che il protagonista assoluto del giudizio di idoneità del modello è il *giudice*[30], a cui è concessa una discrezionalità particolarmente ampia e – per così dire – grandangolare, dovendo peraltro valutare l'adeguatezza del modello proiettandola al *tempus comissi delicti* in sede di valutazione retrospettiva della responsabilità dell'ente (secondo una prognosi postuma), ma in non pochi casi dovendo altresì 'giudicare il futuro', se solo si pensa alle previsioni degli artt. 12, comma secondo, lett. b), e 17, comma primo, lett. b), del decreto, ove si prevede una significativa riduzione della sanzione pecuniaria e la neutralizzazione della sanzione interdittiva in presenza di condotte (risarcitorie e di) riorganizzazione preventiva[31].

Non manca, peraltro, chi ha prospettato dubbi di tenuta rispetto al principio di tassatività e determinatezza (art. 25/2 Cost.): e la autorevolezza con cui la Cassazione ha respinto la censura di illegittimità costituzionale[32] potrebbe, comunque, richiedere una verifica aggiornata alla luce delle più recenti e rigorose posizioni della Corte costituzionale (anche solo) sulla necessaria «sufficiente precisione» dell'illecito amministrativo-punitivo[33].

Al di là delle frizioni costituzionali, se si riflette più prosaicamente sul concreto atteggiarsi di un simile scrutinio – che come accennato evoca, per così dire, un giudizio al contempo rivolto al passato e al futuro – e

[30] Si è cercato di evidenziarlo già in V. Manes, A.F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo,* cit., p. 138 ss.; in senso conforme, Grosso, *Funzione di* compliance *e rischio penale,* cit., p. 287, segnalando «una evidente alterazione dei rapporti che dovrebbero intercorrere fra previsione legislativa ed applicazione giudiziale della legge»; secondo Torre, *La 'privatizzazione' delle fonti di diritto penale,* cit., p. 427, la assenza di coordinate legislative e di procedure amministrative di controllo rappresenta una «folle combinazione, in cui si deve denunciare la latitanza dei poteri pubblici», che «finisce per fornire una delega in bianco prima al privato e poi al giudice»; meno preoccupato, al riguardo, G. Fidelbo, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001,* a cura di V. Mongillo, A.M. Stile, G. Stile, Jovene, Napoli 2013, pp. 174 ss.

[31] Sul punto, con spunti comparatistici alla luce dell'esperienza francese, specie con riferimento alla valutazione predittiva – assimilabile «ad un esercizio di *discrezionalità amministrativa*» – richiesta dall'istituto del commissariamento giudiziale, *ex* art. 15 d.lgs. n. 231/2001, v. M. Galli, *Giudicare l'avvenire. Uno studio a partire dalla* Convention judiciaire *d'*'intérêt public', in «RIDPP», 2018, pp. 1285 ss., pp. 1304 ss.

[32] Cass. SU, 18 settembre 2014, n. 38343.

[33] V. in ptc. la sentenza n. 121 del 2018.

se ci si misura, ancor prima, con le difficoltà di redazione del modello che attualmente si fronteggiano, si ha subito l'impressione che il decreto abbia fatto affidamento – forse troppo ingenuamente – su una vastità di orizzonti di scienza ed esperienza in capo al singolo giudice penale che appare davvero eccessiva, chiamandolo a valutare contesti altamente complessi, e strutturalmente interdisciplinari, nei quali si mescolano – assieme a competenze tecnico-giuridiche – competenze di organizzazione aziendale, informatiche, e molte altre, tutte necessarie – appunto – per la costruzione del modello. Ed infatti, nella prassi, ciò che accade è che questa valutazione viene delegata dal giudice ai suoi ausiliari, e fatalmente si sposta, o fa integrale affidamento, sulle analisi di consulenti tecnici e periti, analisi che però difficilmente riescono a correggere l'impronta che ha dato all'accertamento l'organo che ha investigato in sede penale o extrapenale[34].

La 'controllabilità ermeneutica' della valutazione, peraltro, diventa particolarmente sfuggente per la 'bidirezionalità' che – come evidenziato – contrassegna la prospettiva di giudizio: profilo di ambiguità che spesso getta il giudicante in una sorta di *impasse*, in genere risolta attraverso la 'soluzione *passe-partout*' di segno colpevolista, dove la mancanza di esigenze reattive – e di effettiva rimproverabilità rispetto al reato-presupposto commesso – viene colmata da una qualche ravvisata necessità preventiva, e viceversa[35].

3. Carrot-stick approach in the loop

Forse anche per queste complessità 'strutturali', per molto tempo la valutazione di idoneità del modello è stata accompagnata da un tendenziale silenzio giurisprudenziale, quasi che la giurisprudenza – proprio su un punto cardinale della riforma – avesse adottato un atteggiamento di sostanziale diniego.

Come costantemente rilevato in dottrina[36], sembra che ancor oggi si possano contare, in effetti, rarissime eccezioni[37], a riprova che «nella prassi

[34] Così, in termini più generali, E. Amodio, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in «RIDPP», 2008, pp. 1502 ss.; analogamente, Giunta, *Il diritto penale dell'economia: tecniche normative e prova dei fatti*, in «RTDPE», 2017, pp. 544 ss., p. 554.

[35] Cfr. anche Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari,* cit., p. 229.

[36] Cfr., ad es., ancora De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, cit., p. 324; ma v. anche l'aggiornamento offerto da A. Gargani, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in «LP», 2016, pp. 14 ss.

[37] È consueto il richiamo al caso *'Impregilo*', peraltro relativo ad ipotesi in cui veniva

giurisprudenziale la logica del *post hoc propter hoc* ha fatto, comunque, ampiamente breccia»[38], e con essa una 'cultura del rimprovero' (c.d. *blame culture*) mescolata a malintesi intenti di deterrenza, a tutto scapito di ben diverse prospettive di giudizio, orientate ad un invocato 'approccio organizzativo'[39]: anche se manca ancora – almeno a quanto ci consta – una qualche affidabile mappatura soprattutto della giurisprudenza di merito, nell'ambito della quale si registrano talvolta – specie in sede cautelare – decisioni che riconoscono la validità del modello[40].

Non è peraltro semplice indagare la genesi – o la patogenesi – della ritrosia giurisprudenziale a ritenere il modello 'idoneo': al di là del sospetto – subito paventato da più parti – che ogni valutazione successiva alla verificazione del reato possa risultare inevitabilmente condizionata da paralogismi (come appunto il '*post hoc propter hoc*') o dal proverbiale 'senno di poi' (*hindsight bias*), o persino annullarsi nel mero criterio della 'immedesimazione organica'[41], verrebbe da pensare che la giurisprudenza – non diversamente da quanto accade in altri ambiti – si dimostri incline ad un' 'ipervalutazione' del c.d. 'agente modello'[42], facendo leva su una

in rilievo l'art. 6 d.lgs. 231, cit.: GUP Tribunale di Milano, 17 settembre 2009, in «Le Società», 4, 2010, pp. 473 ss., con nota di C.E. Paliero e V. Salafia; App. Milano, 21 marzo 2012, n. 1824, in «Fisco on line», 2012. Al di là delle affermazioni di principio, tuttavia, l'esempio non può più essere annoverato tra i 'precedenti' a favore della validazione giudiziale sulla idoneità del MOG: infatti, la Corte di Cassazione (Cass., Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 3307, in «Società», 4, 2014, pp. 469 ss., con nota di Paliero e Salafia) ha successivamente rovesciato la valutazione di merito ed è giunta ad escludere l'idoneità del modello, ritenendo che il modello era stato costruito in modo da consentire facilmente l'elusione dei protocolli da parte degli amministratori.

[38] Grosso, *Funzione di* compliance *e rischio penale,* cit.

[39] Forti, *Uno sguardo ai 'piani nobili' del d.lgs. n. 231/2001,* cit., pp. 1273 ss., con diffusi richiami a M. Catino, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, il Mulino, Bologna 2009, pp. 166 ss.

[40] Per un caso in cui si è ritenuto correttamente assolto l'onere di adozione di modello idoneo, giungendo all'assoluzione dell'ente, tratto a giudizio per il fatto di soggetti sottoposti all'altrui vigilanza (*ex* art. 7, decreto 231) relativamente ad una ipotesi di omicidio colposo con violazione della normativa antinfortunistica, v. Trib. Catania, Sez. IV, 14 aprile 2016, n. 2133, giud. Benanti, in <*http://www.penalecontemporaneo.it*>, 13 gennaio 2017, con nota di A. Orsina, *Il caso 'Rete ferroviaria italiana s.p.a.': un'esperienza positiva in tema di colpa di organizzazione*.

[41] In base al quale affermare, *sic et simplicter*, «l'ente risponde perché il suo esponente è colpevole!»: A. Fiorella, N. Selvaggi, Compliance programs *e dominabilità 'aggregata' del fatto,* cit., p. 115.

[42] 'Agente modello' che già di per sé è un *topos* colpevolista: sul punto, Giunta, *Culpa, culpae,* cit., p. 586, ed anche Id., *Com'è (dis)umano lei! Quando il diritto è prigioniero delle metafore*, in «Discrimen», 29 dicembre 2020; per un istruttivo bilancio sul punto, cfr.

figura di ente-idealtipico viva solo nell'iperuranio platonico; e così finisca per travestire sotto le mentite spoglie della colpa di un surrettizio 'obbligo di astensione' partorito da ambigui obiettivi di prevenzione generale, da una qualche istanza di precauzione o – più sinceramente – da retrostanti intenti di moralizzazione del *corporate behaviour*, generati anche da una sorta di diffidenza nel giudicante, essendo in fondo gli stessi destinatari della disciplina a produrre le possibili fonti della loro colpa[43].

Si indulge, insomma, ad elevare l'asticella sino a pretese oggettivamente e soggettivamente insostenibili per la *societas eiusdem*, specie se ci si misura con la realtà del panorama italiano; e tanto più oggi che il catalogo dei reati-presupposto – e dei corrispondenti 'oneri di prevenzione' – è un *numerus* solo apparentemente *clausus*, già da tempo contrassegnato da una 'potenzialità di espansione quasi illimitata'[44].

In questa prospettiva, del resto, è stato a più riprese evidenziato che uno dei punti di maggior debolezza del sistema è la sua sovraestensione, e la scarsa attenzione alla concreta morfologia dell'impresa italiana, fatta per gran parte di piccole e medie imprese, non di 'imprese modello'; anzi di imprese largamente informali – e destrutturate – nelle loro scelte di organizzazione[45], peraltro spesso caratterizzate da un forte accentramento dei centri decisionali che non rende credibile – si suole rimarcare – la scissione tra volontà dell'autore ed illecito dell'ente.

Ancora, alla base del diffuso silenzio giurisprudenziale sembra esserci anche una forma di disincanto – se non di resistenza culturale – rispetto ai dispositivi del decreto 231 ed alla stessa *ratio* di fondo che lo ispira. In effetti, al pragmatismo che ispira la renitenza di alcune procure a contestare la responsabilità *ex delicto* dell'ente (ritenuto un inutile aggravamento, se non quasi un'arma a doppio taglio, per l'economia processuale)[46],

V. Attili, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in «RIDPP», 2006, pp. 1240 ss.

[43] Un atteggiamento più generale, invero, percepibile in ogni settore dove l'attività di impresa – o l'attività lavorativa *tout court* – si misura con macrolesioni di diritti personalissimi, come vita e incolumità individuale.

[44] Paliero, *sub Art. 7,* cit., p. 188.

[45] *Dieci proposte per una riforma del d. lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità 'penale' degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di M. Centonze, M. Mantovani, il Mulino, Bologna 2016, p. 285.

[46] E ciò perché questa scelta – *discrezionale* – permette forse sì di colpire l'ente alla fine del processo (ovviamente, in caso di esito vittorioso per l'accusa), ma al prezzo di complicare il percorso dell'accertamento delle responsabilità individuali. Nella prassi, del resto, la contestazione dell'illecito all'ente – non solo per ragioni processuali – è affidata ad un elevato coefficiente di casualità, essendo statisticamente infrequente (come indicato dalla

sembra fare da *pendant* la risolutezza spiccia con cui – nella più parte dei casi – la colpa organizzativa viene contestata all'ente – sostanzialmente *per relationem* al reato commesso, spesso senza puntualizzazione alcuna – e, simmetricamente, il giudice ne motiva la corresponsabilizzazione, con un corpo argomentativo inversamente proporzionale all'analiticità con cui si è scandagliato il piano delle responsabilità individuali, quasi che il primo sforzo esoneri da altrettanta energia sul secondo versante. Il tutto in una prospettiva dove, ovviamente, motivare l'inidoneità del modello è molto più semplice che non sostenere con convincenti argomentazioni la tesi opposta, specie se si indulge sulle accennate scorciatoie offerte dal proverbiale 'senno di poi', e dal corredo di corollari che lo veicolano (la società 'ben avrebbe potuto', 'ben avrebbe dovuto', dove 'potere è dovere', o, peggio, 'dovere è potere', etc.).

In questo dedalo di scorciatoie, semplificazioni e paralogismi, in definitiva, l'impressione è che la valutazione sul modello resti frequentemente sospesa – per così dire – nel deserto di ghiaccio dell'astrattezza: mentre la colpevolezza di organizzazione implica sempre la necessaria ricostruzione di una puntuale connessione tra *deficit* organizzativo e singolo fatto criminoso[47].

Ciò che è certo, in ogni caso, è il carico di conseguenze di questo atteggiamento di autentico 'diniego', e il 'circolo vizioso' che – se lo si somma ad ulteriori fattori di aleatorietà come appunto la stessa

Procura di Milano, nel suo bilancio di responsabilità sociale, evidenziando che nel 2014-2015 ha attivato la giurisdizione penale societaria solo per il 10% dei procedimenti per reati presupposto, con 8 iscrizioni su 78 casi), e spesso oggetto di (arbitraria) considerazione solo *in limine litis* – o in 'zona Cesarini' –, se cioè residua un tempo sufficiente per occuparsene, perché il coinvolgimento degli enti (con i rispettivi difensori) rischierebbe di compromettere i termini di prescrizione del reato contestato all'autore 'persona fisica' (valendo per l'ente, come noto, un diverso regime prescrizionale). Di fatto, «la responsabilità delle persone giuridiche viene perseguita in modo fortemente disomogeneo sul territorio nazionale, secondo i criteri più disparati, variabili da procura a procura, ancorati ora al tipo di reato presupposto, ora alla disponibilità di risorse degli uffici o alla preparazione in materia dei singoli magistrati, ora addirittura alla convenienza economica, in ragione delle congetturate disponibilità economiche dell'ente» (così, con forti accenti critici, M. Ceresa Gastaldo, *Esigenze cautelari e obiettivi riparatori nei processi di criminalità economica*, in *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata*, a cura del CNDPS, Giuffre 2017, pp. 193 ss., p. 197 ss.; ma al riguardo, con ulteriori dati e valutazioni, v. anche F. Ruggeri, *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale*, in «RIDPP», pp. 55 ss., pp. 66 ss.).

[47] Al riguardo, M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in «Riv. soc.», 2002., p. 409; Paliero, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in «RIDPP», 2008, pp. 1516 ss.; v. anche Torre, *La 'privatizzazione' delle fonti di diritto penale,* cit., pp. 409 s.

contestazione dell'illecito *ex delicto* all'ente – complessivamente ne deriva: il bassissimo grado di riconoscimento giudiziale dell'idoneità del modello – ben prima che rendere ogni pratica di *detecting* e *self-reporting* una sorta di *harakiri* – disincentiva 'a monte' il mondo dell'impresa ad adottarlo, inceppando la logica premiale – e più in generale l'approccio dialogico e il gioco cooperativo ('*dynamic enforcement game*') – su cui poggia il decreto 231, e con essa il progetto pedagogico di implementazione preventiva '*soft*' della legalità di impresa che attraversa ogni forma di *criminal compliance*[48]; un autentico *loop* del meccanismo *carrot-stick*, giacché la aspettativa di colpevolezza in capo all'ente – al pari, paradossalmente, di una elevata aspettativa di 'farla franca' – segna non solo il fallimento del programma di «prevenzione mediante autocontrollo» ma anche l'inaffidabilità della stessa proposta collaborativa da parte dello Stato, dissuadendo le imprese ad affrontare costi (economici e organizzativi) certi a fronte di conseguenze incerte, se non utopistiche.

È quella che si potrebbe definire una sorta di '*overdeterrence trap*' che rompe il circuito comunicativo con chi da quel dialogo ha poco o nulla da guadagnare, sino a poter alimentare una autentica '*culture of distrust*'.

Del resto, se lo zelo organizzativo non conviene più, è pur sempre possibile 'correre ai ripari', adottando un modello *post crimen patratum* con vantaggi comunque significativi [v. in ptc. l'art. 12, co. 2 e 3, e l'art. 17, co. 1, lett. b); ma anche e soprattutto l'art. 49 d.lgs. cit.[49]], e magari per questa via accedendo – come spesso accade – ad un ragionevole 'patteggiamento'[50], accettato come forma di tollerabile *pricing* –anche perché privo di contenuti censori– rispetto all'incuranza (e all'economia) organizzativa iniziale[51].

[48] Sul meccanismo cooperativo sotteso alla *criminal compliance*, ed orientato ad osservanza, accondiscendenza, collaborazione, conformismo normativo, etc., v. D. Bock, *Criminal compliance*, Baden-Baden, Nomos 2010, pp. 19 ss.

[49] Dove il modello, adottato *ex post*, con funzione riparatoria, rileva ai fini della sospensione delle misure cautelari di tipo interdittivo, alla condizione che il modello sia idoneo ad escludere il pericolo di recidiva, quindi intervenga su condizioni strutturali che hanno consentito o favorito la realizzazione di un reato: il che significa che (solo) «ove la genesi di un modello sia guidata da una forma di controllo pubblico – in questo caso è il controllo concomitante del giudice – le fonti di autonomia privata vengono integrate nell'ambito dell'ordinamento generale» (così Torre, *Ivi,* pp. 416 ss.).

[50] I patteggiamenti sono implicitamente condizionati all'adozione di modelli efficaci, essendo preclusa l'applicazione della pena concordata in caso di pene interdittive (art. 63 d.lgs. 231 cit.): sul tema, nella prospettiva più ampia della giustizia negoziata, v. Donini, Compliance*, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici,* cit., pp. 33 ss., pp. 38 ss.

[51] Sulle ragioni che spingono l'ente al rito negoziale, v. gli stimolanti rilievi di M. Caputo, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza nelle manovre sulla pena delle parti*,

Con buona pace del progetto preventivo che il sistema di *corporate liability* si riprometteva di incentivare, affidando il 'governo dei rischi' al *private patrolling* delle singole imprese. E non senza possibili, minacciose ricadute anche sul piano delle responsabilità delle persone fisiche, visto che l'inidoneità/inefficace attuazione del modello – specie in materia di sicurezza sul lavoro – viene talvolta ravvisata come indizio della *culpa in vigilando* del garante originario, e di conseguente inefficacia della delega di funzioni[52].

4. *La verifica della 'colpa di organizzazione': dogma e pragma*

Ciò premesso, è dunque utile – e forse urgente – tornare ad analizzare il paradigma di riferimento su cui declinare il giudizio di idoneità del modello, anche solo per tentare di offrire qualche indicazione di metodo che possa guidare il compito di chi deve valutarlo[53], partendo dall'ambientazione penalistica offerta, in particolare, dal paradigma della colpa: per scongiurare il rischio che l'evento-reato si trasformi in una mera condizione obiettiva di punibilità anche a fronte di un ragionevole adempimento degli oneri organizzativi, e così evitare di abbandonare la responsabilità dell'ente sulle secche della *strict liability*[54].

Una simile scelta – sia detto solo per inciso – non sembra peraltro inequivocabilmente imposta dalla venatura *intrinsecamente punitiva* che – indubbiamente – caratterizza l'illecito *ex delicto* (e le sanzioni amministrative) dell'ente, posto che né il pur vasto corredo di garanzie costituzionali[55] né

in «RIDPP», pp. 203 ss., pp. 213 ss.

[52] Cfr. ancora M. Caputo, V. Mongillo, *Sicurezza dei lavoratori inviati all'estero, compliance 231 e responsabilità penale dei consiglieri di amministrazione,* cit., p. 363, rilevando che un modello privo di un efficace sistema di verifica e controllo non sarebbe in grado di neutralizzare il dovere di vigilanza sul delegato, «lasciando sopravvivere una responsabilità per *culpa in vigilando* a carico del datore di lavoro che si disinteressi di verificarne l'operato».

[53] Sui profili contenutistici si rinvia al citato, perspicuo lavoro di Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale,* cit., dove viene descritta con grande acribia tutta la ricchissima composizione di un modello e le sue criticità.

[54] Per più ampie considerazioni, sul punto, si consenta il rinvio a V. Manes, A.F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità penale degli enti*, cit., pp. 138 ss.

[55] Le garanzie che la Corte costituzionale – sulla scia dell'approccio sostanziale seguito dalla giurisprudenza della Corte EDU – ha esteso all'illecito amministrativo punitivo ovvero a misure afflittive formalmente non penali, ricomprendono infatti l'irretroattività (ord. n. 97 del 2009, sent. n. 196 del 2010; ma v. ora anche la sentenza n. 32 del 2020),

quelle convenzionali[56] che presidiano la *matiére pènale* sembrano offrire, al riguardo, indicazioni perentorie: ma questa ambientazione dogmatica appare comunque la ricostruzione più rispettosa della genesi della disciplina italiana e della sua raffinata architettura (sin dalla Relazione che accompagna il decreto 231)[57], più rispondente alla sostanza delle cose[58], e soprattutto appare più congeniale ad assicurare quella 'funzionalità dialogica' su cui si fonda l'impianto del decreto 231, come del resto ogni progetto di *compliance* che ambisca ad essere praticabile[59].

In questa prospettiva, dunque, si cercherà di stilizzare – nei limiti consentiti da questo breve scritto – quale dovrebbe essere il corretto procedimento valutativo sull'idoneità del modello, con una sequenza che si può sintetizzare secondo la seguente partizione, utile, forse, a ridurre i rischi che la verifica giudiziale si lasci permeare da arbitrarie operazioni di *gap filling*.

Più in particolare, facendo tesoro di una ipotesi ricostruttiva che sembra aver trovato – pur con diversità di accenti – un crescente e convergente riscontro in dottrina e giurisprudenza, il modello 'dogmatico' di riferimento dovrebbe essere quello di una responsabilità autonoma dell'ente[60] focalizzata su una rimproverabilità essenzialmente organizzativa, che – per quanto concerne il rapporto di imputazione che salda la responsabilità dell'ente

la *lex mitior* (con la svolta dovuta alla sentenza n. 63 del 2019), i principi della sufficiente precisione del precetto sanzionato (ad es. sent. n. 121 del 2018), del *ne bis in idem* (di recente, *inter alia*, la sent. n. 43 del 2018) e di proporzionalità (sent. n. 112 del 2019), ma non il principio di colpevolezza (in particolare, negano l'applicabilità dell'art. 27 Cost. a sanzioni non penali in relazione agli illeciti di cui alla l. n. 689 del 1981, ad es., le ordinanze n. 420 e n. 421 del 1987; maggiori aperture si intravedono nella sentenza n. 118 del 2011, almeno secondo Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Giappichelli, Torino 2017, p. 111; sul punto, in senso critico, L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino 2018, p. 19).

[56] V. al riguardo la puntuale ricostruzione di Consulich, *L'ente alla Corte. Il D.Lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in «RASE», 4, 2019, pp. 21 ss.

[57] Sul punto, pur muovendo dallo specifico settore esaminato, v. ad es. le considerazioni generali di M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Jovene, Napoli 2012, pp. 153 ss.

[58] V. al riguardo già i rilievi di Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffre, Milano 2004, pp. 45 ss.

[59] Una ambientazione dell'ottica della sostenibilità e prevedibilità dei rischi è funzionale a rendere la *compliance* un '*workable concept*', perché essa è «*a promising concept but not without limitations*»: Engelhart, *The nature and basic problems of compliance regimes,* cit., p. 248.

[60] Confermata dall'art. 8 d.lgs. cit., ed impregiudicato in questa sede il tema della natura 'monosoggettiva' o concorsuale del tipo di illecito posto in capo all'ente.

all'adeguatezza della 'macrostruttura preventiva' (il MOG) che essa ha l'onere di adottare – rimanda allo schema dell'illecito (omissivo) colposo di evento[61]: schema ovviamente adattato e rivisto rispetto ai paradigmi tralaticii dell'*Individualstrafrecht*[62] – visto che al cuore dei modelli stanno cautele impeditive di illeciti in gran parte dolosi[63] – ma che pur sempre esige di accertare presupposti e limiti di una colpevolezza dell'ente (*Organisationsverschulden*) per l'evento-reato che si è verificato[64].

[61] In questo senso la dottrina più attenta a questi temi: C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in «RASE», 3, 2006, pp. 167 ss.; Piergallini, *Ivi,* pp. 2099 ss.; Paliero, *sub Art. 7,* cit., pp. 186 ss.; «un colposo modo di essere organizzato», secondo A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, Bologna 2010, p. 220; anche per De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato,* cit., pp. 391 ss., si tratta di una colpevolezza «[…] *ipernormativa* e *oggettivizzata*, contraddistinta da una spiccata *vocazione preventiva* ed essenzialmente *colposa*»; via via con accenti originali, v. anche le istruttive indagini di Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 423 ss., pp. 434 ss. e Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità,* cit., pp. 21 ss., pp. 153 ss., in ptc. pp. 230 ss., ulteriormente spingendo nella prospettiva «di ricavare uno spazio e un ruolo (predefiniti) alla precauzione nell'ambito della responsabilità colposa individuale e dell'ente»; ed ancora, N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, 5ªed., Cedam, Milano 2020, pp. 49 ss.; Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 656 ss.; analogamente, Greco, *L'illecito dell'ente dipendente da reato,* cit., pp. 2097 ss., e G. Fiorelli, *La* vocatio in iudicium *dell'ente, tra istanza di semplificazione probatoria e forme di responsabilità 'senza fatto'*, in «RIDPP», 2018, pp. 1258 ss., p. 1275, evidenziando i rischi di un 'automatismo imputativo' e, viceversa, la necessità di una puntuale indicazione dell'addebito di colpa organizzativa sul piano della contestazione, con contestazioni implicite «appiattite sulla sola *relatio* all'imputazione penale» (M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, Torino 2017, p. 177); per un diversa strutturazione della colpevolezza di organizzazione a seconda che si tratti di reati/decisione e reati in attività, v. anche Torre, *La 'privatizzazione' del diritto penale,* cit., p. 410 ss.; inoltre, G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo*, Jovene, Napoli 2009, pp. 195 ss.

[62] Per un affresco a tutto tondo, si rinvia alla perspicua ricostruzione di Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, in «ED», Annali, X, Milano 2017, pp. 222 ss., segnalando peraltro diverse note distintive tra il paradigma della «colpa individuale» e quello della «colpa (*rectius*: colpevolezza) di organizzazione»; altamente istruttivo pure l'approfondimento di Giunta, *Culpa, culpae,* cit., pp. 569 ss.

[63] Donini, Compliance*, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici,* cit., p. 36, secondo il quale si tratta appunto di «cautele impeditive dell'illecito, ma […] ad un tempo *forme di colpa nel dolo*»; muovendo dallo stesso rilievo in ordine alla particolare difficoltà di confezionare cautele orientate alla ragionevole riduzione dei reati dolosi, v. anche Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in «DPP», 2019, pp. 530 ss., p. 534, che evoca come più pertinente la nozione di «cautele frappositive» rispetto al rischio di verificazione del reato.

[64] In linea, del resto, con un dispositivo di imputazione della responsabilità che appare espressamente evocato – del resto – da testuali riferimenti in chiave commisurativa: in

In questa prospettiva, il primo passaggio conduce dunque – salvo quanto si puntualizzerà con riguardo al 'fatto' degli apicali[65] – ad assumere come 'generale e strutturale' criterio di imputazione della responsabilità – appunto – il paradigma della colpa (nelle forme della «colpa di organizzazione»), in seno al quale il modello organizzativo può essere visualizzato e ravvisato, anzitutto, come sistema di cautele organizzative (procedurali, di controllo, etc.) [66] al metro della cui inosservanza misurare – appunto – la verificazione dell'evento-reato, in linea – soprattutto – con il precipuo processo di concretizzazione imposto dai criteri della prevedibilità ed evitabilità[67]. Questo inquadramento impone al giudice che si appresti a verificare la predisposizione di un modello *idoneo* – come contenuto primario del dovere di diligenza in capo all'ente – di seguire tutte le sequenze procedurali tipiche dell'illecito colposo, e della sua verifica processuale, che dovrà spingersi sino a scandagliare la effettiva prevedibilità e prevenibilità dell'evento, la sua 'connessione con lo scopo di protezione' della disciplina oggetto di autonormazione, ossia la concreta impedibilità del fatto-reato così come la stessa esigibilità dell'adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo: tutti momenti decisivi per evitare che il modello di corresponsabilizzazione dell'ente si abbandoni alla deriva del *versari in re illicita*.

ptc., l'art. 11, comma primo, ove si evoca il «grado di responsabilità dell'ente»; l'art. 13, comma primo, lett. *a*), ove si annovera tra i presupposti applicativi delle sanzioni interdittive – nel caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti «sottoposti all'altrui vigilanza» –, il fatto che la sua commissione sia stata determinata o agevolata da *gravi carenze organizzative*: v. al riguardo ed ancora De Simone, *Ivi,* p. 391.

[65] Mentre l'art. 7 sembra profilare con maggior chiarezza, ed in positivo, il paradigma della «colpa di organizzazione», l'art. 6, in effetti, pare declinato su un paradigma 'rovesciato' di colpevolezza, che sembrerebbe imposto – quanto ai soggetti apicali – dal chiaro riferimento dell'art. 6, primo comma, del decreto, ove appunto si prevede che «[…] l'ente non risponde se prova che […]», evocando quella che è stata diffusamente identificata come una «presunzione di colpa organizzativa», declinata in chiave di vera e propria «inversione dell'onere della prova»: e tuttavia, in linea con una impostazione che sembra prendere piede in dottrina, la stessa Cassazione è giunta ad affermare che nell'ipotesi prevista dall'art. 6 graverebbe comunque sulla pubblica accusa l'onere di dimostrare «la commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231 e la carente regolamentazione interna dell'ente» (così la già citata SU, 18 settembre 2014, n. 38343, sulla traccia di Cass., Sez. VI, 18 febbraio-16 luglio 2010, n. 27735).

[66] Sulla «colpa di organizzazione» come requisito centrale nel sistema del decreto n. 231 del 2001, v. tra gli altri M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in *Manuale di diritto penale*, XIII ed. a cura di C.F. Grosso, Giuffrè, Milano 2007, pp. 865 ss.; per più ampie considerazioni, De Simone, *Ivi*, p. 391 ss., p. 403 ss.

[67] Verifica il cui onere probatorio dovrebbe in ogni caso – ma il punto è discusso – gravare in capo all'accusa: V. al riguardo ancora De Simone, *Ivi*, p. 395, anche per gli ulteriori riferimenti.

Ciò significa, dunque, scandire alcuni passaggi fondamentali che rappresentano gli snodi essenziali dell'accertamento dell'addebito colposo, in ogni sua forma, e che sono parimenti decisivi anche in un contesto in cui si parla di «colpevolezza di organizzazione», centrata appunto sulla predisposizione di una «organizzazione dell'organizzazione», e dunque – in controluce – sul riscontro di precipui '*deficit* organizzativi' che abbiano agevolato la commissione del reato da parte dell'autore materiale, ovvero 'carenze' nella strutturazione delle cautele organizzative, procedurali o di controllo che abbiano «in concreto contribuito alla realizzazione dell'illecito penale della persona fisica»[68]:

1) primo passaggio: individuazione della cautela, ossia della precipua regola cautelare che si assume essere stata violata dalla verificazione dell'evento reato, secondo il modello (non dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, bensì) della *societas eiusdem negotii et condicionis*;

2) secondo passaggio, delicato quanto decisivo: ricostruzione della c.d. 'causalità' della colpa, consistente nella verifica della connessione tra l'evento-reato che si è verificato e lo scopo della regola precauzionale violata, ad accertare se il primo corrisponda al 'tipo' di quelli che la cautela omessa o negligentemente attuata mirava a prevenire[69];

3) terzo passaggio, altrettanto decisivo e troppo spesso negletto: verifica sulla capacità concretamente impeditiva del c.d. comportamento alternativo lecito, per accertare se la regola violata possa essere ravvisata come reale antecedente colposo dell'evento-reato; sotto questo profilo, l'accertamento dell'idoneità del modello dovrebbe rispondere alla seguente domanda: quand'anche il modello fosse stato adottato e fosse stato adottato secondo un parametro di idoneità, adeguatezza, correttezza, sarebbe stato in grado di evitare quell'evento reato che si è verificato? Se la risposta dovesse essere negativa dovremmo concludere comunque – quale che siano le negligenze organizzative riscontrate – per l'assenza di una possibilità di imputare quell'evento-reato alla disfunzione organizzativa dell'ente;

4) quarto passaggio, verifica della *concreta esigibilit*à del c.d. comportamento alternativo lecito – ossia l'adozione di un modello

[68] Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali,* cit., pp. 393 ss., pp. 409 ss.

[69] Problema aperto se, nella peculiare dinamica che vede combinarsi la responsabilità dell'ente a responsabilità individuali (spesso dolose), l'accertamento debba accontentarsi di rintracciare non già un nesso causale rigoroso, bensì un 'nesso di rischio', rispetto al quale la cautela omessa o negligentemente attuata avrebbe garantito – quanto meno – una apprezzabile riduzione del rischio (v. anche *retro*, n. 64).

organizzativo idoneo – che avrebbe avuto, nel caso di specie, effettiva capacità impeditiva; verifica che deve logicamente estendersi anche all'ipotesi contigua – prevista in generale nel decreto, ed altresì oggetto di disposizioni settoriali specifiche[70] – di aggiornamento del modello in caso di novazioni legislative, così come di avanzamento delle conoscenze nomologiche sui rischi tipici (dove la 'tempestività di reazione' deve misurarsi – appunto – in ragione delle concrete possibilità dell'ente, in un giudizio aperto a valorizzare anche l'eventuale, concreto attivarsi in quella direzione); sino a concludere – si è evidenziato esemplificando sul terreno dei reati colposi in materia antinfortunistica – per l'assenza di rimproverabilità in capo all'ente ove «tenuto conto delle dimensioni, del grado di complessità e del livello di risorse, propri della persona giuridica, in prospettiva *ex ante* l'illecito di evento non rientrava in concreto nella sfera di dominabilità dell'apparato organizzativo, in quanto riconducibile ad una sfera di inosservanze rilevanti sul piano meramente esecutivo (con conseguente inesigibilità di un diverso assetto organizzativo-gestionale»[71]. Alla luce di questa sequenza, si possono dunque declinare le diverse ipotesi che, partendo dalla concretezza della prassi applicativa, si possono astrattamente formulare per 'testare' il processo di verifica e validazione dell'idoneità del modello.

Se ne possono ipotizzare – ma la casistica potrebbe spingersi ben oltre – almeno quattro, secondo una scala di gradazione decrescente del coefficiente di 'colpevolezza organizzativa'[72]:

a) l'ipotesi di assenza *tout court* del modello, nella quale cioè quel 'dispositivo di autorinforzo' non risulta essere stato adottato – prima della verificazione dell'evento-reato – nella specifica realtà d'impresa (senza che

[70] L'art. 6, comma primo, lett. a), che affida il compito di aggiornamento del modello all'OdV; l'art. 7, comma quarto, lett. a) che impone all'ente di operare sul modello «una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività»; mentre in sede di disciplina specifica, il comma quarto dell'art. 30 TUSL prevede che il modello debba contemplare un «sistema di controllo idoneo a monitorare il mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate», specificando altresì che «il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico».

[71] A. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro: responsabile 'per definizione' la persona giuridica?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli 2011, p. 1964; su quella traccia, Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità,* cit., p. 66.

[72] In questo senso, Masullo, *Ivi,* p. 279 ss.

tale assenza possa essere surrogata – si è affermato talvolta in giurisprudenza[73] – dalla mera adozione del codice etico o dall'istituzione di procedure organizzative che non siano espressamente finalizzate a neutralizzare il rischio della responsabilità da reato dell'ente); a tale ipotesi – che indubbiamente incarna il grado più intenso di «colpevolezza di organizzazione» e il massimo indice di *recklessness*, se non la radicale incuranza (*no care*) per gli interessi pregiudicati – si può affiancare, come immediatamente prossima, quella del mancato adeguamento/aggiornamento del modello rispetto a fattispecie successivamente ricomprese nel catalogo dei reati-presupposto (modello parziale o lacunoso);

b) l'ipotesi, molto frequente nella prassi, di presenza del modello, ma di assenza nel modello dello specifico rischio che si è, poi, concretamente verificato nell'evento-reato; l'ipotesi, in altri termini, in cui il sistema di *compliance* evidenzi una lacuna, consistente nel fatto che il modello non ha preso in considerazione quel peculiare focolaio di rischio (con ovvia diversificazione dei termini di rimproverabilità a seconda se tale rischio possa o meno definirsi 'intrinseco' o quanto meno 'prossimo' rispetto alla tipologia di attività esercitata);

c) l'ipotesi di presenza del modello, nell'ambito del quale è stato preso in considerazione lo specifico rischio, ma dove si registra nella dinamica delittuosa concreta l'inosservanza della cautela indicata nel modello, dunque di un mancato rispetto in fase esecutiva delle cautele organizzative, procedurali, etc., dedotte nel MOG;

d) l'ipotesi di presenza del modello, che ha preso in considerazione lo specifico rischio, a cui ha fatto seguito nel caso concreto una attività rispettosa della cautela, alla quale è tuttavia seguita comunque la verificazione del reato.

[73] Cfr. Cass. Sez. VI, 17 aprile 2018, n. 38243, sulla quale v. A. Bassi, F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente,* cit., p. 184; più aperta alla valorizzazione di procedure interne implementate prima dell'adozione del modello, tuttavia, Cass. Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518, che comunque, sulla base della loro già riscontrata inidoneità preventiva, conferma la condanna dell'ente.

5. *Realismo e concretezza nella valutazione giudiziale sulla 'compliance sostenibile'*

Orbene, se ci si premura di adottare questo *modus procedendi* e se si è conseguenti con tali assunzioni di base, lo schema delineato dovrebbe condurre ad affrontare una serie di insidie valutative, neutralizzando indebiti e fuorvianti automatismi specie (ma certo non solo) in relazione a situazioni caratterizzate da una non corretta strutturazione – o dal difettoso funzionamento – di componenti extraprocedurali del modello: basti pensare, solo a titolo di esempio, ad una non corretta strutturazione dell'organismo di vigilanza; ovvero ad una non corretta strutturazione del sistema disciplinare di sanzioni che accompagna le violazioni all'interno dell'ente.

A questo riguardo, il rispetto rigoroso della sequenza logica (e dogmatica) imposta dall'accertamento della colpa – come evidenziata – potrebbe far emergere una assenza di correlazione tra i difetti strutturali e procedurali e l'evento-reato concretamente verificatosi, e condurre ad escludere la 'colpa di organizzazione' dell'ente, in una logica quanto più possibile ispirata ad una dimensione normativa di rimproverabilità: del resto, una iper-valorizzazione dei difetti strutturali che però siano risultati eccentrici rispetto allo specifico focolaio di rischio poi verificatosi – così come la sovrastima di un rischio evidentemente esogeno rispetto al *core-business* delle attività esercitate[74] –, rischiano di fondare la responsabilità dell'ente su un rimprovero squisitamente oggettivo, ed ancora una volta sul vieto canone del *versari* (per il quale, in sostanza, l'ente che si trovava in una situazione di illiceità è chiamato a rispondere *etiam pro casu*, a prescindere dunque da una colpevolezza per il fatto-reato concretamente accertata); e così pure – simmetricamente – una sottovalutazione di eventuali prassi operative, che, pur non 'entrate' formalmente nel modello, potrebbero condurre ad escludere – ove costantemente seguite – una sostanziale rimproverabilità organizzativa in capo all'ente.

Analogamente, 'prendere sul serio' un metodo di accertamento incentrato sulla sequenza dell'illecito colposo dovrebbe condurre a neutralizzare schemi

[74] Per una istruttiva esemplificazione, che ha condotto a non considerare il rischio di *Travel Health, Safety & Security* quale rischio 'esogeno', bensì intimamente connaturato alla peculiare attività lavorativa svolta dai dipendenti di un *general contractor* internazionale (e segnatamente quale rischio '*safety*' e non genericamente quale rischio '*security*'), cfr. ancora il caso Bonatti, e le osservazioni M. Caputo, V. Mongillo, *Sicurezza dei lavoratori inviati all'estero, compliance 231 e responsabilità penale dei consiglieri di amministrazione,* cit., pp. 366 ss.

piegati a logiche ricalcate sul 'tipo d'autore', della 'colpevolezza per il modo di essere'[75], anche al cospetto di un ente neghittoso e inerte che – ad esempio – non abbia adottato il modello, o non lo abbia successivamente aggiornato a nuove ipotesi criminose introdotte tra i reati presupposto.

Anche in questo caso-limite – che pur potrebbe sembrare paradossale, ed essere visto come scelta di 'disorganizzazione' di per rimproverabile[76] –, se ci si sforza di muovere dall'impostazione che attinge al paradigma colposo, persino la assenza *tout court* del modello potrebbe non risultare dirimente, se ad esempio si accerta che quel reato si sarebbe comunque verificato (dunque non era evitabile) o se comunque il reato realizzato sarebbe stato eccentrico rispetto al cono proiettivo cautelare di un modello operativo 'ben strutturato' (dunque non era prevedibile nella sua concreta modalità attuativa); o, ancora se comunque l'organizzazione dell'ente, pur non formalizzata in un modello organizzativo, risulta comunque adeguata a prevenire quel rischio reato, in forza di ulteriori e diversi presidi preventivi previamente adottati[77], che potrebbero comunque deporre per un ente dimostratosi – per così dire – 'di fatto' *compliant*[78].

Del resto, nella prospettiva accennata, la stessa assenza di cautele organizzative riferibili al rischio verificatosi o persino il più radicale mancato

[75] V. al riguardo A. Fiorella, N. Selvaggi, Compliance programs *e dominabilità 'aggregata' del fatto*, cit., p. 114 (e nota 33).

[76] Così, in effetti, Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit., pp. 207 ss., ritenendo che «non è qui assolutamente rintracciabile un paradigma di colpa specifica in termini tecnico-penalistici […]»; analogamente, Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., pp. 534 ss., che ravvisa in questi casi una responsabilità «per assunzione di un *rischio illecito*, consistente nella *decisione, consapevole o comunque rimproverabile, di abbandonarsi al rischio di commissione di un qualsiasi reato-presupposto*».

[77] Per talune aperture in questa direzione v. ad es. Cass. Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518, non negando rilievo a «le procedure di monitoraggio e controllo adottate dall'ente prima dell'adozione del modello di organizzazione».

[78] Se, dunque, può certo condividersi il dato di fatto per cui – in assenza di un modello organizzativo tempestivamente adottato – la società dovrà fronteggiare significative difficoltà sin nell'impostazione della propria linea di difesa nel processo, sembra eccessivo ritenere ogni difesa *tout court* preclusa (sul punto, Grosso, *Funzione di* compliance *e rischio penale,* cit., p. 292): al riguardo, non sembrano decisivi i riferimenti normativi che richiamano l'assenza del modello – certo manifestazione di una grave carenza organizzativa – come circostanza sfavorevole in sede di commisurazione della sanzione pecuniaria (art. 11, comma primo, d.lgs. cit.), o come criterio di scelta del 'tipo e la durata' delle sanzioni interdittive (art. 14, comma primo, d.lgs. cit.): del resto, anche l'art. 133 c.p., comma primo, n. 3), evoca il grado della colpa in sede di commisurazione infraedittale, come pure l'art. 61, n. 3, c.p., in sede extraedittale; ma ciò non esclude certo il necessario accertamento sull'*an* dell'addebito colposo.

aggiornamento del modello in ordine ad una delle episodiche estensioni del catalogo dei reati-presupposto, potrebbe non assumere valenza dirimente in ordine alla responsabilità dell'ente, dovendo misurarsi alla luce della concreta *esigibilità* del comportamento osservante; viceversa, punire l'ente per questa forma di «disinteresse nei confronti del rischio reato»[79] – se non di autentica 'cecità deliberata' – significa riconvertire la corresponsabilizzazione dell'ente sul paradigma dell'aumento del rischio, allontanandola dai dispostivi dell'illecito colposo ed elidendo, di fatto, il necessario accertamento causale.

L'impressione, peraltro, è che questo tipo di impostazione – l'unica congeniale ad un modello di accertamento centrato su un momento di effettiva 'rimproverabilità colposa' in capo all'ente, e dunque ad una 'personalizzazione' della responsabilità doverosamente rispettosa del canone dell'art. 27 Cost. – risponda meglio al concreto atteggiarsi del sistema dei controlli nell'universo multiforme e variegato della realtà di impresa, ed alla necessaria considerazione d'insieme che impone di esaminare il modello organizzativo nel contesto complessivo dei diversi strumenti di *compliance*, dove spesso il primo occupa, in concreto, un ruolo non isolato né protagonistico (se solo si pensa alle imprese bancarie, dove la stessa funzione di *compliance* nasce successivamente e si affianca ad altre funzioni – come il *risk management* e l'antiriciclaggio – ben più rodate e sviluppate); e dove singoli plessi di attività – con i connessi rischi – possono essere stati oggetto, pur al di fuori del modello, di adeguate misure organizzative.

E l'impressione è che esso risponda, soprattutto, alla notevole eterogeneità dimensionale, economica, finanziaria, etc. che caratterizza la effettiva realtà imprenditoriale italiana, dove l'adozione del modello e la sua corretta 'manutenzione' rappresentano spesso – specie nell'universo delle PMI – un costo economico e organizzativo davvero difficile da fronteggiare[80].

[79] C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione,* cit., pp. 167 ss.; ma v. anche Paliero, sub *Art. 7*, cit., p. 186 ss., secondo il quale «qualora non adotti un modello organizzativo, il rimprovero è fondato su una sorta di *Planungsvershulden*: la *noncuranza progettuale* della *societas* e la scelta di disorganizzazione finiscono per alimentare una cultura dell'*illegalità d'impresa*, aumentando il rischio che soggetti legati alla *corporation* commettano fatti di reato».

[80] Anche per questo, è affiorata la proposta di escludere dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 le piccole e medie imprese: in questo senso, M. Centonze, M. Mantovani, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231 del 2001,* in *La responsabilità 'penale' degli enti. Dieci proposte di riforma,* cit., pp. 283 ss., p. 290 ss. (sulla traccia di quanto argomentato da Centonze, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, il Mulino, Bologna 2016, pp. 87 ss.), rilevando in particolare come in tali contesti «il modello di corresponsabilizzazione delle società non solo rischia di essere privo di efficacia preventiva, ma espone la società a conseguenza sanzionatorie ineludibili

A buon diritto, dunque, le ragioni di questa impostazione 'realista' e 'sostanzialistica' – oltre ad aver ricevuto adesione in importanti studi-guida promossi da associazioni di categoria[81] – stanno facendo breccia in giurisprudenza, dove si è cominciato a prendere atto del fatto che la correttezza organizzativa si manifesta indipendentemente dall'adozione formale del modello[82], o del fatto che – pur in assenza di aggiornamento del MOG – l'adeguatezza organizzativa potrebbe essere dimostrata se l'ente disponesse comunque di un idoneo sistema prevenzionale in relazione allo specifico 'focolaio di rischi' concretizzatosi nell'evento-reato[83]; ovvero dove ci si è spinti persino a riconoscere che, in taluni casi, l'adozione di un modello (aggiornato ed) idoneo non era, concretamente, esigibile[84].

e l'imprenditore/proprietario autore dell'illecito a uno sproporzionato carico afflittivo».

[81] Cfr., in particolare, lo studio realizzato dal Gruppo di lavoro della Giunta ASSONIME (coordinato da P. Guindani), intitolato *Prevenzione e governo del rischio reato: la disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività di impresa*, n. 5/2019, in ptc. pp. 31 ss., pp. 38 ss.

[82] Se in sede di legittimità si è talvolta ritenuto che la mancata adozione del modello, in presenza della commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio della società, sia condizione sufficiente a far insorgere la responsabilità dell'ente (così Cass., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083), salvo qualche timida apertura in merito al possibile rilievo di procedure interne implementate prima dell'adozione del modello (cfr. la già citata Cass. Sez. III, 23.1.2019, n. 11518), in sede di merito si registra una posizione più aperta e sensibile, volta a riconoscere che soluzioni organizzative adeguate, pur in assenza della adozione formale del modello, potrebbero essere utilmente invocate dalle imprese: Tribunale di Milano, 26 maggio 2014; App. Brescia, 21 dicembre 2012; Corte di Assise di Torino, 15 aprile 2011.

[83] Così, di fatto, Trib. Catania, Sez. IV, 14 aprile 2016, n. 2133, cit., dove si è esclusa la responsabilità dell'ente anche se – al momento dell'evento dannoso – il MOG non risultava ancora adeguato alle novelle del 2007/2008 concernenti l'art. 25 *septies* d.lgs. 231/2001, in ragione del fatto che l'ente disponeva comunque di un sistema prevenzionale a tutela della salute e della sicurezza del lavoro, ed aveva altresì ottenuto il rilascio da parte di un ente esterno qualificato di una certificazione attestante tale conformità (sul punto, cfr. ancora Orsina, *Il caso «Rete ferroviaria italiana s.p.a.»*, cit., pp. 39 ss.

[84] La *concreta esigibilità* dell'adozione di un modello organizzativo idoneo, in effetti, ha trovato risposte diverse in giurisprudenza: mentre una pronuncia ha negato che il principio di inesigibilità possa vedersi riconosciuto alcuno spazio, al cospetto di una ipotesi di omicidio colposo *ex* art. 25-*septies*, verificatosi dopo un breve lasso di tempo (meno di due mesi) dall'introduzione della norma nel catalogo dei reati-presupposto (così Trib. Novara, 1 ottobre-26 ottobre 2010, G.u.p., Pezone), altro orientamento – indubbiamente più in linea con le sequenze indefettibili dell'accertamento della colpa – ha convincentemente sostenuto che rispetto al modello cautelare idoneo – che è quello «forgiato dalle migliori conoscenze, consolidate e condivise nel momento storico in cui è commesso l'illecito, in ordine ai metodi di neutralizzazione e di minimizzazione del rischio tipico» – acquista un *rilievo estremamente significativo il canone dell'esigibilità* della legalità

Il che non significa, ovviamente, voler incentivare alcuna forma di 'disobbedienza giuridica', o di 'anomia organizzativa'. I vantaggi derivanti dalla corretta adozione di un modello organizzativo, del resto, restano indubbiamente 'evidenti': «diminuzione del rischio di commissione di reati, corrispondente diminuzione del rischio reputazionale e sanzionatorio, salvaguardia dei principi etici, possibilità di un migliore rapporto con l'autorità giudiziaria, diffusione della cultura della legalità»[85].

6. Thema probandum *e* onus probandi

Assumere come orizzonte di inquadramento il paradigma della colpa non può però condurre a trascurare la divergenza di struttura che, come si sa, il decreto segue nella modulazione della corresponsabilità dell'ente, declinando la distinzione tra soggetti posti in posizione apicale (art. 6) e soggetti sottoposti all'altrui direzione (art. 7).

In effetti, mentre l'art. 7 sembra profilare con maggior chiarezza, ed in positivo, il paradigma della «colpa di organizzazione», l'art. 6 pare declinato su un paradigma 'rovesciato' di colpevolezza, che sembrerebbe imposto – quanto ai soggetti apicali – dal chiaro riferimento dell'art. 6, primo comma, del decreto, ove appunto si prevede che «[…] l'ente non risponde se prova che […]», evocando quella che è stata diffusamente identificata come una «presunzione di colpa organizzativa», declinata in chiave di vera e propria «inversione dell'onere della prova».

Ci sembra tuttavia di poter condividere la lettura secondo la quale, in entrambi i casi, resta inalterata la *funzione tipizzante* che il 'modello' svolge nel paradigma imputativo della responsabilità *ex delicto*, e come tale – sia per quanto concerne i soggetti apicali sia per quanto concerne i 'sottoposti all'altrui vigilanza' – deve entrare nel *thema probandum*, secondo le sequenze indicate (evento-reato e regola cautelare-organizzativa pertinente, concretizzazione del rischio, prevedibilità e prevenibilità, etc.): la verifica processuale avrà in ogni caso ad oggetto «la *funzione cautelare* e il *contenuto procedimentale* su cui l'idoneità dell'*intero sistema auto-normato* si regge»[86].

organizzativa (così Trib. Milano, 3 gennaio 2011, G.u.p. D'Arcangelo, in <*http://www.rivista231.it*>). Ma sul punto, con ulteriori osservazioni, v. ancora De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato,* cit., p. 410 ss.

[85] Così, ancora, Grosso, *Funzione di* compliance *e rischio penale,* cit., p. 293.

[86] Anche in questo caso, la lettera degli artt. 6 e 7 sembrerebbe evocare una diversità di struttura e contenuti caratterizzanti del modello in relazione ai soggetti apicali e ai

È appena il caso di sottolineare che oggetto della prova non è una astratta idoneità del modello, ma la sua autonoma pregnanza cautelare nella prospettiva della colpa di organizzazione, i cui lineamenti devono essere puntualmente e scrupolosamente ricostruiti in concreto[87]: ad evitare il rischio, non infrequente, che il mezzo di prova surroghi il suo oggetto, risolvendo tutto – in ipotesi – nella (*consulenza tecnica* o nella) *perizia* che accerti un qualche profilo di criticità gestionale o una qualche miopia organizzativa nel modello, sempre dietro l'angolo, senza verifiche ulteriori; o che magari faccia discendere dalla violazione cautelare addebitabile alla persona fisica – nelle ipotesi di reati colposi – la 'colpevolezza' della società, con una sorta di livellamento delle rispettive responsabilità (dell'autore individuale e dell'ente)[88].

Anche e soprattutto in questa sede, dunque, occorrerà evitare che nelle anse del processo la colpevolezza si risolva e dissolva integralmente nella prevenzione e nella *compliance*[89].

Quanto all'*onere della prova*, come noto, questo sembra effettivamente distribuito in modo diverso, nell'art. 6 e nell'art. 7[90], risultando lo stesso addebitato alla società, nel caso degli 'apicali', in linea con «una regola di ragionevolezza per cui, secondo l'*id quod plerumque accidit*, vi è una

soggetti «sottoposti all'altrui vigilanza»: e tuttavia, al riguardo, si è convincentemente evidenziato che «[i]l modello sarà unitario, solo articolandosi – ovviamente – anche per quanto riguarda i destinatari dei singoli protocolli e regole cautelari, a seconda del tipo di attività, del tipo di rischio e del tipo di 'attore' aziendale/societario di volta in volta considerato», sino a concludere che «ciò che conta è […] l'unitarietà della funzione cautelare e il contenuto procedimentale su cui l'idoneità preventiva dell'intero sistema auto-normato si regge» (Paliero, sub *Art. 7*, cit., p. 199 ss., pp. 212 ss.; analogamente, ora, A. Bassi, F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 167, secondo i quali «[…] i modelli di organizzazione e gestione prescritti per i soggetti apicali e i subordinati presentano […] la stessa struttura, gli stessi contenuti e la medesima funzione»).

[87] Profilo particolarmente evidenziato, ad es., da D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, Cedam, Padova 2016, pp. 259 ss.

[88] Un rischio lucidamente segnalato già da Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità,* cit., p. 17.

[89] Avverte il rischio anche Caputo, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza nelle manovre sulla pena delle parti*, cit., p. 214, segnalandolo tra i fattori che possono spingere l'ente alla scelta di patteggiare, scelta che risolve pragmaticamente il dubbio in ordine alla responsabilità dell'ente «[…] a fronte di una colpevolezza tanto liquida, che non rimanda ad un'identità precisamente definita, bensì a una *fictio iuris* in continuo, impersonale e brulicante movimento […]» (v. anche *retro*, n. 40).

[90] Anche l'art. 7 d.lgs. cit. sembrerebbe (parimenti) costruito come *esimente*: ma al riguardo, con particolare chiarezza, v. ancora Paliero, *Ivi,* p. 198.

'coautoria' tra ente e individuo che ne forma le decisioni»[91]: ma si è subito affacciata non solo una lettura più congeniale al peso delle garanzie in rilievo – anche a livello convenzionale[92] – che ha proposto di relativizzare la presunzione pur se a commettere il reato sia un soggetto apicale, ma persino una impostazione che addebita sempre e comunque il carico probatorio all'accusa, trovando già significativi riscontri in giurisprudenza[93].

Resta, nondimeno, il 'nodo' dell'art. 8, che predicando l'autonomia della responsabilità dell'ente sembra fare *epoché* sul criterio di ascrizione della responsabilità nel caso in cui l'autore non sia indentificato: in questi casi, quale paradigma deve orientare la valutazione del giudice, in ordine all'idoneità del modello ed alla responsabilità dell'ente?

La soluzione più tranciante ritiene di ravvisare, nelle ipotesi di autorìa ignota, una *culpa in re ipsa*, giacché il solo fatto che l'assetto organizzativo abbia consentito una anonimizzazione dell'autore sarebbe segno evidente di una negligenza organizzativa[94]. Ma una lettura più coerente con

[91] Sul punto, da ultimo, Consulich, *L'ente alla Corte*, cit., pp. 34 ss., p. 38.

[92] Cfr. ancora *Ibid.*, p. 39 ss., con richiamo alla sentenza della Corte EDU, GC, 28 giugno 2018, *G.i.e.m. e altri c. Italia*.

[93] La stessa Cassazione è giunta ad affermare che nell'ipotesi prevista dall'art. 6 graverebbe comunque sulla pubblica accusa l'onere di dimostrare «la commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231 e la carente regolamentazione interna dell'ente» (così la già citata SU, 18 settembre 2014, n. 38343, sulla traccia di Cass. Sez. VI, 18 febbraio-16 luglio 2010, n. 27735); al riguardo, con argomentazioni adesive e ulteriormente rafforzative, Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 174 ss. Tale ricostruzione ha condotto parte della dottrina a ravvisare in capo all'ente un mero «onere di allegazione», soddisfatto quando «l'ente si limit[i] a sottoporre il *compliance* alla valutazione del giudice, producendo la necessaria documentazione» (Fidelbo, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 188), suggerendo, in prospettiva *de iure condendo*, di prevedersi «sulla base di validi presupposti, la regola di una prova 'qualificata' a carico della pubblica accusa per evitare che gli enti siano esposti a eccessive incertezze» (di modo che «andrebbe […] valutata l'ipotesi di prevedere una presunzione di non colpevolezza, che muova da presupposti definiti», sulla traccia di quanto indicato dall'art. 6, comma terzo, d.lgs. n. 231, e dell'art. 30, comma quinto, tuls: A. Fiorella, N. Selvaggi, Compliance programs *e dominabilità 'aggregata' del fatto*, cit., p. 117).

[94] Paliero, *La società punita*, cit., p. 1525; Id., *Dalla* Vicarious Liability *alla colpevolezza d'impresa (Tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo)*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di G. Bellantoni e D. Vigoni, la Tribuna, Piacenza 2010, p. 442 (ma per una più aggiornata posizione v. anche Id., *La colpa di organizzazione*, cit., pp. 216 s., ove ritiene che anche su questo terreno risulti ravvisabile un paradigma di imputazione autenticamente colposo, di modo che «anche nei casi in cui l'autore-persona fisica (vertice o subordinato che sia) non sia individuato, sarà in

il paradigma-guida che si è indicato ed al contempo più sensibile ad evitare contaminazioni con la responsabilità oggettiva – svilendo il reato presupposto a mera *condizione obiettiva di punibilità* e trasformando la responsabilità dell'ente in una sorta di *presumptio de presunto* – conduce ad ammettere comunque, una possibilità di discolpa in capo all'ente[95]: in effetti, la 'lungimirante' previsione di cui all'art. 8 – che tanta ammirazione ha destato anche nella letteratura straniera[96] – dovrebbe essere letta solo come autonomia della responsabilità dell'ente dalla responsabilità della persona fisica, «ma non dall'obiettiva realizzazione di un reato integro in tutti gli elementi che ne fondano lo specifico disvalore»[97], considerando peraltro che la tipicità fattuale del «fatto di connessione» (*Anknüpfungstat*), nella più parte dei casi, tramanderà segnali inequivoci sul retrostante tipo d'autore (se 'apicale' o 'subordinato').

7. *'Miopie organizzative',* corporate recklessness *e* wilful blindness

Il segnalato approccio votato a *realismo* e *concretezza* non deve, peraltro, peccare per eccesso, rischiando di trasmodare in percorsi probatori tanto insostenibili quanto, forse, utopistici; e soprattutto non può trascurare che, in non pochi casi, la 'miopia organizzativa' e l'evento che ne è seguito non solo è direttamente imputabile ad una effettiva colpa di organizzazione, ma può nascondere una autentica *corporate recklessness*, frutto di una previsione deliberatamente accantonata o di una vera e propria 'accettazione del rischio', magari schermata da un'opera di *window dressing* che cela, in realtà, un atteggiamento di preordinata *willful blindness* da parte dell'ente.

Così, e solo a titolo di esempio, se l'*internal audit* (o altro organo di

altri termini onere dell'accusa dimostrare la violazione della regola cautelare (la condotta colposa dell'ente, lo specifico protocollo mal strutturato/implementato) e il duplice nesso (naturalistico e normativo) con l'evento-reato elemento del tipo, con conseguente valorizzazione del giudizio controfattuale del comportamento alternativo lecito»); al riguardo, v. anche Consulich, *Ivi,* p. 39.

[95] V. in questo senso M.A. Bartolucci, *L'art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, in <*http://www.penalecontemporaneo.it*>, 9 gennaio 2017, pp. 14 ss.

[96] J. Gobert, E. Mugnai, *Coping with corporate liability: some lessons from Italy*, in «*Criminal Law Review*», 2002, p. 6219; J. Gobert, M. Punch, *Rethinking Corporate Crime*, Cambridge University Press, London 2003, pp. 108 ss.

[97] Pulitanò, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 963; su quella traccia, Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., p. 234.

controllo interno) ha avuto contezza di un rischio (magari originariamente 'esogeno' e comunque) non 'inventariato' nelle procedure, ha trascurato determinati flussi informativi – o precipui segnali di allarme – in ordine a pratiche commerciali scorrette che potrebbero determinare una irregolare contabilizzazione dei dati di bilancio, e di una loro scorretta comunicazione al pubblico o alle autorità di vigilanza, ed ha omesso di segnalarlo all'OdV e di sollecitare l'aggiornamento dei protocolli di cautela; se il Cda o altro organo con poteri gestori hanno avuto notizia di un contenzioso amministrativo concernente pratiche pubblicitarie o di commercializzazione dei prodotti asseritamente contrastanti con la disciplina della concorrenza e non ha considerato di aggiornare le procedure riferibili al rischio-reato di frode in commercio, per evitare di dover dismettere le medesime pratiche; se, *a fortiori*, l'OdV ha ricevuto una puntuale segnalazione – anche per tramite di *whistleblowing* – di condotte irregolari riferibili a un rischio eccentrico rispetto alle ordinarie attività dell'ente, non dandovi corso ed omettendo di sollecitare un aggiornamento del *risk assessment*; in tutti questi casi si dovrà ritenere che il rischio-reato volta a volta in rilievo era prevedibile, se non concretamente previsto, e l'inerzia organizzativa – quanto meno quale autentica 'colpa cosciente' – sembrerebbe persino evocare le forme di maggiore gravità (con tutte le conseguenze del caso, specie in punto di sanzioni interdittive, anche in sede cautelare: cfr. art. 13, comma primo, lett. a, d.lgs. n. 231 cit.).

In conclusione, anche per le 'persone senz'anima' – come per le persone fisiche – dovrà differenziarsi tra dinamiche lesive dovute a negligenza organizzativa non rimproverabile, o comunque non causativa dell'evento, 'miopie organizzative' e forme di 'cecità disattentiva' (*inattentional blindness*) rimproverabili o meno a seconda dei casi, e ipotesi di volontaria e preordinata rimozione del rischio, o di deliberata *mise en danger* dell'ente ai confini del 'dolo eventuale'.

8. *Prospettive: la* compliance *come 'regulated self-regulation'*

Quello che si è brevemente analizzato è il quadro normativo (e giurisprudenziale) attuale, e la sua riorientazione secondo la linea interpretativa prospettata, scandita dalle sequenze tipiche dell'illecito colposo, che varrebbe a procedimentalizzare la verifica sull'idoneità del MOG in modo da non lasciare la valutazione a ricostruzioni intuizionistiche

secondo euristiche 'veloci e frugali' spesso invalse nella prassi, con il relativo corredo di '*fallacies and bias*' che le caratterizzano.

È peraltro chiaro che le criticità di valutazione sulla idoneità del modello potrebbero essere stemperate con alcune scelte *de iure condendo*, peraltro già discusse, in un panorama che – al netto di posizioni 'eclettiche' – sostanzialmente lascia emergere due grandi direttrici di percorrenza.

a) Da parte di taluni si propone una direttrice di 'degiurisdizionalizzazione', volta a sottrarre i modelli alla valutazione del giudice imponendo una sorta di 'certificazione preventiva del modello idoneo', da parte di organismi pubblici o di agenzie di *self regulation*[98]: strada che, per vero, non sembra particolarmente proficua, specie da parte di chi dubita che un qualche 'certificato di qualità' possa costituire una assicurazione *omnibus* dell'idoneità preventiva, anche a fronte delle esigenze di (costante) aggiornamento del modello che rendono difficilmente percorribile un sistema capace di soddisfare questa esigenza in modo tempestivo; essendo altrettanto improbabile che il giudice, poi, si adegui pedissequamente ad un tale '*passepartout* attestativo di qualità', e non sia tentato invece – magari – di disapplicarlo, come capita in altri settori[99].

b) Una diversa scelta, già adottata e seguita in qualche modo dall'art. 30 del d. lgs. 81/2008 sulla sicurezza sul lavoro[100], consiste nell'affidare al legislatore – con l'opportuno ausilio delle associazioni di categoria[101] – la

[98] Sembra orientata in questa direzione anche la soluzione proposta da Torre, *La 'privatizzazione' delle fonti di diritto penale*, cit., p. 432.

[99] In questo senso, v. già i rilievi critici di P. Severino, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, cit., pp. 73 ss.

[100] La disposizione in rilievo, come si sa, prevede, anzitutto, che – ai fini dell'esonero da responsabilità dell'impresa dai delitti colposi di evento di cui agli artt. 589 e 590 c.p., il MOG debba ricomprendere al proprio interno una sezione riservata alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro; in secondo luogo, essa rimanda ad un peculiare sistema organizzativo, richiamato dal comma 5 della stessa norma, e rappresentato dal SGSL predisposto in conformità alle Linee-Guida del 28 settembre 2001 o al *British Standard* OHSAS 18001:2007, prevedendo appunto che «In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sula lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'art. 6».

[101] In particolare, ai fini della formalizzazione di protocolli cautelari imperniati sulle *best practices*, si è proposto di responsabilizzare le associazioni di categoria, che potrebbero favorire la *discovery* dei modelli adottati dagli enti per settori omogenei, sottoporli a una valutazione critica coinvolgente i vari *saperi* esperti che si contendono il campo, per poi

definizione e 'positivizzazione' delle cautele, la cui 'adozione conforme' da parte dell'ente sia poi asseverata da un organo esterno qualificato; chiedendo dunque che, quantomeno a livello di linee guida, sia la legge – in combinato disposto con l'autonormazione di categoria – ad assumersi la responsabilità di indicare quali sono gli specifici 'protocolli' da adottare e implementare per le singole attività[102] – seguendo dunque la logica della colpa specifica o della «gestione centralizzata del rischio» –, con l'effetto di creare delle *guidelines* normative a cui l'impresa può riferirsi per garantirsi – se non una sorta di «presunzione di adempimento» [103] – maggiori aspettative in punto di corretto adempimento dell'obbligo di adeguata organizzazione[104].

Questa seconda strada, in effetti, sembra quella che meglio garantirebbe di approssimarsi ad una idea di *compliance* come '*regulated self-regulation*'[105], dove la 'autonormazione guidata' possa ritrovare un corretto equilibrio con le istanze di prevedibilità e 'calcolabilità del diritto', e di sostenibilità per il mondo delle imprese.

Altrimenti, dovremo concludere che il sistema (para)penale non è lo strumento ideale per supportare la *compliance*[106], e che la

procedere all'elaborazione di un vero e proprio modello *pilota* che, nonostante il fisiologico livello di astrazione, colmabile peraltro dai singoli enti attraverso le opportune integrazioni, di certo recherebbe in sé un profilo di concretizzazione estraneo alle Linee guida: su questa traccia, i prototipi così generati potrebbero essere assistiti, rispetto alla loro adozione, da una presunzione relativa di idoneità preventiva, che il giudice, libero da vincoli circa la verifica della loro attuazione, potrebbe superare con motivazione rafforzata (cfr. ancora C. Piergallini, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001,* cit., pp. 382 ss.).

[102] Questa è anche la linea auspicata nel già citato 'decalogo' di proposte di riforma: M. Centonze, M. Mantovani, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231 del 2001*, cit., pp. 286 ss.; ma v. già Piergallini, *Autonormazione e controllo penale*, cit., p. 265 ss.; Id., *Ius sibi imponere*, cit., pp. 140 ss.; ma v. anche Bianchi, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, cit., p. 1523 ss.

[103] In questo senso, richiamandosi alla formulazione del comma 5 dell'art. 30 TUSL, v. Orsina, *Il caso «Rete ferroviaria italiana s.p.a.»*, cit., in ptc. pp. 47 ss., pp. 55 ss.

[104] Per una pronuncia che, pur nella sinteticità della motivazione, ha ravvisato l'idoneità del modello in un contesto dove l'ente aveva predisposto un SGSL nel rispetto del British Standard OHSAS 18001:2007, v. la già citata decisione del Trib. Catania Sez. IV, 14 aprile 2016, n. 2133, giud. Benanti.

[105] Cfr. ancora Engelhart, *The nature and basic problems of compliance regimes*, cit., pp. 243 ss., secondo il quale *« […] compliance can only work if the legislator sets up operable criteria for compliance programs»,* giacché *«[i]n an ideal system of regulated self-regulation, the state would in some way be continously involved in monitoring and adapting the program […]* ».

[106] Giacché «il diritto penale va bene per la protezione dei beni giuridici ma non per il governo dei rischi, i suoi attrezzi vanno bene per le investigazioni ma non per le progno-

corresponsabilizzazione *ex delicto* dell'ente non è altro che uno strumento per monetizzare più efficacemente – con costosi patteggiamenti o *pre-trials agreements*, risarcimenti e confische – i rischi illeciti e ubiquitari insiti nell'attività di impresa.

si»: W. Hassemer, *Das Wirtschaftstrafrecht hat in unseren Tagen Konjunctur. Seine Aufgabe ist Rechsgütershutz, nicht Risikobeherrschung,* ZRP, 2009, pp. 221 ss.

Silvia Massi*

Aspetti problematici della responsabilità del datore di lavoro e/o dell'ente per 'ripartizione difettosa dell'organizzazione'

Sommario: 1. La ripartizione di funzioni quale 'strumento' di organizzazione e/o criterio di ascrizione delle responsabilità – 2. Come definire le forme della responsabilità per l'organizzazione difettosa anche alla stregua del decreto 81 del 2008? – 3. Il modello organizzativo previsto dall'art. 30 TUS e la ripartizione delle funzioni, con particolare riferimento ai presidi relativi al 'sistema di verifica e controllo' – 4. La necessità della delega di funzioni e le dimensioni dell'ente quale fattore di valutazione dell'idoneità del modello organizzativo – 5. L'adeguatezza della ripartizione delle funzioni e del relativo trasferimento. L'adeguatezza oggettiva e soggettiva. Il problema dell'aggiornamento della ripartizione – 6. Adeguatezza dei modelli di verifica e controllo nell'ottica delle eventuali responsabilità del delegante – 7. Il limite alla delegabilità segnato dalla *sub*-delega

1. *La ripartizione di funzioni quale 'strumento' di organizzazione e/o criterio di ascrizione delle responsabilità*

È notorio che i principi di divisione e specializzazione del lavoro implicano il ricorso alla delega di funzioni quale istituto che, nel trasferire al delegato gli obblighi giuridici del delegante, costituisce un essenziale strumento organizzativo dell'impresa[1].

* Associata di Diritto penale, Università Telematica Internazionale UniNettuno.

[1] La dottrina che si è occupata della natura e degli effetti giuridici della delega è vasta. Ai fini del presente scritto saranno richiamati solo gli aspetti essenziali, utili anche all'inquadramento dell'istituto visto quale strumento di organizzazione. Per ripercorrere le tappe fondamentali della dottrina in materia, basti qui richiamare la contrapposizione tra la concezione oggettiva e quella soggettiva della delega di funzioni: la prima volta a riconoscere l'effetto della delega sul piano oggettivo, la seconda della colpevolezza. Con riferimento alla concezione oggettiva si deve distinguere la posizione di chi attribuisce alla delega un effetto di completo trasferimento dei poteri e correlati doveri dal delegante al delegato, con una piena efficacia liberatoria per il delegante (Cfr., in questo senso, Cfr., A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, Nardini, Firenze 1984, pp. 309 ss.) dalla posizione, c.d. intermedia, di chi assume che il delegante rimanga responsabile sul diverso piano dei relativi obblighi di sorveglianza ed intervento sull'azione del delegato, mante-

La centralità dell'istituto, indiscussa sul piano operativo, ha ricevuto una consacrazione positiva nel decreto legislativo 231 del 2001, in cui il legislatore, nel definire all'art. 6 i contenuti del modello organizzativo (esonerante), presuppone una corretta struttura dell'ente che muova dalla ripartizione delle funzioni, appunto precisando che è «in relazione all'estensione dei poteri delegati [. . .]» che vanno studiate e soddisfatte le esigenze preventive del rischio di reato.

Dando seguito al principio fissato dal decreto del 2001, l'art. 30 del decreto 81 del 2008, definendo i contenuti del modello organizzativo in materia di sicurezza del lavoro, ha stabilito che quest'ultimo deve garantire «un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio […]». Ma soprattutto è lo stesso testo unico n. 81 del 2008 che all'art. 16, definendo i presupposti di ammissione della delega di funzioni[2], consacra

nendo così in capo al delegante la titolarità di doveri rilevanti dal punto di vista penale: cfr., A. Alessandri, voce *Impresa* (*responsabilità penali*), in «DPP», VI, Torino 1992, pp. 213 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio,* Giuffrè, Milano 1983, pp. 439 ss.; nonché Id., *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento,* in «AP»,1982, pp. 750 ss.; C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penali,* in «Riv. Soc.», 1962, p. 297, con particolare riferimento al principio di inderogabilità del precetto penale; Id., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa,* in «RTDPE», 1988, p. 138 ss.; sia pure con qualche diversa sfumatura, D. Pulitanò, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in «RGLPS», 1985, p. 8 s.; Id., *Igiene e sicurezza del lavoro* (*tutela penale)*, in «DPP *(agg.)*», 1992, spec. pp. 106-108; T. Vitarelli, *Profili penali della delega di funzioni*. *L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Giuffrè, Milano 2008, spec. pp. 39-42. Sulla concezione soggettiva, cfr., T. Padovani, *Diritto penale del lavoro*. *Profili generali,* Franco Angeli, Milano 1983, pp. 61ss., secondo il quale vi sarebbe un vizio di fondo nella impostazione che conferisce piena efficacia esonerante alla delega, che si rivela ove il dante incarico si rappresenti la necessità di un suo intervento per impedire il reato dell'incaricato, circostanza che farebbe scattare la responsabilità del primo (71 ss.). Pertanto da ciò si dovrebbe dedurre che l'effetto di esonero si potrebbe assumere non sul piano della tipicità materiale, ma solo sul piano psicologico. Per ulteriori approfondimenti sul dibattito dottrinario in tema di trasferimento di funzioni, cfr., Vitarelli, *Delega di funzioni e responsabilità penale,* Giuffrè, Milano 2006, *passim.*

[2] Anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 16 TU 81/2008 non mancavano pronunce che riconoscevano piena efficacia alla delega di funzioni. Cfr., ad es., Cass. Sez. III., 3 agosto 2000, n. 8978, Biadene, cit.; Id., 22 agosto 2000, n. 9378, Guarnone, in «FI», 2001, II, p. 357; Cass. Sez. III, 3 aprile 1998, n. 4162, in «ISL», 1998, 271; Id., Sez. IV, 6/11/1990, secondo la quale, in particolare: «In tema di destinatari delle norme di prevenzione antinfortunistiche, il presidente del consiglio di amministrazione di una società di capitali non può essere, da solo, considerato il rappresentante della società, appartenendo la rappresentanza all'intero consiglio di amministrazione, salvo delega che questi faccia ad un comitato esecutivo o ad un singolo consigliere (amministratore) dele-

l'istituto, quale strumento per eccellenza della ripartizione di funzioni e dunque quale strumento di organizzazione, nella specifica veste di una sua adeguatezza anche soggettiva, che ora la stessa disposizione impone di garantire in ordine ai «requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate».

L'attuale assetto normativo rende allora ormai chiaro come debba distinguersi tra: a) la responsabilità individuale per gli effetti che derivano dalla delega, in sé presa, nella distribuzione delle responsabilità tra il delegante e il delegato; b) la responsabilità che ricade sul delegante per l'uso inadeguato della delega o per il mancato uso della medesima quale strumento dell'organizzazione; c) le conseguenze che si riflettono sull'ente per l'esonero da responsabilità o per l'ascrizione di quest'ultima nel caso, rispettivamente, di una delega adeguata ovvero di una delega mancante o inadeguata nella prevenzione dei rischi da reato connessi all'attività del soggetto collettivo. Volendo sintetizzare, appare dunque essenziale distinguere la *responsabilità per l'effetto della delega* (nel ripartire le responsabilità individuali) dalla *responsabilità (della persona fisica e/o dell'ente) per l'organizzazione difettosa*, discendente da una delega inadeguata. Il presente scritto vuole delineare alcuni profili problematici attinenti propriamente alla seconda prospettiva di analisi.

A tal fine va in premessa nettamente demarcato ciò che è delegabile da ciò che non lo è. Perché in questo secondo caso, ovviamente, la legge esclude per definizione che la delega possa costituire uno strumento dell'organizzazione. Nell'indagine sulla ripartizione delle funzioni quale presupposto di un corretto modello organizzativo e quindi sul significato della delega quale strumento di tale ripartizione, *è fondamentale* rilevare che il legislatore con l'art. 16 del decreto n. 81 del 2008 ha appunto acquisito l'istituto quale 'ordinario' strumento di organizzazione[3], con efficacia generale, confinando e limitando le attività 'indelegabili' a quelle menzionate espressamente nell'art. 17, che consistono nella valutazione dei rischi, con predisposizione del documento che la contiene, il DVR, ovvero nella designazione del responsabile del servizio di prevenzione e

gato. La delega delle attribuzioni del consiglio di amministrazione ad uno (o più) dei suoi membri importa il conferimento della facoltà di esercitare i poteri dell'intero organo collegiale. Una volta conferita la delega, l'obbligo di vigilanza sulla osservanza delle misure antinfortunistiche passa dall'intero consiglio di amministrazione al delegato».

[3] Cfr., nello stesso senso, F. D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009,* in «RIDPP», pp. 1125 ss., spec. par. 3, secondo il quale la delega di funzioni rappresenta «la *regola- rectius,* la corretta regola di gestione di un'organizzazione complessa.

protezione. Si tratta evidentemente di attività che rappresentano il nucleo della posizione di garanzia del datore di lavoro, implicando scelte strategiche di gestione del rischio in materia di sicurezza sul lavoro[4].

Per comprendere in qual misura ed in qual senso la delega si atteggi quale strumento dell'organizzazione, va naturalmente tenuto presente come allora si imputi l'obbligo di azione imprenditoriale a seguito della delega medesima. Apparendo ormai sufficientemente chiaro che con l'art. 16 – a mio sommesso avviso – l'ordinamento voglia esprimere una c.d. *concezione oggettiva*, secondo la quale per effetto della delega medesima si modificherebbe l'assetto delle responsabilità sullo stesso piano della tipicità oggettiva, generatrice delle responsabilità individuali, incidendo sull'imputazione delle posizioni di garanzia dei soggetti coinvolti, e dunque sulla consistenza degli obblighi giuridici di cui essi sono titolari[5].

L'organizzazione si arricchisce in tal modo dell'obbligo assunto dal delegato, rimanendo al contempo da stabilire se e che misura permanga un obbligo di intervento in capo al delegante, con tutti i riflessi sul piano organizzativo che ciò comporterebbe[6]. La questione è stata esplicitamente disciplinata dall'art. 16 al comma 3, che, nella formulazione successiva al decreto n. 106 del 2009, prevede che «la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite»; ma ulteriormente precisando che «l'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4»[7]. La disposizione dunque fa

[4] Cfr., V. Mongillo, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo',* in «DPC», pp. 9 ss., il quale mette in evidenza le criticità connesse al divieto di delegare l'obbligo di valutazione dei rischi, per la «natura eminentemente tecnico-specialistica delle valutazioni».

[5] Sull'art. 16 d.lgs. 81/2008 quale espressione della concezione oggettiva della delega di funzioni, cfr., Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, Torino 2018, p. 315. Sulla concezione oggettiva della delega si rinvia alle indicazioni fornite nella nota n. 1.

[6] Come visto (*retro*, nota 1) secondo sostenitori della concezione oggettiva la delega farebbe comunque permanere obblighi in capo al delegante anche se di diversa consistenza rispetto agli obblighi di impedimento. Al proposito deve comunque tenersi presente che la tendenza a 'sovraccaricare' i presupposti di efficacia del trasferimento, anche in termini di permanenza in capo al delegante di obblighi di sorveglianza, può produrre l'effetto di annullare in concreto l'efficacia della delega medesima; che assumerebbe così i connotati di un meccanismo solo apparente, producendosi l'effetto di una moltiplicazione delle figure dei garanti, cfr., in questo senso, Fiorella, *Le strutture del diritto penale,* cit., p. 298.

[7] La seconda parte dell'art. 16 co. 3, d.lgs. 81/2008, prima dell'intervento correttivo del decreto 106 del 2009, prevedeva che «la vigilanza si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4», con ciò presupponendo dunque che gli

residuare in capo al datore di lavoro meri obblighi di vigilanza, i quali, secondo significative acquisizioni dottrinarie[8], non integrano i contenuti giuridici necessari a conferire al soggetto, che ne sia titolare, una posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40 co. 2 c.p.[9]. Per meglio perimetrare la portata dell'obbligo in questione, la legge gli conferisce una «valenza intrinsecamente "organizzativa"»[10], specificamente rivolta al piano della prevenzione assicurato dall'adozione dei 'modelli di verifica e controllo' previsti dall'art. 30 co. 4, d.lgs. 81/2008, e, in prospettiva dinamica, da una costante verifica dell'organizzazione tesa all'eventuale suo miglioramento e aggiornamento[11]. Escludendosi, qualora permanessero dubbi al proposito, un controllo sugli specifici adempimenti riferibili ai soggetti delegati.

Dunque dovrebbe ormai esser chiaro che la responsabilità ascrivibile al datore di lavoro-delegante sarà semmai riconducibile alla 'organizzazione difettosa'. Corrispondentemente si afferma il principio per il quale l'adozione del modello organizzativo non solo può esonerare l'ente dalla responsabilità para-penale per il reato realizzato nel suo interesse, ma costituisce anche il presupposto di esonero dalla responsabilità per la persona fisica-datore di

obblighi del datore di lavoro potessero avere un'estensione diversa e maggiore rispetto a quella della solo vigilanza sull'organizzazione.

[8] Sulla distinzione tra obblighi di impedimento e obblighi di sorveglianza, cfr., Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., pp. 173 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza,* Giappichelli, Torino 1999, pp. 14 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento,* Giuffrè, Milano 2003, pp. 50 ss.; E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa,* Zanichelli, Bologna 2009, pp. 90 ss. Sul punto, nella prospettiva di un'indagine sulla definizione degli speciali doveri che qualificano la condotta del delegante e del delegato, mi permetto di rinviare a S. Massi, *Speciale anti-doverosità della condotta ed elusione del fatto tipico,* Giappichelli, Torino 2020, pp. 139 ss.

[9] Sulla imponente dottrina in tema di reato omissivo in questa sede ci limitiamo a segnalare nella dottrina italiana i seguenti fondamentali contributi: F. Antolisei, *L'obbligo di impedire l'evento,* in «RIDP» 1936, p. 134 s.; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione,* Milano 1979; Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., p. 175 ss.; Grasso, *Il reato omissivo improprio,* cit.; Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza,* cit., pp. 65 ss.; L. Risicato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di interpretazione suppletiva,* Giuffrè, Milano 2001, pp. 376 ss.; F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso dell'evento,* Cedam, Padova 1975.

[10] Cfr., D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009,* cit, p. 1129.

[11] Sulle ipotesi che sollecitano l'esigenza di aggiornamento del modello, cfr., A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Jovene, Napoli 2019, pp. 28 ss.

lavoro che deleghi le funzioni ad altro soggetto. L'esigenza di garantire tale esonero assegnerebbe in definitiva carattere (quasi) obbligatorio al modello previsto dall'art. 30[12], a maggior ragione nella sua formulazione attuale, dopo l'eliminazione della congiunzione 'anche' che conferiva carattere alternativo al richiamo ai sistemi di verifica e controllo che sovraintendono all'attuazione del modello medesimo[13]. Obbligatorietà che comunque sembra difficile armonizzare con la disciplina generale del d.lgs. 231/2001, per la quale l'adozione del modello costituisce tutt'al più un onere, anche per l'assenza di sanzioni in caso di mancata adozione del modello medesimo[14], in sé e per sé presa.

2. *Come ridefinire le forme della responsabilità per l'organizzazione difettosa anche alla stregua del Decreto 81 del 2008?*

Nel continuare a definire, nel senso detto, la responsabilità per l'organizzazione difettosa, va chiarito in qual misura la disposizione dell'art.

[12] Il carattere obbligatorio del modello si trarrebbe anche dallo stesso *incipit* dell'art. 30 d.lgs. 81/2008 secondo cui il modello «deve essere adottato ed efficacemente attuato». Nel senso della obbligatorietà del modello ex art. 30 cfr., O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti,* in «CP», 2009, p. 1338; Pisani, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Il commento,* in «DPP», 2008, p. 834.

[13] In particolare – mentre il testo originario dell'art. 16 comma 3 d.lgs. 81/2008 prevedeva nel secondo periodo che «l'obbligo di cui al precedente periodo si intende assolto anche in caso di adozione ed efficace attuazione del sistema di verifica e controllo di cui all'articolo 30 comma 4» – il testo modificato dal decreto n. 109 del 2009 assume il seguente tenore «l'obbligo di cui al precedente periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30 comma 4». Sul dibattito in materia di obbligatorietà del modello cfr., F. Bellagamba, *Adempimento dell'obbligo di vigilanza da parte del delegante e sistema di controllo di cui all'art. 30, comma 4, T.U. n. 81/2008: punti di contatto e possibili frizioni,* in *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, Edizioni Ets, Pisa 2015, pp. 72 ss.

[14] Nel senso di considerare un onere l'adozione dei modelli organizzativi, cfr., G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dipendente da reato. Luci e ombre nell'attuazione della legge delega,* in «RIDPP», 2002, p. 1146; A. Bernasconi, *sub* artt. 6 e 7, in *La responsabilità degli enti*, a cura di A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, Padova 2008, p. 119. Pulitanò, *La responsabilità 'da reato' degli enti: i criteri di imputazione,* in «RIDPP», 2002, p. 438, considera un obbligo l'adozione dei modelli organizzativi funzionali a prevenire il reato dei sottoposti; mentre costituirebbero un onere l'adozione dei modelli previsti dall'art. 6 d.lgs. 231/2001.

16 del Decreto 81 del 2008 si presti a lasciar ricostruire davvero 'specifiche' forme di responsabilità per le lacune organizzative.

Occorre al riguardo, in primo luogo, una breve precisazione che faccia cogliere come l'attuale art. 16 del decreto 81/2008 'positivizzi' gli indirizzi giurisprudenziali che si erano espressi in materia di delega[15], tuttavia accorpando, in modo non lineare, aspetti che attengono alla stessa effettività ed efficacia della delega con altri aspetti che attengono invece all'adeguatezza soggettiva del delegato, unitamente, infine, ad aspetti che sembrano attenere semplicemente alla prova della delega medesima.

Ulteriori profili di mancato allineamento dei contenuti dell'articolo emergono se si tiene conto della distinzione che si sarebbe dovuto osservare tra le ipotesi in cui compaiono aspetti sostanziali quali l'attribuzione di poteri di organizzazione, gestione e controllo (art. 16 lett. b) ovvero della previsione dell'autonomia di spesa (art. 16 lett. d) ed altre ipotesi la cui consistenza è propriamente 'formalistica', come accade con il richiamo all'atto scritto avente data certa (art. 16, lett. a), all'accettazione per iscritto della delega (art. 16 lett. e) ovvero alla tempestiva pubblicità della medesima (art. 16 co. 2). La distinzione è importante perché conduce ad una prima enucleazione di effetti diversi discendenti dalle possibili lacune.

Sulla (eventuale) portata degli elementi di carattere formale ad incidere sulla stessa validità ed efficacia della delega la dottrina ha espresso pareri diversi[16]. E anche la giurisprudenza, pur ammettendo in molte sue pronunce che ai fini del valido conferimento della delega questa debba risultare da atto scritto avente data certa[17], non manca in alcune pronunce di sottolineare che i requisiti di 'chiarezza e certezza' che devono connotare il valido conferimento della delega «possono sussistere a prescindere dalla forma impiegata, non essendo richiesta per la sua validità la forma scritta né '*ad sustantiam*' né '*ad probationem*'»[18]. A conclusioni analoghe giungono quelle pronunce che riconoscono efficacia alla 'delega implicita', pur ammettendola

[15] Rilevano questo aspetto, tra i molti, D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009,* cit., p. 1146; Mongillo, *La delega di funzioni,* cit., p. 16; Pisani, *Posizioni di garanzia,* cit., p. 139; Fiorella, *Le strutture del diritto penale,* cit., p. 315.

[16] Nel senso di attribuire a tali requisiti efficacia probatoria, cfr., per tutti, Mongillo, *La delega di funzioni,* cit., Pisani, *Profili penalistici,* cit., 2008, p. 829. Diversamente V. Valentini, *Diritto penale e sicurezza del lavoro. Alcune osservazioni «a bocce ferme» intorno alle recenti (e sedicenti) riforme,* in «RTDPE» 4/2010, p. 862, spec. nota 82, attribuisce alla forma scritta la portata di «requisito essenziale alla validità ed efficacia dell'atto».

[17] Cfr., tra le molte, Cass. Sez. IV, 5 aprile 2018, n. 15174; Cass. Sez. IV, 4 aprile 2017; Cass. Sez. IV, 6 agosto 2015, n. 34289.

[18] Cfr., Cass. Sez. III, 28 marzo 2018, n. 14352.

in considerazione della 'complessità dell'organizzazione aziendale'[19].

È comunque chiaro che, ove i requisiti formali costituissero presupposti 'essenziali' dell'efficacia della delega si determinerebbe una insanabile contraddizione con l'art. 299 TUS, rubricato «esercizio di fatto di poteri direttivi», che, in adesione al principio di effettività, stabilisce che le posizioni di datore di lavoro, dirigente e preposto «gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici». Così statuendo, tale articolo si conforma all'art. 2639 c.c. che, nella materia societaria, riconosce la qualifica soggettiva in capo al soggetto che eserciti in concreto i poteri inerenti la qualifica medesima, assumendone anche i corrispondenti doveri[20].

Il che non può non significare che parallelamente si determina l'effetto esonerante per il delegante nel rispetto della ripartizione delle responsabilità. Non convince la tesi 'rigoristica' secondo cui nell'ipotesi di esercizio c.d. di fatto delle funzioni da parte del delegato, ad esempio per la mancanza di qualche dato formale nella nomina (art. 299 cit.), in realtà ripartizione non vi sarebbe, perché si determinerebbe un effetto di 'cumulo' delle responsabilità medesime, cioè il delegante non sarebbe esonerato dalle sue responsabilità che graverebbero però al contempo sul delegato[21].

L'indirizzo sembra rivelare margini di contraddittorietà perché finisce, senza rendersene conto, con l'ammettere ed escludere al contempo l'efficacia della delega; ammettendola nell'attribuire la responsabilità al delegato, escludendola però nel respingere l'effetto di esonero per il delegante. La conclusione non appare condivisibile se non altro per la disparità di trattamento che ne conseguirebbe rispetto al delegante ove si determinasse o meno l'esercizio c.d. di mero fatto da parte del delegato, mentre l'effetto di esonero per il delegante dovrebbe riconoscersi sempre producendo il trasferimento un passaggio di funzioni che determina che la titolarità dell'obbligo non sia più in capo al delegante, ma in capo al delegato[22]. Ed è all'attuale titolarità dell'obbligo che la legge penale aggancia le relative responsabilità, con conseguente esonero di chi non

[19] Cfr., Cass. Sez. IV, 23 ottobre 2014, n. 49670.

[20] Sul criterio di effettività, cfr., Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., pp. 277 ss.

[21] Cfr., in giurisprudenza, Cass. Sez. VI, 19 dicembre 2008, n. 47380.

[22] In tal senso si orientava anche il Progetto di riforma del codice penale della Commissione Pagliaro che all'art. 7 stabilisce che «ove la legge penale indichi il soggetto attivo mediante una qualifica soggettiva, che implica la titolarità di un dovere o potere giuridico, essa ha come destinatario il formale titolare della stessa o chi, mediante l'esercizio di fatto è divenuto titolare di tali doveri o poteri giuridici». Escludendo dunque che si determini un effetto di cumulo delle posizioni di garanzia.

abbia più detta titolarità[23].

Questo effetto di *trasmissione* delle responsabilità è allora il dato cui far riferimento per ricostruire ai nostri fini in qual misura la delega comunque costituisca uno *strumento della ripartizione delle responsabilità* in ossequio dei principi di divisione e specializzazione del lavoro.

Potendo dunque considerarsi, in ogni caso, il delegante, responsabile soltanto per l'organizzazione (eventualmente) difettosa dell'ente.

La valorizzazione degli aspetti formali nell'art. 16 si potrebbe spiegare allora in considerazione della natura pre-penalistica della norma, «anzitutto prevista per i rapporti di diritto civile e di diritto del lavoro strettamente inteso»[24]. Sul piano penalistico essi invece sembrano senz'altro assumere il valore di elementi formali, indicativi della idoneità della prova, che, pur mancando, non farebbe venir meno la sussistenza della delega medesima. *In breve ed in conclusione, tali elementi d'ordine formalistico non attengono propriamente alla delega quale strumento di corretta organizzazione, attengono invece alla prova dello strumento medesimo, se cioè esso sia davvero venuto ad esistenza ovvero sia stato 'fittiziamente' congegnato dal datore di lavoro.*

3. *Il modello organizzativo previsto dall'art. 30 TUS e la ripartizione delle funzioni, con particolare riferimento ai presidi relativi al 'sistema di verifica e controllo'*

La portata degli obblighi di vigilanza gravanti sul datore di lavoro delegante, secondo il disposto dell'art. 16 co.3, andrà dunque valutata in rapporto all'adeguatezza del 'modello di verifica e controllo', che secondo il disposto dell'art. 30 co. 4 va riferito ad un «idoneo sistema di controllo sull'attuazione del modello», con ripartizione dei presidi corrispondenti.

In generale, dal punto di vista della corretta organizzazione, oggettivamente intesa, a tutela della sicurezza del lavoro, l'art. 30 del Decreto 81 del 2008 obbedisce, nelle sue proiezioni operative, all'idea di una ripartizione di funzioni anche di notevole ampiezza[25].

[23] Sul tema delle qualifiche di mero fatto, cfr., Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., pp. 283 ss. Dal punto di vista del ricorso alle qualifiche di mero fatto quale forma di elusione del fatto tipico, cfr., Massi, *Speciale anti-doverosità della condotta,* cit., pp. 123 ss.

[24] Cfr., Fiorella, *Le strutture del diritto penale,* cit., p. 314, Id., *Pubblico e privato nell'esperienza 'penale',* in «RISG», 7, 2016.

[25] In particolare la fattispecie prevede che il modello di organizzazione e gestione «deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempi-

Il rilievo organizzativo della ripartizione delle funzioni è valorizzato nell'art. 30, comma 3, TU 81/2008 il quale, assumendo che «il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere per quanto richiesto dalla natura e dalle dimensioni dell'organizzazione e dal tipo dell'attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio», assegna a tale articolazione la consistenza di vero e proprio 'dovere organizzativo' posto in capo al datore di lavoro[26]. In ciò ulteriormente articolando quanto già previsto nell'art. 6 co. 2 del d.lgs. 231/2001, che definisce i contenuti del modello organizzativo «in relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati».

Ciò nella condivisibile prospettiva di considerare il modello 231 e quello sulla sicurezza previsto dall'art. 30[27] integrabili in un modello unitario, fondato sul riparto delle funzioni che garantisca quella «trasparenza organizzativa», che consente di evitare «situazioni di confusione» che «opacizzano la griglia delle responsabilità individuali e i rischi da affrontare»[28].

mento di tutti gli obblighi giuridici relativi: a) al rispetto degli *standard* tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; d) alle attività di sorveglianza sanitaria; e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate».

[26] In questo senso cfr., Pulitanò, *Sicurezza del lavoro: le novità del decreto poco correttivo,* in «DPP», 1/2010, p. 103.

[27] Cfr., nel senso di una interazione tra i sistemi, D'Alessandro, cit., 1160 s.; M. Morgante, *Responsabilità amministrativa degli enti collettivi,* in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, a cura di B. Deidda, A. Gargani,Giappichelli, Torino 2012, pp. 486 ss.; Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione,* cit., p. 42 s. Diversamente opina Castronuovo, *Le responsabilità,* cit., p. 181, secondo il quale nonostante le analogie tra i due modelli «la loro prospettiva teleologica rimane diversa: i modelli previsti dalla disciplina lavoristica sono direttamente orientati a eliminare e ridurre i rischi da lavoro; i modelli organizzativi previsti nel contesto della disciplina del d.lgs. 231/2001 sono direttamente orientati a eliminare o ridurre il rischio reato, ossia il rischio che coloro che agiscono all'interno dell'organizzazione commettano reati nell'interesse o a vantaggio della stessa». Sulle diverse posizioni espresse in ordine ai rapporti tra modello organizzativo ex 231/2001 e modello in materia di sicurezza, cfr., Valentini, cit., pp. 867 s.

[28] Così Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità*

Il dovere di adeguata organizzazione posto in capo al datore di lavoro va dunque ricostruito a partire dall'articolato quadro delle funzioni attribuite a titolo originario, di cui è titolare il datore di lavoro, con una delimitazione delle sfere funzionali che può essere amplissima, con relativa ripartizione delle responsabilità dei soggetti coinvolti[29], con l'ulteriore articolazione che può derivare dal sistema delle deleghe[30].

Nello specifico la verifica dell'adeguatezza del sistema di verifica e controllo, e dunque dell'apparato dei controlli interni che sovrintendono

penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione cit., p. 48. Altra questione riguarda il rapporto tra il modello organizzativo e il «sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali», previsto dal d.lgs. 81/2008, che, pur operando su un piano diverso e più esteso rispetto al modello organizzativo, con regole di carattere 'pre-cautelare' o di natura 'cautelativa', comunque contiene norme che, attenendo alla corretta selezione, formazione e controllo del personale, incidono sul piano organizzativo della corretta distribuzione delle funzioni. Sul tema cfr., *Ivi,* pp. 36 ss.

[29] Nel testo unico sulla sicurezza del lavoro i designati, con differenti ambiti funzionali, alla tutela della sicurezza medesima, sono, oltre il datore di lavoro, il dirigente, il preposto, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, il medico competente ed infine lo stesso lavoratore. Quanto ai dirigenti si può discutere se si tratti di responsabili a titolo originario ovvero di delegati. L'art. 18 nell'indicare che i dirigenti «organizzano e dirigono» le stesse attività del datore di lavoro «secondo le attribuzioni e competenze ad essi conferite» sembra richiamarsi ad un loro ruolo di 'delegati'. Si tratta di soggetti coinvolti in diversa misura nei processi decisionali e nella gestione del rischio, con la sovrapposizione di più sfere di responsabilità. Naturalmente il titolare del dovere di organizzazione generale in materia di sicurezza è il datore di lavoro, quale soggetto posto al vertice dell'impresa o di una sua unità produttiva (art. 2 lett. b del TUS). Il dirigente, ove risulti il responsabile di *un'Unità produttiva*, assumerà altresì la posizione di garanzia attribuita dalla legge al datore di lavoro nella veste di un titolare *a titolo originario* dei doveri di organizzazione dell'impresa in materia anti-infortunistica: cfr., sul punto Pisani, *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro,* in «RTDPE», 2009, p. 135, secondo il quale nella definizione degli obblighi di garanzia spettanti al datore di lavoro incide la posizione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, quale soggetto che collabora con il datore di lavoro a livello organizzativo, fornendo contributi specialistici che spesso il datore di lavoro non è in grado di fornire. Nello stesso senso opera anche se in misura più ridotta il medico competente che comunque assumerebbe la posizione di garante a titolo originario: cfr., Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione,* cit., pp. 33 ss. Naturalmente il telaio complessivo delle competenze dei collaboratori del datore di lavoro è molto più ampio comprendendo figure comunque di spicco, basti pensare ai preposti *all'Internal audit* e all'Organismo di vigilanza. Sul ruolo dell'organismo di vigilanza, cfr., Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, cit., *passim.*

[30] Sulla distinzione tra garanti a titolo originario e garanti a titolo derivato: cfr., Fiorella, *Il trasferimento,* cit., pp. 21 ss.; Padovani, *Diritto penale del lavoro,* cit., p. 41.

alla corretta predisposizione e attuazione dei presidi preventivi, deve essere valutato innanzi tutto il ruolo svolto dall'organismo di vigilanza, quale organo deputato al controllo sulla funzionalità del modello e perciò dotato di poteri di vigilanza sul medesimo, con tutte le criticità che ne derivano ove tale funzione sia assunta dal collegio sindacale[31].

Ulteriore livello di controllo coinvolge naturalmente la funzione di revisione interna dell'*Internal Auditor*, quale soggetto cui spettano i controlli interni all'ente, dunque anche sulle condotte individuali[32]. Ed infine si consideri nella specifica materia della sicurezza sul lavoro, quella del Responsabile del sistema di prevenzione e protezione, soprattutto in ordine all'attività di collaborazione con il datore di lavoro nella valutazione dei rischi[33]. La verifica circa la corretta predisposizione dei sistemi di verifica e controllo deve dunque effettuarsi in considerazione della concreta articolazione dell'organizzazione dell'ente, nonché della sua adeguatezza oggettiva e soggettiva.

Dovendosi comunque tener presente che la complessità estrema dell'organizzazione – che può caratterizzare in generale il telaio dei collaboratori del datore di lavoro e, nello specifico, delle funzioni poste a presidio della corretta organizzazione – implica una corrispondente complessità nell'analisi e nella verifica, eventualmente processuale, della 'adeguatezza oggettiva' della ripartizione delle funzioni. Profilo, quest'ultimo, che comunque dovrebbe considerarsi lasciato in quota non minimale alla 'discrezionalità' del datore di lavoro, cioè ponendo limiti in ordine alla sindacabilità delle scelte del medesimo da parte del giudice penale. In altri termini, oltre una certa misura, sembra irragionevole che, per così dire, il giudice penale possa sostituirsi al datore di lavoro in valutazioni che ben poco hanno a che fare con l'accertamento di quei dati affidabili solo attorno ai quali dovrebbe circoscriversi il riscontro delle possibili responsabilità penali o para-penali[34].

[31] Sul punto cfr., Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, cit., pp. 95 ss.

[32] In tema, cfr., Id, cit., pp. 108 ss.

[33] Per Pisani, *Posizioni di garanzia,* cit., pp. 153 ss., il RSPP assumerebbe la veste di soggetto ausiliario del datore di lavoro, e come tale non integrando la sua posizione quella di garante, «*in quanto le funzioni che la legge impone al Responsabile non pertengono alla sfera dei poteri-doveri di organizzazione*». Per una distinzione della funzione del RSPP da quella dell'Organismo di vigilanza, cfr., Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato,* cit., pp. 118 ss.

[34] La questione presenta profili analoghi a quelli del sindacato del giudice penale sul c.d. merito amministrativo, che come tale dovrebbe essere sottratta a tale sindacato, in quanto rientrante nella sfera della scelta libera rimessa al pubblico amministratore. Sul

In definitiva, sembra potersi osservare che, per eccellenza, l'accertamento del giudice penale, che abbia ad oggetto un'eventuale responsabilità per organizzazione difettosa, dovrebbe limitarsi a cogliere le possibili lacune che, sotto il profilo ora esaminato, fossero 'macroscopiche' o comunque segnate da un'evidenza senza equivoci, sì da esser considerate oggetto di un giudizio di 'sicura e pronunciata inadeguatezza', estraneo ad una vera e propria ridefinizione delle scelte discrezionali del datore di lavoro.

4. *La necessità della delega di funzioni e le dimensioni dell'ente quale fattore di valutazione dell'idoneità del modello organizzativo*

Tra gli aspetti valorizzati nel tempo da dottrina e giurisprudenza in ordine all'efficacia della delega, ma che implicano piuttosto un giudizio sulla corretta organizzazione, declinabile anche rispetto allo specifico fronte dei sistemi di controllo, si segnala quello della sua *necessità.* Tale aspetto, prima dell'entrata in vigore del TU n. 81 del 2008, è stato impiegato con riferimento alle dimensioni dell'impresa, per escludere l'efficacia del trasferimento di funzioni ove dette dimensioni non lo richiedessero[35].

La mancata menzione di tale requisito nell'art. 16 del d.lgs. 81 del 2008 ha portato gli interpreti ad escludere la sua efficacia anche in settori diversi da quello della sicurezza sul lavoro[36].

Tuttavia, non mancano sentenze che, proprio nella materia della sicurezza, in una certa misura, con qualche ambiguità, menzionano le dimensioni dell'impresa come un presupposto di ammissibilità della delega, assumendo in particolare che «il trasferimento delle funzioni delegate deve

tema ci permettiamo di rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a Massi, *Speciale anti-doverosità della condotta,* cit., pp. 276 ss., spec. 308.

[35] Prima del TU 81 del 2008, cfr., ad esempio, Cass. Sez. III, 22 febbraio 2006, secondo la quale «all'interno di una struttura semplice non sussiste la necessità di decentrare, in funzione partecipativa di professionalità ed esperienze differenziate, l'esercizio di poteri di direzione e di controllo dell'attività produttiva».

[36] Cfr., con riferimento al settore ambientale, Cass. Sez. III, 21 maggio 2015, n. 27862, secondo la quale «in tema di reati ambientali, non è più richiesto, per la validità e l'efficacia della delega di funzioni, che il trasferimento delle stesse sia reso necessario dalle dimensioni dell'impresa o, quanto meno, dalle esigenze organizzative della medesima, attesa l'esigenza di evitare asimmetrie con la disciplina in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, la quale, a seguito della entrata in vigore dell'art. 16 del d.lgs. n. 81 del 2008, non contempla più tra i requisiti richiesti per una delega valida ed efficace quello delle "necessità"».

essere giustificato in base alle dimensioni dell'impresa o, quantomeno, alle esigenze organizzative della stessa»[37]. Oltre al riferimento alle dimensioni, non è da ignorare tuttavia che la sentenza considera giustificata pure la delega che sia dovuta «alle esigenze organizzative» dell'impresa, cioè tale decisione 'concede' che la necessità legittimante la delega potrebbe risiedere anche in una caratteristica dell'impresa diversa dalle sue rilevanti dimensioni. Si tratta come è chiaro di un presupposto che, pur diverso dalle dimensioni, comunque non compare tra quelli esplicitati dall'art. 16 del Decreto 81 del 2008.

A conclusioni fondamentalmente similari perviene la giurisprudenza che, in caso di delega implicita, desume la portata di quest'ultima dalla «ripartizione di funzioni imposta dalla complessità dell›organizzazione aziendale», in definitiva assumendo tuttavia che la ripartizione «dipende comunque dalle dimensioni dell'impresa in sé considerata»[38]. Le dimensioni dell'ente sono altresì valorizzate anche nella prospettiva opposta di escludere l'esigenza di ricorrere all'istituto della delega, là dove si ricorra ad una suddivisione «in distinti settori, rami o servizi e a ciascuno di essi siano in concreto preposti soggetti qualificati ed idonei, dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la gestione completa degli affari inerenti a quel servizio»[39].

L'indirizzo in definitiva si fonda sull'idea che nel caso di impresa di grandi dimensioni sarebbe inevitabile ricorrere all'istituto della delega o comunque ad una ripartizione delle funzioni che troverebbe in sé piena giustificazione.

Premessa questa che può senz'altro condividersi. Sempre che non porti ad escludere la efficacia della delega medesima in caso di ente di piccole o modeste dimensioni, dovendosi rilevare al proposito che le dimensioni dell'ente non possono costituire «la ragione per escludere la legittimità del trasferimento di funzioni anche in casi di imprese di piccole e medie dimensioni che richiedono comunque conoscenze e tecniche raffinate»[40]. In questa prospettiva pertanto la necessità del trasferimento di funzioni,

[37] Cfr., Cass. Sez. III, 1° giugno 2017, n. 31364.

[38] Cfr., Cass. Sez. IV, 23 ottobre 2014, n. 49670. Nello stesso senso cfr., Cass. 10 marzo 2011, n. 29935, secondo la quale «[…] in materia di violazione della normativa antinfortunistica, la sussistenza di una delle funzioni idonea a mandare esente da responsabilità il datore di lavoro può essere desunta dalle dimensioni della struttura aziendale con un'organizzazione altamente complessa e con comprovata ed appropriata strutturazione della gerarchia delle responsabilità al livello delle posizioni di vertice e di quelle esecutive».

[39] Cfr., Cass. Sez. III, 16 febbraio 2012, n. 28542.

[40] Cfr., Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., p. 318.

se considerata quale presupposto di efficacia della delega, porterebbe a limitarne l'ammissibilità alle sole ipotesi in cui non sia possibile farne a meno. Ma un simile assunto contrasterebbe con i riconosciuti principi di divisione e specializzazione del lavoro, consacrati nel sistema, che invece consentono ed anzi impongono di far ricorso alla delega proprio per consentire una migliore organizzazione dell'ente.

Proprio 'lo spirito del sistema' sarebbe quello «di concedere il potere di trasferimento quale naturale corollario di una generale esigenza di ordine promozionale dell'attività imprenditoriale», esigenza che naturalmente si riscontra anche nelle realtà meno grandi, rimettendosi al potere discrezionale del titolare di avvalersi del meccanismo del trasferimento dei poteri che gli competano[41].

La valutazione in ordine alla necessità della delega potrà semmai avere un impatto sotto il profilo *dell'adeguatezza organizzativa*, tanto è vero che l'art. 30 al comma 3 menziona quale requisito del modello organizzativo *un'articolazione di funzioni, richiesta in considerazione della natura e delle dimensioni dell'organizzazione*. In questa prospettiva assumendo un ruolo significativo anche in ordine alla verifica della adeguatezza dei sistemi di verifica e controllo, quale presupposto dell'esonero del delegante. Invero la giurisprudenza di legittimità riconosce che dall'assetto normativo (art. 16 commi 3 e 3 *bis* e art. 30 co. 4 del d.lgs. 81/2008) «emerge un quadro di ripartizione della responsabilità aziendale in ordine al controllo dei rischi che tiene conto anche delle esigenze connesse alla complessità della struttura organizzativa. Si ritiene, quindi, ragionevole concludere che, in imprese di grandissime dimensioni, organizzate in più stabilimenti, il 'datore di lavoro' risponde delle violazioni in materia di salute e sicurezza dei lavoratori che discendono dalle scelte gestionali di fondo ovvero dalla *inadeguatezza ed inefficacia del modello di controllo, anche in considerazione delle necessità di adattamento di questo nel tempo a fronte di apprezzabili sopravvenienze*» [42].

Pertanto – risulta confermato – il requisito della necessità della delega, sotto il profilo delle esigenze collegate alle dimensioni dell'impresa, costituisce un aspetto rilevante in ordine alla sua corretta organizzazione, e dunque anche rispetto alla verifica dei sistemi di verifica e controllo.

5. *L'adeguatezza della ripartizione delle funzioni e del relativo trasferimento.*

[41] Cfr., id, cit., p. 319.

[42] Cfr., Cass. Sez. III, 13 febbraio 2019, n. 29577.

L'adeguatezza oggettiva e soggettiva. Il problema dell'aggiornamento della ripartizione

Anche l'adeguatezza è aspetto che può essere considerato sia dal punto di vista dell'efficacia della delega, che dal punto di vista della corretta organizzazione.

L'adeguatezza in senso oggettivo delle delega infatti ne valorizza la portata quale opportuno strumento organizzativo; mentre l'accezione soggettiva del requisito è calibrata sulle qualità del soggetto delegato, con riferimento alle capacità professionali del medesimo a svolgere le funzioni delegate. Dovendosi da subito evidenziare come tali aspetti in via di principio non attengano all'efficacia della delega, ma possono assumere rilievo sotto il profilo della corretta organizzazione, e dunque al fine di attribuire profili di responsabilità in capo al datore di lavoro, che potrebbe rispondere per *culpa in vigilando* ovvero per *culpa in eligendo*.

In particolare il giudizio sull'adeguatezza oggettiva della delega riguarderebbe la sua opportunità, al fine di garantire una migliore organizzazione e non un aggravio della medesima, con l'aumento dei rischi di reato[43]. Si tratta comunque di un profilo che attiene sempre alla organizzazione difettosa, e come tale rilevante ai fini dell'esonero del datore di lavoro delegante dai residui obblighi di vigilanza. Oltre che naturalmente nel giudizio sulla eventuale responsabilità dell'ente per il reato realizzato nel suo interesse da soggetti apicali o para-apicali.

L'adeguatezza soggettiva è espressamente menzionata dall'art. 16 del d.lgs. 81/2008 lettera b) che richiede che «il delegato possegga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate»[44]. La lettera della legge sembra essere quella di escludere l'efficacia della delega ove il datore di lavoro incorra in una *culpa in eligendo* nei confronti di un soggetto che non sia solo sprovvisto di capacità organizzativa, bensì delle specifiche competenze tecniche[45], permanendo a suo carico gli obblighi originari. Profilandosi tuttavia anche l'eventualità per il delegato di rispondere di colpa per assunzione, avendo assunto una

[43] Cfr., in questo senso Fiorella, *Il trasferimento,* cit., p. 319.

[44] Cfr., Cass. Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 44141, secondo la quale «l'articolo 16 del decreto legislativo n. 81 del 2008 subordina l'ammissibilità della delega di funzioni alla condizione che il delegato possegga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate». Nello stesso senso, Cass. Sez. III, 10 gennaio 2018, n. 14352; nonché Cass. SU, 24 aprile 2014, n. 38343.

[45] Cfr., Pisani, *Profili penalistici,* cit., p. 831.

delega in mancanza delle competenze adeguate[46]. In realtà, come visto, considerando l'art. 16 innanzi tutto ad effetti diversi da quelli propri del diritto penale, in particolare guardando alla disciplina civilistica dei rapporti di lavoro, risulta confermato che «l'adeguatezza (oggettiva e soggettiva) dell'incarico rappresenta non il presupposto di efficacia del trasferimento di funzioni, ma il presupposto di una corretta organizzazione dell'impresa»[47]. Ed in effetti il richiamo dell'art. 30 co. 3 del d.lgs. 81/2008 alle «competenze tecniche», rispetto cui articolare la distribuzione delle funzioni, è aspetto considerato nel quadro dei requisiti essenziali alla corretta organizzazione aziendale in materia di sicurezza.

Pertanto anche in caso di delega a soggetto non professionalmente adeguato non potrà escludersi propriamente l'efficacia della medesima, salvo permanere in capo al delegante un eventuale addebito per aver egli generato un rischio a seguito della designazione di un soggetto inidoneo.

L'indagine sulla adeguatezza soggettiva dell'incaricato può condurre a distinguere l'ipotesi della sua pericolosità criminale da quella di una pericolosità per incapacità professionale del medesimo[48]. La prima non può essere imputata al dante incarico, in virtù del principio di auto-responsabilità che governa la materia penale, a meno che non emerga un accordo criminoso in tal senso, che allora dovrebbe considerarsi nullo per illiceità della causa[49]. O comunque ove risultasse che il trasferimento fosse stato concepito e deciso sul presupposto delle «inclinazioni pericolose dell'incaricato», potrebbe emergere la responsabilità del delegante «per illecita politica d'impresa»[50].

In riferimento alla pericolosità derivante dall'incapacità professionale invece si dovrebbe distinguere il caso in cui questa sia *evidente* da quella in cui sia meno perscrutabile. Nel primo caso potendosi profilare la responsabilità in capo al dante incarico sotto il profilo, accennato, della *culpa in eligendo.* Quest'ultima sarà più difficile da accertare nel caso in cui la inidoneità sia opinabile; ciò ovviamente tenendo conto di una valutazione da farsi *ex ante,* collocandosi cronologicamente nel contesto risultante prima del fatto commesso. In difetto dell'evidenza dell'inidoneità del delegato si profilerebbe in termini più chiari la possibile operatività del principio di auto-responsabilità, in relazione all'assunzione dell'incarico da parte del

[46] Cfr., D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009,* cit., p. 1153.
[47] Cfr., Fiorella, *I principi generali*, cit., pp. 121, 123.
[48] Cfr., Id, *Il trasferimento,* cit., pp. 321 ss.
[49] Così sempre Id, cit., p. 322.
[50] *Ibid.*

delegato, e dovendo comunque riconoscere il relativo 'affidamento' dal delegante al delegato che, secondo la logica della delega, escluderebbe il controllo capillare sull'operato del delegato, momento per momento. Una capillarità che d'altronde finirebbe con l'inficiare l'efficacia stessa della delega.

6. *Adeguatezza dei modelli di verifica e controllo nell'ottica delle eventuali responsabilità del delegante*

In definitiva nella materia della sicurezza sul lavoro la non adeguata predisposizione di modelli di verifica e controllo, a partire dalla non corretta distribuzione delle funzioni, anche attraverso il sistema delle deleghe, può addebitarsi al datore di lavoro quale violazione dell'obbligo di vigilanza.

Quest'ultimo obbligo, come precisato, va inteso come 'alta' sorveglianza. Tale obbligo è dunque estraneo alla sfera degli «obblighi di penetrante e costante controllo sulla correttezza dei singoli adempimenti del 'delegato'»[51], che in questi termini comporterebbero una sostanziale riassunzione in capo al datore di lavoro dell'obbligo di garanzia rispetto alla incolumità del lavoratore. Se dunque per effetto della delega tale obbligo si trasferisce dal delegante al delegato, il primo sarà tenuto solo alla verifica della efficacia e adeguatezza dell'assetto organizzativo di verifica e controllo, per la prevenzione di eventi lesivi ai danni dei lavoratori. Pertanto il datore di lavoro non potrà rispondere a titolo di reato omissivo dell'infortunio secondo il modello fornito dalla formula espressa dalla clausola estensiva dell'art. 40 cpv. c.p.; né di concorso mediante omissione, anche nella formula della responsabilità concorsuale per agevolazione omissiva[52].

Visto che la legge attribuisce al datore di lavoro l'obbligo di monitorare nel tempo l'efficacia del sistema organizzativo, non potendo egli ragionevolmente sovraintendere agli specifici adempimenti operativi, si tratterà di stabilire quali siano e in qual misura si integrino i particolari inadempimenti organizzativi che ricadano nella sfera delle responsabilità del datore di lavoro.

[51] Cfr., Fiorella, *Pubblico e privato,* cit., 304. Nello stesso senso D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009,* cit., p. 1129, che parla di «valenza intrinsecamente "organizzativa del dovere di vigilanza".

[52] Cfr., sul tema, Risicato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di interpretazione suppletiva* cit., pp. 448 ss.; Massi, *Speciale anti-doverosità della condotta,* cit., pp. 130 ss.

In particolare, l'adeguatezza ed efficacia del modello di controllo secondo la giurisprudenza va «verificata in considerazione della sua specificità rispetto all'ambiente lavorativo interessato, ma non può essere esclusa solo perché si è verificato un incidente. Da un lato, infatti, una soluzione che valorizzi in termini decisivi il fatto della verificazione di un infortunio implicherebbe l'adozione di forme di responsabilità oggettiva; dall'altro, il d.lgs. comma 4, richiede «il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo» solo «quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di "mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico", e quindi solo in occasione di sopravvenienze, appunto "significative"»[53]. Quindi sempre a detta della medesima sentenza «la verifica in ordine ad adeguatezza ed efficacia del modello di controllo, ai fini dell'esonero della responsabilità del 'datore di lavoro' delegante, deve essere compiuta *ex ante*, alla luce di tutti gli elementi conoscibili al momento della predisposizione del modello»[54].

Il presupposto, valorizzato dalla giurisprudenza, consistente nella significatività delle violazioni o comunque delle sopravvenienze, quale fattore giustificante il riesame e la eventuale modifica del modello organizzativo, rappresenta dunque un passaggio di decisiva importanza nella valutazione delle responsabilità del datore di lavoro e dell'ente nel caso di reati commessi da esponenti dell'organizzazione nella specie rilevante.

Dovendosi comunque considerare che ove l'organizzazione si inserisce nel quadro della disciplina inerente ai modelli organizzativi, l'attività di aggiornamento dei modelli medesimi dovrebbe coinvolgere necessariamente l'Organismo di vigilanza, quale soggetto che sovraintendendo l'osservatorio sulla validità dei modelli organizzativi, è anche l'organo che per eccellenza è deputato a suggerire eventuali modifiche ed aggiornamenti dei modelli medesimi, stimolando in tal senso l'organo gestorio[55]. Da tale assetto può ragionevolmente conseguire un 'affidamento' del datore di lavoro all' Organismo di vigilanza, per quanto attenga alle iniziative relative al detto aggiornamento del modello, che consenta anche di esonerare il datore di lavoro medesimo dagli obblighi di una corretta organizzazione in tal senso[56].

Escludendo l'operatività di una sorta di meccanismo automatico di

[53] Cfr., Cass. Sez. III, 13 febbraio 2019, n. 25977.

[54] Cfr., Cass. Sez. III, 13 febbraio 2019, n. 25977.

[55] Cfr., Valenzano, cit., p. 386.

[56] Nel senso che l'obbligo di vigilanza previsto dall'art. 16 co. 3 possa essere adempiuto «anche per il tramite di un organismo autonomo e indipendente rispetto al datore di lavoro, quale è l'O.d.V.», cfr., Pisani, *Posizioni di garanzia,* cit., p. 158.

riassunzione della posizione di garanzia, desumibile da un generico e onnicomprensivo dovere di attivazione del datore di lavoro – che finirebbero col respingere ogni effetto di esonero per il delegante, vanificando il ricorso stesso alla delega di funzioni – si dovrà dunque stabilire invece a che titolo il datore di lavoro risponda della eventuale lacuna nell'organizzazione consistente in una violazione dell'obbligo di mera vigilanza.

Teoricamente, come detto, il datore di lavoro potrebbe rispondere a titolo di *culpa in eligendo* ove deleghi un soggetto che sia sprovvisto dei requisiti di professionalità ed esperienza a svolgere il compito affidatogli. Ma anche a titolo di *culpa in vigilando*, ove la loro inadeguatezza soggettiva si riflettesse nel mancato funzionamento del modello, svelando la disattenzione del delegante.

Sennonché, per quanto anticipato, l'ammissione di una simile responsabilità – se intesa quale ipotizzata responsabilità per il reato commesso dal delegato – postula sempre la difficoltà di una ricostruzione che deve tener conto dei limiti di sistema appena ricordati relativi alla responsabilità concorsuale mediante omissione. Un concorso mediante azione, astrattamente concepibile, si scontrerebbe per lo più con difficoltà di prova rilevanti, almeno ove si tratti di responsabilità genuinamente colposa. Basti pensare alla difficoltà di collegare la nomina in sé presa conferita dal datore di lavoro al delegato, all'evento di reato realizzato dal medesimo. Come stabilire un legame causale sicuro, per il tramite della incapacità professionale del delegato? È superfluo osservare che per rispondere positivamente dovrebbe allora verificarsi se fosse una tale incapacità la vera causa del reato o invece debbano tenersi in considerazione altri fattori. Accertamento quest'ultimo che presenta profili di ulteriore complessità ove il delegato ricorra alla *sub*-delega, nei termini già delineati, per colmare le personali lacune nello svolgimento della specifica funzione.

In conclusione, nell'attribuire al datore di lavoro delegante un obbligo di vigilanza a carattere organizzativo, il d.lgs. 81/2008 intende fissare una «strategia di controllo in funzione dell'efficienza del sistema»[57], che in caso di *deficit* nell'organizzazione non implica la riassunzione in capo al datore di lavoro della posizione di garanzia, che imporrebbe al medesimo un dovere di intervento 'penetrante'. La penalistica rilevanza della violazione dell'obbligo di vigilanza configurabile in capo al delegante potrebbe risultare solo in presenza di una fattispecie *ad hoc* che sanzioni l''*organizzazione difettosa*'. Tale figura di reato allo stato non è prevista nel sistema in via generale e potrebbe, a mio sommesso avviso, valutarsi

[57] L'espressione si rinviene in Vitarelli, *Profili penali della delega di funzioni,* cit., p. 179.

l'opportunità di una sua introduzione. La responsabilità del delegante dovrebbe comunque incentrarsi su dati molto significativi, integrati ad esempio dalla macroscopica inidoneità del delegato, in rapporto alle mansioni delegate, o alla presenza di segnali di allarme, che il delegante avesse trascurato. In mancanza di questi presupposti si rischierebbe di attribuire al delegante comunque una sorta di responsabilità di posizione, sia pur a titolo diverso da quello caratteristico del concorso di persone.

La presunta lacuna di incriminazione conseguente all'assenza di una fattispecie che sanzioni autonomamente l'inadempimento dell'obbligo di vigilanza nella sua portata organizzativa è comunque allo stato fronteggiabile sul piano dell'accertamento della responsabilità dell'ente per il reato presupposto commesso dal delegato. In questa prospettiva le lacune organizzative, ascrivibili al datore di lavoro per l'organizzazione difettosa, potrebbero essere considerate nella prospettiva della inidoneità del modello organizzativo, quale presupposto per l'ascrivibilità della responsabilità dell'ente medesimo.

7. *Il limite alla delegabilità segnato dalla* sub-*delega*

Ulteriore profilo da chiarire, anche in rapporto alla correttezza organizzativa, attiene all'efficacia della sub-delega, espressamente prevista al co. 3 *bis*, inserito nell'articolo 16 dal decreto 106 del 2009[58].

Il decreto stabilisce che la sub-delega sia ammissibile «previa intesa con il datore di lavoro».

Simile 'intesa' secondo taluni dovrebbe intendersi quale vera e propria 'autorizzazione', non sull'*an*, il che costituirebbe infatti una sorta di potere di veto del datore di lavoro originario sulla possibilità di far ricorso all'istituto, ma sui contenuti della sub-delega e dunque sui «nominativi» e sulle «competenze funzionali da subdelegare»[59]. Ma, trattandosi pur sempre di una autorizzazione, potrebbe a taluno sembrare che concederla costituisca una ingerenza nelle modalità di svolgimento delle funzioni

[58] Il comma 3 *bis* dell'art. 16 in particolare prevede che: «Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate».

[59] Cfr., Mongillo, *La delega di funzioni,* cit., p. 7.

delegate, sì da ravvisare persino una riassunzione, da parte del delegante primario, delle funzioni delegate. Quest'ultimo problema verrebbe a cadere, se nella logica del decreto la detta 'intesa' potesse significare – come a me sembra – solo una indicazione generale, concordata tra il delegante e il delegato e, per il delegato, vincolante quale criterio di gestione complessiva delle funzioni delegate.

In ordine agli effetti sulla ripartizione delle responsabilità, si rileva che pure la sub-delega, secondo lo schema delle delega primaria che opera nei rapporti tra delegante e delegato, fa permanere in capo al sub-delegante un obbligo di vigilanza sul sub-delegato, senza però richiamare esplicitamente, al pari di quanto fa il comma 3 per la delega primaria, il modello di verifica e controllo dell'organizzazione quale sistema congegnato per assolvere all' obbligo del sub-delegante. Il mancato richiamo è stato inteso in ogni caso come non preclusivo dell'efficacia esonerante del valido assetto organizzativo, attribuendosi dunque all'obbligo di vigilanza la stessa consistenza sia che si tratti di delega primaria sia che venga conferita delega secondaria[60].

In realtà una tale conclusione sembra debba essere rapportata al quesito se il mancato richiamo da parte dell'art. 16 comma 3 bis all'art. 30 non possa non avere il significato di una qualche diversificazione dall'obbligo di vigilanza di secondo livello (quello connesso alla sub-delega) dall'obbligo di contenuto 'organizzativo', come tale rientrante nelle prerogative del solo datore di lavoro. Il dato differenziale è messo in rilievo dalla stessa giurisprudenza che indica i contenuti dell'obbligo di vigilanza gravante sul sub-delegante riferendolo alle «condizioni di sicurezza dell'ambiente di lavoro» e alla capacità professionale del sub-delegato[61], conferendo dunque maggiore concretezza ai contenuti dell'obbligo del sub-delegante, anche per la sua maggiore vicinanza alla fonte di rischio. Sembra in ogni caso che debba trattarsi sempre di un controllo non penetrante sulle specifiche attività svolte dal sub-delegato, cioè un controllo rivolto alla più circoscritta dimensione organizzativa delle attività sub-delegate. Rimane anche fermo che tale obbligo non integra contenuti di un obbligo di impedimento nei termini espressi dall'art. 40 co. 2 c.p.; altrimenti rivelandosi la sub-delega sostanzialmente inefficace nella fondamentale prospettiva dell'esonero del sub-delegante.

In ordine all'impiego della sub-delega quale strumento organizzativo risalta comunque la scelta da parte del legislatore di prevedere uno

[60] Cfr., R. Brunelli, *La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi,* in *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, a cura di L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo, ed. 2, Ipsoa, 2010, p. 291.

[61] Cfr., Cass. Sez. IV, 11 aprile 2016, n. 30547.

sbarramento rispetto ad ulteriori sub-deleghe, con la conseguenza di concentrare così i poteri e doveri inerenti la sicurezza sempre a ridosso del garante originario. La limitazione infatti si discosta dall'idea di una organizzazione virtuosa fondata sulla distribuzione capillare delle competenze e relative responsabilità; potendo una più articolata ripartizione delle funzioni, anche attraverso l'impiego della sub-delega, in via di principio rivelarsi più efficace, per la una maggiore vicinanza del garante alla fonte di rischio.

Lo sbarramento al ricorso alla sub-delega previsto dall'art. 16 costituirebbe dunque una eccezione al principio generale della delegabilità delle funzioni, e come tale andrebbe confinato allo specifico settore della sicurezza sul lavoro, rispetto al quale il legislatore ha in definitiva scelto di concentrare sul vertice gli obblighi di garanzia rilevanti, per limitare evidentemente la frammentazione dei doveri di organizzazione in ordine ai presidi preventivi. Ma al di là di ogni valutazione sulla opportunità di tale scelta, sulla quale si possono comunque avanzare riserve, non può dubitarsi che estendere il limite previsto dall'art. 16 co. 3 ad altri settori si risolverebbe in una violazione del divieto di analogia *in malam partem,* dunque inammissibile. Piuttosto tale aspetto conferma e ripropone la necessità di introdurre una disciplina generale della delega di funzioni che, sul presupposto della ordinaria delegabilità delle funzioni medesime, ne definisca l'efficacia, i contenuti e limiti per il sistema penale.

Anna Maria Maugeri*

La funzione del sistema sanzionatorio del D.Lgs n. 231/2001: la rieducazione dell'ente

Sommario: 1. Premessa – 2. Il concreto emergere della funzione rieducativa nel sistema sanzionatorio del d.lgs. n. 231/2001 – 3. Il rispetto dell'art. 27 Cost., 3 comma e la natura della responsabilità da reato degli enti – 4. Orientamenti dottrinari in relazione alla funzione della sanzione nei confronti degli enti – 5. L'affermazione della funzione rieducativa – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'introduzione di un sistema di responsabilità da reato degli enti risponde fondamentalmente a una logica di prevenzione del crimine attraverso la rieducazione, nel senso che tutto il sistema previsto dal d.lgs. 231/2001 è volto ad imporre agli enti che svolgono un'attività economica l'adozione di modelli organizzativi idonei alla prevenzione del rischio reato, insito nella realtà degli enti quali luoghi giuridicamente e strutturalmente concepiti come strumenti di produzione di profitti[1], sul presupposto che l'ente è responsabile per l'organizzazione colpevole.

Sicuramente la ratio di politica criminale che ha ispirato il sistema sanzionatorio del d.lgs. n. 231/2001 non è stata la retribuzione fine a se stessa o la mera prevenzione generale (certamente perseguita, anche in termini positivi di orientamento culturale in chiave collettivo-imprenditoriale), ma la prevenzione speciale in chiave rieducativa: indurre l'ente ad adottare comportamenti riparatori dell'offesa che consentano il superamento del conflitto sociale instaurato con l'illecito, nonché idonei, concreti ed efficaci modelli organizzativi che incidendo strutturalmente sulla cultura d'impresa, possano consentire all'ente di continuare a operare sul mercato nel pieno

* Ordinaria di Diritto Penale, Università degli Studi di Catania. *Si ringrazia il programma ricerca di ateneo UNICT 2020-22 linea 2.*

[1] A. Alessandri, *Criminalità economica* e *confisca del profitto,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 2106.

rispetto della legalità o meglio di rientrare nel mercato con una nuova prospettiva di legalità[2].

Premesso che si tratta di configurare delle sanzioni capaci di fronteggiare il variegato fenomeno della criminalità delle organizzazioni complesse, individuando delle sanzioni effettive ed efficaci, "rispetto alle quali l'ente – con la sua organizzazione e dinamiche funzionali – sia sensibile, ponendosi la ricerca della sensibilità della pena (*Strafempfindlichkeit*) come essenziale criterio di scelta per il legislatore"[3], si deve evidenziare che la logica del d.lgs. n. 231 non è né quella della punizione fine a se stessa, espressione di mero retribuzionismo, né di quell'elusione della pena nei confronti dei colletti bianchi di cui spesso è accusata la moderna società capitalistica, ma piuttosto quello dell'educazione dell'ente alla lotta contro il crimine sia nella fase della prevenzione, *ante delictum*, sia nella fase della reazione, *post delictum*[4].

Chiaramente il presupposto di tale sistema è che la consumazione del reato da parte dell'ente sia espressione di una criminalità razionale che, da una parte, può essere influenzata *ex ante* in termini di deterrenza, dall'altra *ex post* in termini di specialprevenzione/rieducazione.

In tale direzione nella nostra cultura giuridica è ormai maturata la consapevolezza che il diritto penale delle persone giuridiche rispetto a quello delle persone fisiche è contraddistinto da un'intrinseca alterità, la cui peculiarità risiede nel fatto che con riferimento alle persone giuridiche l'intervento del diritto penale tende primariamente all'obiettivo

[2] Per quest'ultima espressione G. Canzio, *Introduzione II sessione*, in *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano 2017, 169.

[3] F. Macrì, *Le sanzioni (artt. 9-14, 16, 20-23)*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II, Torino, 2017, 2573; L. Cerqua, *Art. 9. Sanzioni amministrative*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino 2010, 153; M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. I, 13ª ediz. a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, 885; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*; Napoli 2009, 272.; L. Cerqua, D. Fondaroli, *Sanzioni Amministrative*, in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, a cura di M. Levis, A. Perini, Bologna, 2014, 232; C.E. Paliero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F.C. Palazzo, Padova, 2003, 20.

[4] Sulla finalità preventiva del sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 cfr. Paliero, *Il d.lg. 8 giugno 2001. n. 231: da ora in poi s*ocietas delinquere (et puniri) potest, in «CG», 2001, 845; M. Bellina, *La confisca del profitto a carico dell'ente: una sanzione «polidimensionale dimensionale»*, in «CP», 2009, 4843; cfr. A. Manna, *La responsabilità delle persone giuridiche: il problema delle sanzioni*, in «RTDPE», 1999, v. 12, n. 4, 919 ss. sull'importanza della *compliance* nei progetti in materia.

della *compliance*. Muovendo dal presupposto secondo cui all'interno dell'impresa lo Stato può perseguire efficacemente l'obiettivo della legalità solo mediante la collaborazione del soggetto privato, l'impiego dello strumento punitivo viene finalizzato non tanto alla repressione del fatto di reato quanto piuttosto al coinvolgimento, anche *ex post*, dell'ente nella promozione della *compliance*[5].

2. *Il concreto emergere della funzione rieducativa nel sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001*

La funzione rieducativa nel d.lgs. 231/2001 emerge chiaramente in tutti quei meccanismi che, adottando la filosofia del "bastone e della carota", consentono di ottenere una diminuzione della sanzione pecuniaria o di sottrarsi alla sanzione interdittiva, sin dalla fase cautelare fino a quella esecutiva, laddove si adottano delle condotte riparatorie e, soprattutto, dei modelli organizzativi volti a prevenire per il futuro il rischio reato («diverse "vie di fuga" messe a disposizione della *societas* quale corrispettivo di un atteggiamento di resipiscenza e di collaborazione valutato positivamente dal legislatore»[6]).

In tale direzione, l'art. 12, c. 2 prevede che l'ente possa beneficiare di un'importante riduzione della *sanzione pecuniaria* se si attiva tempestivamente dopo il reato per (a) risarcire il danno ed eliminarne le conseguenze dannose o pericolose o comunque adoperarsi efficacemente in tal senso; (b) adottare e rendere operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (la sanzione pecuniaria è ridotta da un terzo alla metà se l'ente realizza solo una delle due condizioni, mentre è ridotta dalla metà ai due terzi se le realizza entrambe). L'ente può evitare l'applicazione di una *sanzione interdittiva* se si attiva tempestivamente dopo il reato per realizzare cumulativamente le seguenti condizioni: (a) risarcire integralmente il danno ed eliminarne le conseguenze dannose o pericolose o comunque adoperarsi efficacemente

[5] Sul tema cfr., *ex multis*, M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 46; nonché Id., Compliance*: negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, a cura di C. Beria D'Argentine, Milano 2017, pp. 31 ss.

[6] G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa 2012, 322; conformi O. Di Giovine, *Lineamenti del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti,* cit., 24; Macrì, *op. cit.*, 2577.

in tal senso; (b) eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante adozione e attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; (c) mettere a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca (art. 17). Prima dell'apertura del dibattimento, l'ente può ottenere la *sospensione del processo* se chiede di provvedere alle attività di cui al punto precedente e dimostra di essere stato nell'impossibilità di effettuarle prima, versando una cauzione come determinata dal giudice (art. 65); se chiede di poter realizzare tali adempimenti, l'ente può ottenere *la sospensione dell'eventuale sanzione interdittiva già applicatagli in via cautelare*, versando una cauzione come determinata dal giudice (art. 49); se realizza tali adempimenti, l'ente può ottenere la *revoca* dell'eventuale sanzione interdittiva già applicatagli in via cautelare (art. 50). Se ha realizzato in essere tardivamente tali adempimenti (dopo l'apertura del dibattimento), l'ente può aspirare, anche in fase esecutiva, alla *conversione in sanzione pecuniaria della sanzione interdittiva* alla quale dovesse essere stato condannato, facendo istanza di conversione entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza; se accoglie l'istanza, il giudice converte con ordinanza le sanzioni interdittive, determinando l'importo della sanzione pecuniaria in una somma non inferiore a quella già applicata e non superiore al doppio della stessa (art. 78). L'adempimento tardivo è rilevante anche in seguito a fusione o scissione dell'ente (art. 31, c. 3). Nessuna forma di riparazione consente, invece, di evitare la *confisca* del prezzo o del profitto del reato[7].

Tale normativa contribuisce a responsabilizzare l'ente stimolandolo più di quanto abbia fatto *ex ante* la minaccia della sanzione, ad adottare *ex post* idonei meccanismi preventivi e, quindi, a una corretta gestione imprenditoriale rispettosa di valori tutelati dalle norme penali violate e non solo quelli[8].

La funzione rieducativa emerge, poi, in maniera evidente nel criterio di commisurazione della pena pecuniaria previsto dall'art. 11, che prende in considerazione "l'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti" (oltre alla gravità del fatto e al grado di responsabilità dell'ente), si tratta del criterio che

[7] Cfr. D. Stendardi, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della Restorative Justice*, in «GiuP» 2020, n. 4, 8 s.; A. Gargani, *La tendenza "eccentrica" della disciplina sanzionatoria di cui al d.lgs. n. 231/2001 tra "ibridazioni" normative e nuovi "sotto-sistemi",* in *Verso un riforma del sistema sanzionatorio*?, a cura di P. Pisa, Torino 2008, 87 ss.

[8] Cfr. N. Folla., *Le sanzioni pecuniarie*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, 107; Macrì, *op. cit.*, 2609.

"forse maggiormente riflette l'orientamento marcatamente specialpreventivo dell'apparato sanzionatorio di cui al d.lgs. n. 231/2001"[9].

La "natura fortemente special-preventiva", in quanto il loro scopo è la riduzione della potenzialità di recidiva almeno nel settore in cui il soggetto ha manifestato la propria capacità criminale[10], emerge nei presupposti delle sanzioni interdittive, espressione di una vera e propria *coincidenza fra reato e politica d'impresa* (casi di "reiterazione"[11] e di reati commessi da soggetti in posizione apicale, art. 13, c. 1, ovvero laddove la negligenza organizzativa è grave), nonché nei criteri di scelta di tali sanzioni *ex* art. 14 in termini di *specificità* ("le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente"), *idoneità* (il giudice ne determina "il tipo e la durata [..] tenendo conto *dell'idoneità* delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso" [12]) e *necessità*[13] (la sanzione più grave, quella dell'interdizione dall'esercizio

[9] Così Macrì, *op. cit.*, 2625; conformi R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 141; S. Sartarelli, Art. 11, in *La responsabilità degli enti. Commentario articolo per articolo al d.lgs. n. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, Padova, 2008, 184; cfr. M. Angelini, *Art. 10, ivi*, 178 ss.; E. Battaglia, *Le sanzioni, in La responsabilità da reato degli enti*, a cura di A. D'Avirro, A. Di Amato, *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2009, 296; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio, in Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano 2005, 230; E. Musco, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, «D&G», 2001, f. 23, 82; G. Flora, *Sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di 'metamorfosi' della sanzione penale?,* «DPP», 2003, 1400; R. Borsari, *art. 11,* in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, VI ed., 2017, 2598.

[10] E. Venafro, *Funzione e disciplina delle sanzioni interdittive previste dal d.lgs. n. 231/2001*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, cit., 52.

[11] "Uno degli elementi fondamentali di un sistema teleologicamente orientato alla prevenzione speciale", così G. Cernuto, *Sanzioni interdittive*, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda, E.M. Mancuso, G. Spangher, G. Varraso, Ipsoa, 2007, 139; G. De Marzo, *Le sanzioni amministrative: pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, in «Le Società», 2001, 1315.

[12] Macrì, *op. cit.*, 2583; Viganò, *Art. 13*, in *La responsabilità degli enti, cit.,* 198; Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 1359; F. Mucciarelli, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2005, 2515; Venafro, *op. cit.*, 55; Battaglia, *op. cit.*, 325. Cfr. Cass. Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 20560.

[13] F. Storelli, *L'illecito amministrativo da reato degli enti nell'esperienza giurisprudenziale*, Torino, 2005, 1, 48; Viganò, *Art. 13*, cit., 203; F. Sbisà, T. Giacometti, N. Motta, *Il sistema sanzionatorio,* in *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, a cura di F. Sbisà, E. Spinelli, Milano 2020, 136; in termini simili si parla di gradualità, sussidiarietà, cfr. A. Fiorella, M. Masucci, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per dell'ente da reato,* in «RIDPP», v. 62, n. 1, 2019, 522; Macrì, *op. cit.*, 2626; di residualità Battaglia,

dell'attività è l'*extrema ratio*, art. 14, c. 4, in sede cautelare art. 46, c. 3[14])/*proporzionalità* a neutralizzare il rischio reato e quindi a conformare l'organizzazione in chiave preventiva.

Anche in relazione all'istituto del commissariamento emerge chiaramente la finalità rieducativa laddove si prevede all'art. 15, c. 3 che "nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi"[15]; non solo la misura è volta a garantire nell'interesse collettivo la prosecuzione del pubblico servizio o del servizio di pubblica necessità, che prevale sull'esigenza punitiva dell'ordinamento, o l'esigenza di salvaguardare l'occupazione e la stessa economia di un determinato contesto territoriale, tenendo conto del ruolo nevralgico che un'impresa può assumere alla luce anche di una visione solidaristica di uno Stato di diritto (funzione pubblicistico-economica[16]), ma in tal modo si garantisce sicuramente la "rieducazione" dell'ente attraverso il "rimodellamento dell'organizzazione aziendale"[17], obbligatorio in chiave spiccatamente specialpreventiva[18].

E anche l'obbligo della confisca del profitto rappresenta un presupposto indefettibile della stessa finalità rieducativa che sarebbe compromessa dalla prospettiva per l'ente di conseguire comunque il profitto indebito[19].

Per ciascuna sanzione sarebbe necessario un approfondimento non possibile in questa sede.

op. cit., 294 – 296.

[14] Cfr. A. Bernasconi, *L'apparato sanzionatorio*, in *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano 2018, 209 ss.; Viganò, *Art. 13*, cit., 204.

[15] Cfr. Viganò, *Art. 15*, cit., 207; Battaglia, *op. cit.*, 351.

[16] Cfr. G. Minicucci, *La sanzione sostitutiva del commissariamento giudiziale*, in *Diritto penale dell'economia*, II, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2017, 2652.

[17] Palumbieri, *op. cit.*, 2703; Minicucci, *op. cit.*, 2652; Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 235 ss; Battaglia, *op. cit.*, 351; S. De Flammineis, *La mappatura del rischio da reato nel commissariamento e nell'amministrazioe giudiziaria tra attualità e prospettive*, in «DPC», 23 giugno 2015, 6.

[18] G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, 244.

[19] A.M. Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale,* in «RTDPE», 2013, 669 ss.

La dottrina parla anche di un modello correzionalista[20] o, premiale[21], ma sicuramente si tratta di un sistema che ha come precipuo scopo la rieducazione dell'ente alla legalità attraverso la sua *responsabilizzazione*, riducendo il momento punitivo ad una fase marginale di un ben più articolato programma che richiede la fattiva collaborazione dell'ente nella prevenzione dei reati, al punto da poter affermare che la funzione "coinvolgente" o "co-responsabilizzante" del sistema di penalità in esame è prevalente rispetto a quello disincentivante[22].

3. *Il rispetto dell'art. 27 Cost., 3 comma e la natura della responsabilità da reato degli enti*

L' interpretazione del sistema sanzionatorio di cui al d.lgs 231/2001 in chiave di prevenzione speciale si pone in conformità con il disposto di cui all'art. 27, c. 3 Cost. che indica nella rieducazione la finalità cui deve tendere la pena, fermo restando che la copertura costituzionale in questione presuppone l'accoglimento dell'interpretazione che attribuisce natura penale al modello di responsabilità degli enti previsto dal d.lgs. 231/2001. In questa sede non è possibile una riflessione in tale direzione, ma solo qualche rapida battuta considerando che la definizione della natura di tale responsabilità ha un fondamentale risvolto pratico per stabilire i principi costituzionali di riferimento[23], anticipando che la responsabilità introdotta con il provvedimento legislativo in esame risulta una responsabilità che di

[20] M. Pelissero, G. Fidelbo, *La «nuova» responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.leg. 8 giugno 2001 n. 231),* in «LP» 2002, 590 affermano che si tratta del criterio che "forse maggiormente riflette l'orientamento marcatamente specialpreventivo dell'apparato sanzionatorio di cui al d.lgs. n. 231/2001". Cfr. E. Belfiore, *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli 2011, 1755.

[21] Riverditi, *op. cit.*, 344.

[22] R. Guerrini, Le *sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. N. 231/2001*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello* di giustizia "punitiva", a cura di G. De Francesco, Torino, 2004, 85; De Francesco, *La societas e l'ineffabile duale: destinataria o garante dell'inosservanza dei precetti, in Studi senesi*, CXVII, 2005, 489 – 506; A. Vallini, *Alcune riflessioni sulla natura delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di Pisa, Torino 2008, 44.

[23] Vallini, *op. cit.*, 33; G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in «RIDPP» 2006, 160 ss.; L. Stortoni, D. Tassinari, *La responsabilità degli enti: quale natura? quali soggetti?,* in «IP», v. 9, n. 1, 2006, 9.

amministrativo presenta (per ragioni compromissorie) fondamentalmente il *nomen iuris*, essendo sostanzialmente in tutto disciplinata come una responsabilità penale vera e propria[24].

Assume un particolare interesse in materia la presa di posizione dell'Avvocato Generale Sharpston, anche se contradetta dalla seguente decisione della Corte di Giustizia, in cui si è affermata la sostanziale natura penale della responsabilità degli enti. L'Avvocato ritiene applicabile nell'ordinamento italiano l'art. 9 par. 1 della decisione quadro 2001/220/GAI sulla costituzione di parte civile nel processo penale, norma da interpretare in chiave teleologica privilegiando la sostanza sulla forma; a tal scopo si ritiene irrilevante che la legislazione nazionale qualifichi la responsabilità della persona giuridica come 'amministrativa', o comunque 'indiretta' o 'sussidiaria' rispetto alla commissione del reato da parte della persona fisica, poiché ai fini dell'applicabilità dell'art. 9 § 1, rileva piuttosto che la legislazione nazionale preveda un sistema di responsabilità per un illecito definito mediante rinvio alle disposizioni del codice penale, fondata sulla commissione di un illecito da parte di una persona fisica, accertata nell'ambito di un procedimento dinanzi al giudice penale, disciplinato dal codice di procedura penale e normalmente riunito col procedimento penale a carico della persona fisica responsabile dell'illecito[25]. La prudente decisione della Corte di Giustizia[26], che non ha voluto accogliere la posizione dell'Avvocato Generale, per evitare il rischio di "inquietare, in un momento politicamente assai delicato per l'Unione, tutti quegli Stati membri, Germania in testa, che oppongono resistenze di principio

[24] Amarelli, *op. cit.*, 167; G. Marinucci, «*Societas puniri potest*»: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in «RIDPP» 2002, 1202 e 308; Musco, *op. cit.*, 8 e 88.; P. Patrono, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in «RTDPE», 2002, n. 1-2, 189; Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica*, cit., 21; Id., *Il d.lgs. 8 giugno 2001,* cit., 845; V. Maiello, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?,* in «RTDPE», v. 15, n. 4, 2002, 879-916; De Simone, op. ult. cit.; Piergalllni, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in «DPP» 2001, 1365; A. Astrologo, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in «RTDPE» 2005, 1003 – 1005; L. Cerqua, D. Fondaroli, *op. cit.*, 263 ss.; S. Panagía, *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti,* in «RTDPE», v. 21, n. 1-2, 2008, 149. In materia T. Guerini, *Diciassette anni di responsabilità degli enti: una retrospettiva*, in «RASE», v. 13, n. 1, 2018, 215 ss.

[25] Cfr. F. Vigano, A. Valsecchi, *Costituzione di parte civile contro l'ente imputato: le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia UE nel caso Giovanardi*, in «DPC» 7 giugno 2012.

[26] CGUE, 12 luglio 2012, *Procedimento penale a carico di Maurizio Giovanardi e a..*, C-79/11, § 45 ss. - 48.

- anche di ordine costituzionale - rispetto all'idea di una responsabilità autenticamente *penale* dell'ente" lascia, tuttavia, assolutamente aperta tale questione della *sostanza* della responsabilità "amministrativa" degli enti nel diritto italiano, "perché ad essere in gioco non è tanto il problema della tutela risarcitoria della vittima, quanto lo *statuto garantistico* di tale responsabilità nei riguardi dello stesso ente, al quale è a tutt'oggi dubbio se debbano o meno applicarsi le garanzie che la nostra Costituzione e le carte internazionali dei diritti umani (prime fra tutte, la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE) stabiliscono in materia di diritto e processo penale: legalità dei reati e delle pene in tutti i suoi corollari, personalità e colpevolezza, funzione rieducativa e proporzione della pena, presunzione di innocenza, giusto processo, doppio grado di giurisdizione, *ne bis in idem*, obbligatorietà dell'azione penale, etc." [27].

Tanto più che laddove vengono in gioco le garanzie della materia penale la Corte di Strasburgo impone un'interpretazione sostanzialista, al punto che anche accogliendo l'interpretazione della Corte di Giustizia, si potrebbe ritenere, che alla luce della nozione ampia di materia penale di cui all'art. 6 e 7 della CEDU la forma di responsabilità in esame rientra nella nozione di materia penale e le garanzie della CEDU debbono essere riconosciute, come, del resto, emerge dalla stessa Relazione al d.lgs. 231/2001 che evidenzia come tale disciplina rientri nella nozione di diritto punitivo (*Sanktionrecht*) accolto dalla Corte EDU, al fine del riconoscimento delle garanzie previste dalla Convenzione europea[28].

In ogni caso ciò che sembra più rilevante è quella prassi giurisprudenziale che, anche senza prendere espressamente posizione, applica in questo settore le garanzie della materia penale[29], come il principio di legalità *ex* art. 25

[27] Cfr. F. Vigano, A. Valsecchi, *Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'Unione*, in «DPC», 6 settembre 2012.

[28] A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in «CP» 2003, 1111; Cfr. M. Angelini, *Art. 9*, in *La responsabilità degli* enti, cit., 174; D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti*: i criteri d'imputazione, in «RIDPP» 2002, 417 osserva che la formula responsabilità amministrativa è nulla più che un'"etichetta carica di significati simbolici, del tutto neutra rispetto alla disciplina degli istituti" in quanto si è di fronte ad "un sottosistema autonomo, entro il complesso di quello che può essere ed è definito dalla dottrina come sistema punitivo, comprendente sia il diritto penale sia il sistema dell'illecito amministrativo". Cfr. Cass. SU, ThyssenKrupp A.S.T. s.p.a., 24 aprile 2014, n. 38343.

[29] Cass., 20 dicembre 2005, Jolly Mediterraneo, n. 3615; Cass. Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, D'Azzo. Sull'applicazione dei principi costituzionali penalistici in tale settore, fondamentale G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa

Cost.[30], il principio di responsabilità penale personale *ex* art. 27 Cost. (negandone la violazione e la sussistenza di una forma di responsabilità oggettiva[31]) parlando di colpa d'organizzazione di carattere normativo[32], - anche quando ha qualificato la responsabilità degli enti come riconducibile alla categoria del *tertium genus*[33] -, nonché il rispetto del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost., negando l'intervento di forme di inversione dell'onere della prova in materia[34]. Per poi arrivare a riconoscere[35] la funzione rieducativa della pena *ex* art. 27 Cost., comma 3, affermando che, ai fini di un controllo della congruità della sanzione proposta dalle parti in sede di patteggiamento, «la sanzione applicata appare rispettosa del principio sancito dall'art. 27 Cost., proporzionata ai canoni di cui all'art. 133 c.p. e confacente alla gravità del fatto per cui si è proceduto, adeguata ad assicurare la funzione rieducatrice»[36].

Riconosce espressamente la finalità rieducativa della pena la sentenza delle Sezioni Unite Fisia Italimpianti "Il sistema sanzionatorio proposto dal D.Lgs. n. 231 fuoriesce dagli schemi tradizionali del diritto penale

2012, 110 ss. - 117 ss.; Id., *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in «Criminalia» 2010, 605 ss.

[30] Cass. Sez. VI, Ribeira, 3 marzo 2004; SU, 23 giugno 2011, in «RP» 2011, 1149; Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, D'Azzo; Cass. SU, 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti, n. 26654, Rv. 239922 ss. O comunque si applicano istituti penalistici come il concorso di persone Cass. Sez. II, 29 aprile 2014 (dep.26/05/2014), n. 21227; il principio di correlazione tra imputazione e sentenza Cass. Sez. VI, 25 settembre 2018, n. 54640, Sez. IV, 22 gennaio 2020, (dep. 05/05/2020), n. 13575.

[31] Cass. Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, S. e altro.

[32] Cass. Sez. VI, 5 ottobre 2010, in «CP» 2011, 2539, con nota di G. Varraso; Uff. Ind. Prel. Catania, 15 novembre 2018; Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735; Cass. Sez. II, 6 luglio 2012, n. 35999; Tribunale di Trani, Sez. di Molfetta, 26 ottobre 2009; Cass. Sez. II, 06/07/2012, n. 35999 parla di rimproverabilità; Cass. Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, S. e altro.

[33] Cass. Sez. IV, 22/09/2020 (dep. 26/10/2020), n. 29584 "coniugando i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, ha finito con il configurare un *tertium genus* di responsabilità, compatibile con i principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza": conforme Cass. SU, 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343. Cfr. Cass. SU ThyssenKrupp A.S.T. s.p.a., 24 aprile 2014, n. 38343; Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735; Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083; Sez. IV, 24 settembre 2019, n. 43656; Cass. Sez. IV, 9 maggio 2019, n. 38072; Cass. Sez. IV, 28 maggio 2019, n. 29538; Trib. di Milano, Sez. III, 31 gennaio 2019, n. 210.

[34] Cass. Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735; Tribunale di Pordenone, 4 novembre 2002, in <*http://www.reatisocietari.it*>; Tribunale di Trani, Sez. di Molfetta, 26 ottobre 2009; Trib. Torino, 10 febbraio 2005, in <*http://www.reatisocietari.it*>.

[35] Cass. Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, D'Azzo.

[36] Tribunale di Pordenone, 4 novembre 2002, in <*http://www.reatisocietari.it*>.

- per così dire - "nucleare", incentrati sulla distinzione tra pene e misure di sicurezza, tra pene principali e pene accessorie, ed è rapportato alle nuove costanti criminologiche delineate nel citato decreto. Il sistema è "sfaccettato", legittima distinzioni soltanto sul piano contenutistico, nel senso che rivela uno stretto rapporto funzionale tra la responsabilità accertata e la sanzione da applicare, opera certamente sul piano della deterrenza e persegue una massiccia finalità specialpreventiva"[37].

A favore del superamento delle controversie ideologiche per riconoscere la natura penale è stato autorevolmente evidenziata "una stringente ragione giuridica – il principio di eguaglianza – che milita a favore del passaggio dalla responsabilità amministrativa alla responsabilità penale"[38]. In tale direzione si ritiene che "è ingiustificabile che un fatto sia per il singolo autore un illecito criminale, e non lo sia per l'impresa che sta alle sue spalle: è un privilegio senza giustificazione oggettiva"[39].

4. *Orientamenti dottrinari in relazione alla funzione della sanzione nei confronti degli enti*

Parte della dottrina attribuisce funzione general preventiva "all'intera disciplina sulla responsabilità dell'ente, e non più, soltanto, all'astratta previsione della sanzione in sé e per sé considerata"[40].

In maniera perentoria, poi, certa dottrina ritiene che la pena destinata alle persone giuridiche non può che prescindere dalla finalità rieducativa radicandosi su una criminalità disincarnata, assumendo piuttosto una spiccata valenza afflittiva[41].

Alla stregua di un'ulteriore prospettiva ermeneutica si evidenzia, innanzitutto, lo scopo di prevenzione generale negativa, essendo la pena volta a bilanciare la tentazione di politiche economiche illecite che "scarichino" sui

[37] Flora, *op. cit.*, 1399 preferisce parlare di efficacia-effettività in luogo di prevenzione generale e prevenzione speciale (la "proporzione" come canone di "moderazione" della efficacia-effettività).

[38] G. Marinucci, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: uno schizzo storico, dogmatico*, in «RIDPP» 2007, 469.

[39] H.J. Hirsch, *Strafrechtliche Probleme*, Berlin, 1999, 617; cfr. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 173.

[40] Riverditi, *op. cit.*

[41] *Contra* A. Gargani, *Individuale e collettivo nella responsabilità della* societas, *Studi sen.* 2006, 287 – 289.

rappresentanti e/o dipendenti dell'ente il rischio della relativa punizione[42]. Per poi riconoscere nell'ambito di una concezione *polifunzionale* della pena l'intervento in fase commisurativa della finalità retributiva, temperata dalla prevenzione speciale; la prima emerge innanzitutto nella sanzione pecuniaria volta a imporre un corrispettivo patrimoniale laddove la normativa vincola il verdetto del giudice al principio di proporzione che "secondo il noto schema ideologico proprio del liberalismo di matrice kantiana, segna il punto di passaggio dalla pena intesa come ritorsione o vendetta alla vera e propria, "giusta compensazione" per il male commesso[43]. Le sanzioni interdittive, a loro volta, sarebbero finalizzate alla prevenzione speciale, temperata a sua volta dalla necessità di mantenere un rapporto di proporzione con il disvalore complessivo del fatto[44]. Si accoglie, insomma, espressamente la concezione polifunzionale della pena nel settore in esame.

Secondo un diverso orientamento, ancora, partendo dalla critica alla natura penale della responsabilità degli enti, si osserva che ritenere che il sistema sanzionatorio della 231 persegua la finalità rieducativa rappresenta una preoccupante operazione ermeneutica di "adattamento della "teleologia antropomorfica", sottesa al concetto di rieducazione, alla realtà puramente normativa delle persone giuridiche: "un puro artificio verbale, caratterizzato da un processo di volatilizzazione della pregnanza semantica di una parola, attraverso il quale quest'ultima finisce per generare sempre nuovi significati e moltiplicare i suoi possibili usi"[45].

Altra parte della dottrina, pur riconoscendo che il sistema punitivo della 231 persegua la finalità di prevenzione generale e prevenzione speciale, nega che si possa parlare di finalità *rieducativa*, riservando quest'ultima alle persone fisiche. Il presupposto di tale posizione è rappresentato dalla considerazione che "la rieducazione esprime una connotazione fortemente impregnata di valenze etico-sociali, nel senso che l'ordinamento costituzionale e penale manifesta il preciso interesse, in seguito alla consumazione del reato, a che il reo recuperi quell'atteggiamento di responsabile astensione da fatti lesivi di interessi rilevanti per la comunità organizzata, che la pena intendeva promuovere, in via generale innanzitutto attraverso il messaggio educativo (prevenzione generale positiva) espresso nella fase della comminatoria legale. Tutto ciò presuppone che possa effettivamente rimproverarsi al reo

[42] M. Catenacci, *Sanzioni per l'ente e fini della pena: qualche riflessione*, in Liber Amicorum, *Adelmo Manna*, a cura di V. Plantamura, G. Salcuni, Pisa, 2020, 92 ss.
[43] Così Catenacci, *op. cit.*, 92 – 94.
[44] *Idem*, cit., 98.
[45] Maiello, *op. cit.*, 895.

di essersi sottratto all'impegno di responsabilità, di garanzia nei confronti della pacifica convivenza sociale, non essendo a tal fine sufficiente la semplice realizzazione del reato sia pure integrato di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi" (ciò presuppone chiaramente sia l'imputabilità del reo, come capacità di avvertire il disvalore del comportamento criminoso, sia la conoscibilità della norma penale)[46]. E allora, si osserva che il finalismo rieducativo non è riferibile agli enti perché deve trovare il suo punto di riferimento necessario in una "personalità strutturata…che abbia una storia" e tale non appare quella espressa dagli enti collettivi perché, innanzitutto, essi operano attraverso "personale umano sostituibile" come tale estraneo a trame di sviluppo coerente e unitario di un'identità soggettiva intrisa di senso di responsabilità in ordine alla propria collocazione nel contesto sociale di riferimento[47].

Si osserva, ancora, nella medesima direzione che le norme penali sono volte a "sollecitare l'acquisizione da parte di ognuno della precisa consapevolezza della necessità di astenersi da determinati fatti pregiudizievoli di rilevanti interessi individuali e collettivi, ai fini della stessa permanenza del consorzio civile", dopo la consumazione del reato l'esecuzione della pena "intende semplicemente riallacciare questo rapporto di stretta interlocuzione già avviato dall'ordinamento penale con i suoi destinatari e traumaticamente interrotto dal crimine"; "la rieducazione si presenta dunque come la naturale prosecuzione di un processo intrinsecamente unitario di orientamento culturale alle condizioni irrinunciabili della convivenza civile, diretto sin dall'inizio del ciclo della pena a dislocare su tutti e ciascuno dei consociati la responsabilità e la garanzia primaria del mantenimento di esse", per poi concludere che "una tale peculiare, raffinata prospettiva di prevenzione (generale e) speciale presuppone necessariamente l'unità di esperienza esistenziale (la "storia", appunto) della persona fisica, la sua pienezza di insediamento nell'ambito del consorzio, la sua capacità di inscrivere il (dis) valore dei propri comportamenti in un compiuto orizzonte etico-sociale. L'ente collettivo è di contro titolare di una "soggettività" certo reale, ma intrinsecamente settoriale, a vocazione essenzialmente economico-

[46] De Vero, *op. cit.*, 49.

[47] A. Alessandri, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano 1984, 57 ss.; Id., *Art. 27 comma 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, 1991, 159 ss.; N. Irti, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa – codici di autodisciplina")*, in «GCM», 2003, 693; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale – Parte generale*, Bologna 2019, 177; A.M. Castellana, *Diritto penale dell'Unione Europea e principio "societas delinquere non potest"*, in «RTDPE», 1996, 785; V. Militello, *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, in «RTDPE», 1992, 109.

mercantile, e comunque affatto estranea a quell'inserimento "a tutto tondo" nel progetto e nell'impegno di civile convivenza che caratterizza l'individuo capace di intendere e di volere"[48].

5. *L'affermazione della funzione rieducativa del sistema sanzionatorio ex d.lgs. 231/2001*

Rispetto agli orientamenti esaminati che fondamentalmente rifiutano l'affermazione della concezione rieducativa rispetto agli enti, siano permesse alcune osservazioni.

In realtà, fermo restando il carattere afflittivo della sanzione, non riteniamo che il rispetto del principio di proporzione sia in sé sinonimo dell'adesione alla funzione retributiva della sanzione, anzi sembra che la logica della compensazione del male commesso non abbia rappresentato per il legislatore italiano lo scopo ispiratore di tale sistema punitivo; la proporzione, piuttosto, è il presupposto della funzione rieducativa consentendo di avvertire la pena come giusta e meritata e, quindi, predisponendo il reo al processo rieducativo.

In realtà queste posizioni sembrano più comprensibili alla luce di una versione della rieducazione eticamente connotata, se non identificata con una sorta di catarsi morale propria della persona fisica[49]; perché altrimenti non si capisce perché se nell'ottica rieducativa l'esecuzione della pena deve essere la prosecuzione di un "processo intrinsecamente unitario di orientamento culturale alle condizioni irrinunciabili della convivenza civile", questo processo non si possa realizzare nei confronti dell'ente; se si presuppone che la minaccia della sanzione, in funzione di prevenzione generale, abbia effetto deterrente perché l'ente è un soggetto che agisce in base a logiche razionali, ad analisi costi/benefici e quindi è – per assurdo – maggiormente motivabile della stessa persona fisica, non si vede perché, una volta consumato il reato che ha rotto quel rapporto di "stretta interlocuzione già avviato dall'ordinamento penale", questo rapporto non possa riprendere attraverso l'esecuzione della pena nei confronti dell'ente, non possa riprendere quel

[48] De Vero, *op. cit.*, 50 ss.

[49] Cfr. Piergallini, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in «RTDPE», 2002, 584 che contesta che una simile visione della funzione rieducativa è eccessivamente antropomorfizzata e trascura in maniera ingiustificata l'esistenza di una cultura d'impresa che può fomentare i reati, o viceversa disincentivarli, e che sopravvive ai singoli.

"processo intrinsecamente unitario di orientamento culturale alle condizioni irrinunciabili della convivenza civile". *L'unità di esperienza esistenziale* che sarebbe il presupposto della funzione rieducativa può essere propria anche dell'ente, che attraverso la pena può prendere coscienza – nella sua compagine verticistica e subordinata - del disvalore del suo comportamento criminale e modificare le sue politiche imprenditoriali, come dimostrato da tutte quelle condotte volte alla riparazione dell'offesa realizzata e alla prevenzione del crimine nel futuro; all'ente si richiede proprio una riorganizzazione in tale direzione che passa innanzitutto dalla formazione del personale, dal suo diverso dislocamento (laddove la permanenza nello stesso ruolo per troppo tempo abbia creato delle disfunzioni anche in termini di sensibilità alla legalità), dal suo rinnovamento se necessario, dalla predisposizione di meccanismi di controllo, di nuove regole cautelari, obblighi di comunicazione e informazione, etc. Anzi paradossalmente, l'opera di rieducazione dell'ente, il fattivo lavoro per rieducarsi alla legalità è maggiormente verificabile di quanto non possa essere quello della persona fisica. Anche nei confronti dell'impresa, d'altronde, si potrebbe attribuire una valenza etica alla nozione di rieducazione, considerando che i modelli organizzativi, quale evoluzione dei codici di comportamento, sono espressione proprio di istanze di rispetto della legalità che assume una valenza in se laicamente etica; e, del resto, esiste un'etica dell'impresa strettamente connessa alla nozione di responsabilità della stessa, chiamata nella determinazione delle sue politiche imprenditoriali a precise scelte etiche, come quelle connesse allo sviluppo sostenibile, alle condizioni di lavoro e promozione del benessere dei lavoratori, al rispetto dell'ambiente e così via[50]. Addirittura apertamente parte della dottrina parla, proprio in relazione alla responsabilità degli enti *ex* 231 di necessità di implementare l'etica degli affari e la moralizzazione delle politiche d'impresa[51]. Parte della dottrina ritiene di superare l'impasse ostativo alla compatibilità tra funzione rieducativa della pena e natura dell'ente collettivo, attraverso una "qualificazione ulteriore della prevenzione speciale, indirizzata espressamente nei confronti di una politica d'impresa "eticamente" riorientata verso finalità

[50] Cfr. Riverditi, *op. cit.*, 57 s.; Bastia, *op. cit.*, 38; A. Pasculli, *La responsabilità da reato degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici e applicativi*, Bari 2005, 304.

[51] Cfr. M. Caputo, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti, in* «DPC-RT», 2013, 101 ss. – 120 ss.; A. Melchionda, *Interferenze di disciplina fra la responsabilità sociale delle imprese e la responsabilità "da reato" degli enti. Il ruolo dei c.d. "codici etici"*, in *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, a cura di S. Scarponi, Trento, 2007, 230.

economiche, certo vantaggiose ed ottimizzanti il profitto patrimoniale, ma comunque da attuarsi in un contesto di liceità di interventi anche in punto di impiego delle risorse e non più di criminalità imprenditoriale[52].

E anche laddove il personale umano cambia, a parte il fatto che difficilmente il rinnovamento sarà integrale, la funzione rieducativa rimane valida perché comunque anche il nuovo personale non potrà non tenere conto della storia dell'ente, anzi il modello organizzativo dovrebbe servire anche a registrare tale storia, richiedendo la "scrittura costante" dell'attività aziendale da parte delle figure interessate tenute a lasciare in tempo reale una traccia delle problematiche affiorate nella materia prevenzionistica, traccia da convogliare, attraverso un flusso periodico organizzato di informazioni, verso gli organismi dirigenti e verso l'organismo di vigilanza; l'aggiornamento del modello per adeguarlo ai segnali di allarme o alle riforme normative o tecnologiche, del resto, deve sempre tenere conto di questa storia per essere calibrato adeguatamente ed efficace.

In termini di eticità, del resto, parte della dottrina evidenzia la base volontaristica e premiale (secondo i canoni della *soft law*) cui è affidata la richiesta di adesione alle istanze di tutela (di tipo organizzativo-procedimentale) perseguite con la disciplina della 231, per evidenziare che il legislatore sembra essersi ispirato all'impostazione su cui si fonda la teoria della responsabilità sociale delle imprese (RSI)[53], come emerge dal Libro Verde della Commissione Europea del 2001, finalizzato a "Promuovere un quadro europeo per la Responsabilità sociale delle imprese" e la seguente strategia della Commissione del 2011 (in cui si precisa che la "RSI sostiene gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva")[54]: sembra che il legislatore voglia indurre l'impresa, su base volontaristica, non solo a rispettare gli obblighi giuridici ma a investire di più nel capitale umano, nell'ambiente, nello sviluppo sostenibile, e quindi, nel settore in esame, nella corporate governance per prevenire il

[52] Sartarelli, *Art. 11*, cit., 181; A. Rossi, *Le sanzioni dell'ente*, in S. Vinciguerra, M. Ceresa Gastaldo, A. Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n. 231/2001)*, Padova 2004, 66; Piergallini, *Societas delinquere et puniri potest; la fine tardiva di un dogma*, in «RTDPE», 2002, 595 s.; Id., *L'apparato sanzionatorio*, cit., 223 ss.

[53] Cfr. G. Canzio, *Introduzione II sessione*, in *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano 2017, 168.

[54] <*https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT*>, In materia il "*Documento Di Riflessione: Verso Un'europa Sostenibile Entro Il 2030*, 30 Gennaio 2019", <*https://ec.europa.eu/info/files/reflection-paper-towards-sustainable-europe_it*>.

rischio reato[55].

In questa direzione, allora, si esprime fiducia nella finalità di rieducazione dell'ente deviato e si possono evidenziare le potenzialità del perseguimento della finalità rieducativa nei confronti degli enti perché proprio in relazione alle persone giuridiche la sanzione può "ambire a quegli obiettivi irraggiungibili dalle pene dirette all'individuo. […] Nei confronti di un'impresa il diritto penale può dar sfogo a tutte le pretese di rimodellamento e di riformulazione completa della struttura; può ricostruire una "persona nuova", modificano il carattere e reimpostando la condotta di vita"[56]; l'estensione della responsabilità penale alla persona giuridica può realizzare «al meglio il successo della finalità di rieducazione che la Costituzione assegna alla pena»[57]. «L'ente è ritenuto più rieducabile della persona fisica, e la prevenzione speciale svolge qui un ruolo più spiccato che per gli autori persone fisiche»[58].

Chiaramente ciò non toglie che anche chi ritiene, come accennato, che non sia compatibile la finalità rieducativa con gli enti, non nega innanzitutto la responsabilità "penale" dell'ente (*societas delinquere potest*), né si nega comunque che il sistema sanzionatorio nei confronti dell'ente sia finalizzato a prevenire la recidiva in un rigoroso quadro di prevenzione speciale. Per cui alla fine, non si contesta la finalità di specialprevenzione, seppure non intesa in termini di rieducazione ai sensi dell'art. 27, c. 3 Cost.

In conclusione, si ritiene preferibile ritenere che accanto all'ineludibile funzione di prevenzione generale nella fase della minaccia, l'apparato sanzionatorio degli enti sia funzionale alla specialprevenzione[59] (incidendo sulla struttura organizzativa dell'impresa modificandone l'azione,

[55] Riverditi, *op. cit.*, 331 ss..

[56] De Maglie, *op. cit.*, 291 ss.; esprimono fiducia nella finalità rieducativa nei confronti degli enti E. Dolcini, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in «RIDPP», 1999, 15 ss.; Manna, *op. cit.*, 1111 ss.; M. Pelissero, *La nuova responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lgs. 8.6.2001 n. 231)*, in «LP», 2002, 589 ss.; S.R. Palumbieri, *Il ravvedimento post delictum dell'ente*, in *Diritto penale dell'economia*, cit., 2702 ss.; P. Faraldo Cabana, *Sull'idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche*, in «DPC-RT», 2014, n. 3-4, 1230.

[57] De Maglie, *op. cit.*, 378.

[58] Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 46.

[59] Cfr. Bernasconi, *op. cit.*, 198; F. D'Arcangelo, *Le sanzioni pecuniarie e interdittive,* in A. Bassi, F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente*, Milano 2020, 269; E.M. Giarda, F.M. Giarda, *Sanzioni in generale*, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda, E. Mancuso, G. Spangher, G. Varraso, Torino, 2007, 111; Gargani, *op. cit.*, 87; Amarelli, *op. cit.*, 179.

i meccanismi di decisione, etc.[60]), da poter intendere in termini di rieducazione[61].

Il legislatore, agendo da un lato, sulla leva incentivante all'adozione del *compliance program* e, dall'altro, su quella premiale in vista dell'attuazione delle condotte reintegratrici di cui agli artt. 12 e 17, ha forgiato un modello punitivo preventivo apertamente mirato a scopi di riorganizzazione e *rieducazione,* considerando che nei confronti della persona giuridica la rieducazione *ex* art. 27 Cost., letta in controluce con i postulati dell'art. 41 Cost., significa "ridefinizione dell'assetto organizzativo secondo canoni di legalità che consentano, in radice, il superamento del rischio-reato"; sia l'incentivo sia il premio, infatti, perseguono gli scopi rieducativi mirando a rendere l'assetto organizzativo compatibile con le prerogative del minimo etico (in termini di allineamento con valori di civiltà condivisi), perseguite dall'art. 27 Cost. in quanto tanto la minaccia della sanzione quanto il surrogato premiale hanno la finalità di "indicare all'ente la via per inserirsi *pleno iure* tra i membri della comunità civile, assumendo un *modus operandi* rispettoso delle regole di convivenza da questa approvate", e in attuazione dell'art. 41 Cost. consentendo il riallineamento dell'attività economica con l'utilità sociale[62].

In linea con tale finalità, oltre che al principio di legalità come evidenziato nella Relazione ministeriale (art. 2 d.lgs. 231/2001)[63] e al principio di autosufficienza (non consentendo il rinvio al codice penale), il sistema sanzionatorio di cui al d.lgs. 231/2001 è anche conformato al principio di proporzionalità, sancito dall'art. 11, c. 1, lett. f) della legge delega 300/2000, che pur se evocato espressamente solo per le misure cautelari (art. 46, c. 2, e 50, c. 2, del decreto legislativo) è intrinsecamente

[60] Cfr. Bernasconi, *op. cit.*, 198.

[61] In tale direzione F. Sbisà, T. Giacometti, N. Motta, *op. cit.*, 119; anche E.M. Giarda, F.M. Giarda, *op. cit.*, 111; G. Casaroli, *Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica,* in «RTDPE», 2008, 581; Di Giovine, *Lineamenti*, cit., p. 28 s.; Dolcini, *op. cit.*, 23 s.; Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 47 s.; F. Foglia Manzillo, *Verso la configurazione della responsabilità penale della persona giuridica*, in «DPP», 2000, 107; L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova, 1997, 266; Manna, *op. cit.*, 1111 ss. Richiedono una riforma costituzionale per applicare il 27 agli enti, G. Amarelli, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in «RTDPE», 2003, 987 ss.; L. Conti, *Il diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2001, 866 s.; Maiello, *op. cit.*, 913 ss.; R. Riz, *Lineamenti di diritto penale*, pt. gen., 2ª ediz., Padova, 2000, 146 ss.

[62] Riverditi, *op. cit.*, 352 – 353. Cfr. F.C. Palazzo, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in «RIDPP», 1976, p. 440 ss.

[63] § 3.1.

considerato nella graduazione delle sanzioni[64].

Il tutto non negando l'emergere di logiche proprie della giustizia riparativa considerando che, come si evidenzia nella Relazione alla 231, le "contro-azioni di natura reintegratoria, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito [..] avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa"; nel progetto del legislatore, i moduli procedimentali avanzati hanno anticipato alcune istanze proprie della giustizia riparativa[65].

6. *Conclusioni*

L'esigenza di una riflessione sulla finalità rieducativa dell'apparato sanzionatorio della 231 è resa oggi particolarmente urgente dopo circa vent'anni dall'introduzione di questo sistema anche alla luce della diffusa sensazione che il sistema non funzioni pienamente laddove prevalga la «logica del *propter hoc*, o del "senno di poi" (un reato si è consumato, ergo il modello era inidoneo), che ha fomentato un progressivo 'indurimento' giurisprudenziale nell'accertamento della colpa individuale nei territori del diritto penale di impresa"; si evidenzia una prassi in cui nonostante l'impegno dell'ente per autoregolamentarsi dotandosi di un'organizzazione preventiva, in mancanza di parametri chiari, non riesca poi ad "apprezzare, prima, la bontà e l'efficacia del suo agire, con il rischio, poi, di vedersi messo alla gehenna da un giudice che decida di issare più in alto l'asticella del dovere preventivo"[66].

In tale contesto risulta ancora più importante richiamare nell'applicazione di tale disciplina al rispetto dei principi costituzionali, – a partire dal principio di colpevolezza contro indebite forme di

[64] Cfr. D'Arcangelo, *op. cit.*, 271.

[65] Donini, *Compliance,* cit., 42 – cfr. 35 in cui parla di un nuovo modello in cui la pena è post riparatoria perché interviene se e in quanto non vi sia stata riparazione che rimane l'obiettivo primario; D'Arcangelo, *op. cit.*, 270.

[66] R.A. Ruggiero, *Il futuro della responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello post factum mediante un nuovo rito speciale*, in «CP» 2019, v. 59, n. 9, 3387 denuncia la fuga dall'applicazione del decreto 231 e il sempre più ampio utilizzo delle misure di prevenzione patrimoniali contro gli enti, anche in relazione a reati contro la p.a. o truffe a danno dello Stato.

responsabilità oggettiva -, e ribadire la sua ratio profondamente innovativa nel funzionalizzare tutto il sistema della 231 e, in particolare, il sistema sanzionatorio alla rieducazione, sottolineando l'originalità e il valore di tale modello nell'ambito europeo, come rilevato da recenti indagini comparatistiche[67]. Il fondamentale ruolo svolto nell'ordinamento italiano dall'adozione di modelli organizzativi *ex post* al fine di prevenire il rischio reato in futuro e, quindi, in chiave specialpreventiva, ottenendo una attenuazione o esclusione del trattamento sanzionatorio, caratterizza solo l'ordinamento italiano, inglese e irlandese, nonostante l'interesse e il dibattito in materia in Spagna e in Germania[68].

Gli strumenti sovrannazionali, poi, pur imponendo ampiamente la responsabilizzazione degli enti, si limitano a pretendere sanzioni effettive, dissuasive e proporzionate; l'elenco di sanzioni più completo è ancora quello previsto dal risalente Regolamento (88) 83[69]. E allora, considerando che il d.lgs. 231/2001 è stato introdotto proprio in attuazione di obblighi di fonte europea e che in relazione alle persone fisiche il legislatore europeo interviene oggi con norme minime anche nella scelta delle sanzioni, sarebbe auspicabile una maggiore armonizzazione, per lo meno in relazione agli *Eurocrimes* (art. 83 TFUE), per evitare in materia il fenomeno del c.d. *forum shopping*; l'armonizzazione non solo delle sanzioni pecuniarie, interdittive e della confisca, ma anche delle condotte riparatorie e del ruolo dei modelli organizzativi, della *compliance*, in chiave riparatoria/premiale (o degli accordi di collaborazione)[70].

Fare emergere in maniera chiara la funzione rieducativa del modello sanzionatorio del d.lgs. n. 231/2001 sembra ancora più importante dinanzi a talune istanze repressive/populiste che emergono anche in questo settore, come emerso con la riforma introdotta con la l. n. 3/2019, la tristemente nota "Legge spazzacorrotti" che ha incisivamente inasprito le sanzioni interdittive per i reati contro la P.A., richiamati dal decreto 231 (quelli di cui ai co. 2° e 3° dell'art. 25), in una mera logica deterrente e repressiva (da un minimo di 4 anni a 7 anni, se il reato è commesso da un soggetto che riveste una posizione apicale, da 2 a 4 anni se il reato è commesso da un sottoposto, art. 25, c. 5); sanzioni interdittive così lunghe rischiano di tradursi in pene sproporzionate capaci di stroncare economicamente gli enti[71]. E anche lo

[67] V. Militello, *Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato: spunti di confronto tra Sud America ed Europa*, in «RTDPE», 2018, 3 -4, 579 s.
[68] *Idem*, 580.
[69] *Idem.*
[70] Cfr. *Idem*, 588.
[71] Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in

strumento di collaborazione processuale introdotto nell'art. 25, co. 5°-*bis* non è coordinato con la precedente disciplina.

Piuttosto in chiave rieducativa si dovrebbe accertare l'opportunità di estendere all'ente l'applicazione degli istituti di cui agli artt. 131-*bis*, 162-*ter* e 168-*bis* Cp che presentano una natura ibrida, in parte sostanziale e in parte processuale[72].

«DPP», 2019, 4, 537; C. Santoriello, *Decreto "spazza-corrotti" e responsabilità da reato delle società: ovvero come tornare indietro di vent'anni nella prevenzione del reato nelle aziende*, in «AP», 2019, 1, 1-13; V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in «DPC», 2019, n. 5, 306.

[72] Per tutti in materia C. Piergallini, *Premialità e non punibilità*, cit., 538; E. Scaroina, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in «DPC-RT», 2020, n. 2, 189 ss.

Nicola Mazzacuva*

La singolare 'fortuna' di una figura criminosa (un tempo) non applicata: le 'operazioni dolose' di cui all'art. 223, c. 2, n. 2, L. fallimentare

Sommario: 1. Alle origini della fattispecie (rimasta immutata nella sua descrizione legislativa) – 2. Il carattere 'residuale' della norma e l'attività interpretativa di definizione del precetto – 3. Le diverse 'letture' dell'elemento soggettivo del reato.

1. *Alle origini della fattispecie (rimasta immutata nella sua descrizione legislativa)*

La fattispecie basata specificamente sulla realizzazione di 'operazioni dolose' di cui all'art. 223, comma 2, n. 2, l.f., richiama l'unico comportamento residuale previsto nel sistema penale concorsuale costruito, appunto, quasi esclusivamente sui plurimi fatti tipici, portatori di uno specifico e intrinseco disvalore, descritti analiticamente nelle precedenti incriminazioni. Giustamente si osserva che la fattispecie (solo) causalmente orientata prevista nella norma incriminatrice ora in esame «sembra scontare più di tutte le altre varianti di bancarotta i difetti delle norme di 'chiusura'; di quelle figure di frontiera, cioè, che, portando alla massima estensione la capacità repressiva del sistema, rischiano cronicamente di tramutarsi in contenitori onnivori»[1]. Così la figura criminosa di cui all'art. 223, comma 2, n. 2, ha finito per costituire, appunto, una sorta di 'valvola di sicurezza' (ai fini della punizione) essendo potenzialmente riconducibili alla norma tutte quelle condotte non sussumibili nella casistica di cui al n. 1 (del medesimo comma), né ad altre ipotesi di bancarotta fraudolenta[2].

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Bologna.

[1] In questi termini, da ultimo, S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, CEDAM, Padova, 2019, p. 96.

[2] Vedi, ancora, Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale,* cit., p. 57, anche per ulteriori richiami bibliografici.

Ed ecco, per l'appunto, la sua singolare 'fortuna' applicativa conquistata nel tempo (le prime pronunce risalgono, infatti, alla fine degli anni ottanta) che ha fatto seguito ad un periodo, molto lungo, di sostanziale ineffettività pratica a dispetto della gravità del delitto e alla particolare attenzione (comunque) sempre riservata dalla giurisprudenza ai reati fallimentari.

Si può senz'altro convenire che l'interpretazione della formula normativa in esame pone difficoltà non tanto per la genericità della sua struttura, quanto per l'imprecisione e per l'equivocità della dizione, senza alcun dubbio infelice e anacronistica (si parla, a ragione, di «formulazione quasi crepuscolare [e di] rompicapo lasciato in eredità dal diritto penale ottocentesco»[3]).

Per documentare la fondatezza del rilievo di anacronismo è sufficiente considerare come tale formula trovi la sua origine nell'art. 704 del Codice di commercio del 1865 venendo, successivamente, ripetuta in modo quasi letterale nel Codice di commercio del 1882 (art. 863) e nella vigente legge fallimentare[4].

Senza dubbio, nel momento in cui la dizione in esame è stata creata il concetto di dolo era ben strutturato. Vi influiva il principio romanistico del *dolus malus*, inteso come la 'prava' intenzione di offendere e per lo più se ne definiva il concetto con il richiamo alla 'scienza della illiceità ed alla volontà di ledere la legge'.

E, appunto, nella stessa Relazione ministeriale alla legge fallimentare (n. 57) si voleva ribadire che, con la prima parte della dizione (inciso: '*dolo*') contenuta nel comma 2, n. 2, dell'art. 223, si intendeva proprio affermare la rilevanza del dolo diretto e con la seconda (inciso: '*per effetto di operazioni dolose*') quella del dolo indiretto od eventuale.

La bancarotta impropria si è, poi, arricchita – a seguito della riforma del 2002 – di un'ulteriore fattispecie che possiamo considerare 'nuova' proprio perché anch'essa (come quella contemplata nel comma 2, n. 2, dell'art. 223) costruita su un evento naturalistico – il dissesto – che prima non aveva affatto tale funzione di elemento costitutivo del reato.

[3] Si tratta sempre di osservazioni di Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale,* cit., p. 73.

[4] La dizione del codice di commercio 1882 (art. 863) è del tutto identica a quella dell'art. 704 del codice di commercio 1865 («hanno cagionato con dolo o per conseguenza di operazioni dolose il fallimento della società»), mentre nella vigente legge fallimentare è stato semplicemente sostituito all'inciso «per conseguenza» quello «per effetto», senza alcuna altra modifica: si noti che, per contro, la formula era scomparsa nell'art. 937 del progetto di codice di commercio 1925 e nell'art. 996 del progetto preliminare 1942.

Ci si intende riferire, ovviamente, all'art. 223, comma 2, n. 1, nella nuova formulazione che richiama (veri e propri) reati societari costituenti, così, ulteriori plurimi fatti illeciti (tipicizzati) di bancarotta che vengono però ad essere collegati, sul piano causale e su quello psicologico, all'evento indicato nella norma incriminatrice così come, appunto, riformulata[5].

Il *novum* legislativo conseguente alla riforma del 2002 è stato, invero, salutato con favore proprio per l'apporto di un profilo di 'garanzia' – appunto la previsione di un evento – in un sistema come quello penale-fallimentare contraddistinto, invero, comunque da un'imputazione sostanzialmente (solo) 'oggettiva' del fallimento.

Anzi, nel tentativo di 'estendere' ad altri reati concorsuali i contenuti positivi del nuovo comma 2, n. 1, dell'art. 223, taluno ha sollevato apposita questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., dell'art. 216, nella parte in cui non prevede, in armonia con il novellato art. 223, comma 2, n. 1, che le condotte ivi contemplate abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società.

È pur vero che tale questione è stata ritenuta manifestamente infondata in quanto «improprio si rileva l'assumere come '*tertium comparationis*' il sistema delineato dalla rinnovata formulazione dell'art. 223, comma 2, n. 1, trattandosi di situazione 'incomparabile' con quella disciplinata dall'art. 216 della stessa legge. Invero, una cosa è la condotta di distrazione, dissipazione, distruzione patrimoniale o la volontaria tenuta irregolare della contabilità; ed altra, ben diversa, è la condotta integrativa di reati societari, pur se seguita dalla dichiarazione di fallimento. Legittimamente, pertanto, il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità politico-criminale, ha ritenuto di dover modificare il volto della bancarotta fraudolenta 'da reato societario', introducendo la previsione di un evento, il dissesto della società, posto in rapporto di causalità con la commissione di violazioni societarie. In definitiva, trattandosi di condotte eterogenee e per nulla sovrapponibili, non può dirsi violato l'art. 3 della Costituzione»[6].

Ma, per converso, una siffatta decisione (di manifesta infondatezza della questione dedotta) sta proprio a significare la peculiarità di disciplina delle fattispecie di bancarotta impropria qui considerate[7].

[5] Vedi, per tutti, R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 215 ss.

[6] Si tratta del netto giudizio espresso subito dalla Suprema Corte (Sez. V, n. 24838/05).

[7] In argomento vedi, ad esempio, da ultimo A. Manna, *La bancarotta impropria*, in *Diritto penale dell'economia*, vol. II, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 2439 ss., Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 2439 ss.

Figure criminose, appunto, diverse dalle altre (comunque 'evolutesi' rispetto alle versioni originarie); figure criminose diverse e del tutto peculiari proprio in quanto il legislatore ha inteso arricchire – già (e appunto) per l'*intraneus* – di note oggettive e soggettive l'intero fatto tipico.

A maggior ragione, l'eventuale condotta concorsuale dell'*extraneus* deve necessariamente risultare comprovata nei suoi termini oggettivi e psicologici.

Senza contare la differenza (non soltanto lessicale) tra 'dissesto' – evento della figura criminosa descritta nel comma 2, n. 1, dell'art. 223 – e 'fallimento', termine 'da sempre' (e cioè – come detto – sin dalle similari norme contenute già nei codici di commercio ottocenteschi) previsto come requisito della fattispecie di cui al medesimo comma, n. 2[8].

Il primo evento (il 'dissesto' appunto) è, infatti, graduabile per espresse previsioni normative contenute nella legge fallimentare (artt. 217, comma 1, n. 4 e 224, n. 2); il secondo costituisce all'evidenza l'oggetto della relativa declaratoria giudiziale. Anche in giurisprudenza si afferma, del resto, che la previsione dell'evento *'dissesto'* impone di ritenere tale unicamente quello che in concreto ha finito per condurre alla declaratoria fallimentare; dissesto integrato, quindi, soltanto dalle condotte che abbiano comunque prodotto un aggravamento dello stesso essenziale ai fini, appunto, della declaratoria fallimentare.

2. *Il carattere 'residuale' della norma e l'attività interpretativa di definizione del precetto*

Nella dimensione 'residuale' in cui si colloca il secondo comma dell'art. 223 va, però, tenuto conto che tale residualità risulta, per vero, ben delineata laddove si richiamano tassativamente quei reati societari (quindi veri e propri illeciti già puniti dall'ordinamento) contemplati nel n. 1 della norma incriminatrice, mentre il n. 2 della medesima disposizione prevede due ('tradizionali', ma oggetto – poi – di 'specificazione' applicativa soltanto in

[8] Occorre, peraltro, segnalare che il nuovo codice della crisi d'impresa - che entrerà in vigore il 1° settembre 2021 - provvederà ad 'equiparare' le due disposizioni facendo riferimento al medesimo termine: il 'dissesto'; sull'evento tipico 'dissesto' - nel suo rapporto con il concetto di 'insolvenza' - si rinvia da ultimo, anche per l'approfondita disamina alla luce del nuovo codice della crisi d'impresa, a Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale,* cit., pp. 335 ss., nonché a F. Consulich, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio,* in «LP», 2020, pp. 17 ss.

tempi recenti, a perfetta riprova di una 'pericolosa' assenza di vera e propria tipicità sempre insita nella definizione normativa generica) ipotesi delittuose causalmente orientate – intanto – al vero e proprio fallimento.

Tant'è che la 'causazione dolosa' è stata efficacemente definita come '*gestione deliberatamente suicida*'[9] in quanto unicamente volta – per qualsivoglia motivo concreto (perché l'imprenditore agisce addirittura 'in odio ai creditori' ovvero perché l'attività viene esercitata unicamente al fine di commettere reati: es. della 'società cartiera') – alla determinazione del fallimento: ove, appunto, risulta davvero tipicizzante, già sotto il profilo oggettivo, la presenza di una siffatta finalizzazione soggettiva della condotta. La formulazione legislativa si presta sostanzialmente a ricomprendere «forme patologiche di conduzione dell'impresa societaria, vicende di 'ordinaria follia' imprenditoriale che, quando non ricadenti nell'archetipo distrattivo, si pongono agli antipodi di una gestione ispirata da criteri di imprenditorialità... con un comune denominatore costituito dal deliberato sabotaggio che conduce al tracollo dell'impresa»[10].

Al contrario, l'opera di definizione dell'assolutamente generica (ulteriore) dizione di '*operazioni dolose*' deve anzitutto assegnare – a maggior ragione – un significato pregnante alla 'rilevanza eziologica' (della condotta) che diviene così – com'è stato efficacemente osservato – la 'stella polare' nella fase di eventuale applicazione della norma.

Ma ciò non basta: come del tutto unanimemente si afferma in dottrina e giurisprudenza.

Occorre, infatti, far altresì capo ad elementi omogenei alla lesività espressa dal resto della fattispecie individuati – ad esempio – nell'abuso dei poteri o nella violazione dei doveri da parte dell'agente di modo che le 'operazioni dolose' devono quantomeno connotarsi per l'abusivo (e, dunque, 'doloso') utilizzo della forma e della struttura societaria, nella sua espressione istituzionale o nella sua concreta gestione.

La stessa giurisprudenza della Suprema Corte ha provveduto recentemente a declinare l'elemento oggettivo del reato con l'imprescindibile profilo della

[9] Si tratta di espressione risalente a C. Pedrazzi, Commento sub art. 223, in *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, a cura di C. Pedrazzi, F. Sgubbi, Zanichelli, Bologna,1995, p. 319.

[10] Così Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale,* cit., p. 344; si cita al riguardo, a titolo esemplificativo, l'asservimento di una società ad un gruppo programmato di truffe, l'acquisto a credito di partite di merci e il trafugamento delle stesse con l'inevitabile dissesto societario: cfr. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 250 e, da ultimo, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 317.

concreta offensività del fatto laddove ha, appunto, affermato la rilevanza della «commissione di abusi di gestione o di infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo nell'esercizio della carica ricoperta», che siano anche «intrinsecamente pericolosi per la 'salute' economico-finanziaria della impresa», giacché «le 'operazioni dolose', in quanto collocate nell'area della bancarotta fraudolenta patrimoniale, suppongono sempre una indebita diminuzione dell'asse attivo, ossia un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa»[11].

E anche il richiamo alla casistica riveniente dalle pronunce in materia risulta all'evidenza significativa quanto alla ritenuta sussistenza di vere e proprie 'operazioni dolose': si va, infatti, dall'ipotesi di 'finanziamenti' in situazione di insolvenza; alla partecipazione ad una 'frode carosello'; alla commissione di reati tributari; alla cessione di ramo d'azienda sino ad illecite 'operazioni infragruppo'[12].

E del resto, come già autorevolmente si osservava, «solo l'ancoramento a una patologia di infedeltà può conservare all'incriminazione una plausibile *ratio*, un fondo di omogeneità con la bancarotta patrimoniale, evitando che il suo perimetro si dissolva nell'indeterminato»[13].

Conclusivamente si può, appunto, precisare che le condotte (di diretta *'causazione dolosa'* del fallimento e di *'operazioni dolose'* anch'esse produttive del fallimento) sono già diverse sul piano oggettivo e richiedono dapprima un puntuale accertamento del collegamento eziologico e, quindi, la necessaria e conclusiva indagine volta ad accertare la sussistenza dell'elemento psicologico.

E, se è vero che la giurisprudenza – come si afferma, sia pure con qualche

[11] Si tratta di affermazioni contenute in Cass. Sez. V, n. 17480 del 2013.

[12] Per ulteriori riferimenti alla 'casistica' delle operazioni dolose vedi A. D'Avirro, E. De Martino, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 296 ss.; Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale,* cit., p. 320; nonché Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale,* cit., che distingue le operazioni dolose costituenti 'reati non concorsuali' – e, soprattutto, reati tributari [pp. 75 ss.] - ed operazioni dolose già costituenti 'reati concorsuali' ovvero 'reati societari non richiamati dal n. 1 dell'art. 223' [pp. 82 ss.] e, da ultimo, A. Ingrassia, *Rischio d'impresa e 'rischio' penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione delle crisi*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 89 e 123, che segnala come anche la «concessione abusiva di credito [bancario]» sia stata ricondotta alla fattispecie in esame nell'ipotesi di finanziamento da parte di un funzionario (di banca) infedele di «imprese ormai decotte senza richiedere le garanzie imposte dalle indicazioni di Banca d'Italia e dai regolamenti interni della propria banca».

[13] In questi termini vedi, ancora, Pedrazzi, Commento sub art. 223, in *Reati commessi da persone diverse dal fallito,* cit., p. 237.

significativa eccezione, per l'ipotesi di cui al n. 1, comma 2, dell'art. 223 – tende a riconoscere il possibile rilievo penale anche di un c.d. 'aggravamento' del dissesto già esistente, occorre però senz'altro convenire con autorevole dottrina (contraria a siffatta estensione del precetto punitivo doloso con riguardo a meri 'aggravamenti' di un dissesto già in atto) che quantomeno l'asserita 'condotta di aggravamento' abbia anticipato, in modo significativo sotto il profilo cronologico, un fallimento destinato in ogni caso a verificarsi.

Sempre tenendo conto del raffronto che va necessariamente operato tra il n. 1 e il n. 2 del capoverso dell'art. 223, il riferimento (complessivo) a condotte effettivamente causative del dissesto assume, altresì, rilievo essenziale in quanto «altrimenti quelle di cui al numero 1 avrebbero unicamente l'autonomo (e minore) rilievo penale loro assegnato dal codice civile, mentre quelle di cui al numero 2 sarebbero – di per sé e in linea di massima – penalmente irrilevanti»[14].

E la stessa giurisprudenza ha inteso, appunto, giustamente segnalare la necessità di valutare sotto un profilo globale l'eventuale incidenza della 'operazione' (non di per *sé* punibile) realizzata «sicché quando l'entità complessiva [del dissesto] sia comunque rimasta invariata o sia stata persino ridotta, la circostanza che la condotta abusiva abbia incrementato determinate voci di passivo non giustifica, di per sé, un'affermazione di responsabilità ai sensi della disposizione in questione»[15]. Senza contare, da ultimo, che – proprio per la funzione (del tutto) residuale dell'art. 223, comma 2, n. 2 – va escluso il concorso del reato ivi previsto con quello di bancarotta fraudolenta patrimoniale descritto nel comma 1 quando l'azione diretta a causare il fallimento sia la stessa già ricondotta nel modello descrittivo della bancarotta fraudolenta 'tipica'. Così, ad esempio, è stato escluso il concorso materiale, pur in presenza di condotte astrattamente distinte, quali l'erogazione del finanziamento *bridge* e la successiva distrazione del patrimonio della società beneficiaria, in base al rilievo che l'erogazione del prestito deve essere ricondotto nella successiva distrazione e il corrispondente delitto di bancarotta da operazioni dolose assorbito in quello di bancarotta per distrazione[16].

Sul piano dell'elemento oggettivo, la definizione comunemente accolta di 'operazione dolosa' – quale elemento tipizzante l'ipotesi di bancarotta impropria fraudolenta in esame – risale agli studi di Pietro Nuvolone

[14] Si tratta di osservazioni di A. Lanzi, *Il nuovo reato di bancarotta impropria societaria*, in «Il Fisco», 2002, p. 7393.

[15] Si tratta di affermazioni contenute in Cass. Sez. V, n. 19806 del 2003.

[16] Vedi, al riguardo, Cass. Sez. V, n. 15612 del 2014.

che riconduceva a quel concetto «qualsiasi atto o complesso di atti, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuti dalle persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, con l'intenzione di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, a danno della società e dei creditori, o anche con la sola intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori»[17].

Anche la giurisprudenza, tanto in sede di legittimità quanto di merito, ha accolto ed elaborato la stessa definizione, intendendosi che «il momento caratteristico della condotta dedotta dalla l.f., art. 223, comma 2, n. 2, si recepisce nel richiamo alla nozione di 'operazione' (connotato prescrittivo ignoto alla generale previsione della bancarotta fraudolenta) la quale richiama necessariamente un '*quid pluris*' rispetto ad ogni singola azione (o singoli atti di una medesima azione), postulando una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente, non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale, quale è dato riscontrare in qualsiasi iniziativa societaria che implichi un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato»[18].

3. *Le diverse 'letture' dell'elemento soggettivo del reato*

Sempre la giurisprudenza di legittimità precisa, per un verso, come «le operazioni rilevanti siano esclusivamente quelle che si traducano in una attività attinente alla funzione che qualifica i soggetti attivi selezionati dalla norma incriminatrice»; e, per altro verso, che l'attributo di 'dolosità' delle operazioni «altrimenti del tutto inutile sotto il profilo tecnico-penalistico alla luce dell'art. 43 c.p. [...] evidenzia un connotato d'intrinseca illiceità della condotta»[19].

In altri termini, nella fattispecie in esame il dolo non sarebbe tanto riferito al fallimento, quanto in primo luogo alle operazioni che lo cagionano.

Ma, anche in questa chiave di lettura, la nozione di 'operazione dolosa' va integralmente e fortemente radicata sui concetti di 'abuso dei poteri' e 'violazione dei doveri' inerenti la carica societaria rivestita: di talché la relativa

[17] In questi termini, appunto, già P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 379.

[18] Così Cass. Sez. V, n. 17690 del 2010; Cass. Sez. V, n. 38728 del 2014.

[19] Si tratta, rispettivamente, di Cass. Sez. V, n. 44103 del 2016 e di Cass. Sez. V, n. 15613 del 2014.

condotta non può essere riferita – già sul piano oggettivo – a soggetti che, non essendo titolari della carica, non possano abusarne o violare i doveri ad essa inerenti. Ma, soprattutto, ciò rende evidente come il disvalore consegua solo al consapevole distorcimento proprio di quei poteri/doveri.

Il disvalore sotteso al compimento di 'operazioni dolose' risulta, così, inscindibilmente legato alla concorrenza di un elemento oggettivo e di un altro di natura soggettiva: la titolarità della qualifica si deve, infatti, accompagnare al consapevole abuso dei poteri e/o alla violazione dei doveri inerenti quella stessa qualifica. Come chiaramente espresso dalla migliore dottrina: «le operazioni si qualificano come dolose in quanto espressione dell'infedeltà dei titolari di funzioni societarie nei riguardi degli interessi, della società e dei creditori sociali, affidati alle loro cure [...]. Si parla di infedeltà quando i soggetti qualificati pongono consapevolmente a repentaglio gli interessi della società o dei creditori sociali, per perseguire vantaggi extrasociali o anche per puro *animus nocendi*»[20].

Sotto il profilo soggettivo, secondo un orientamento accolto da parte della giurisprudenza, il delitto in esame configurerebbe un'eccezionale ipotesi di fattispecie a sfondo preterintenzionale[21].

Tuttavia, tale interpretazione è stata oggetto di obiezioni tanto da una parte della dottrina, quanto da parte di altro settore della giurisprudenza.

Infatti, secondo una più attenta lettura[22], l'elemento soggettivo andrebbe più propriamente individuato nel *'dolo eventuale'* (o '*di pericolo*') e ciò per diversi motivi.

In primo luogo, l'art. 223 (norma a più fattispecie) si riferisce pur sempre – come indicato anche dalla rubrica – a *'fatti di bancarotta fraudolenta'*. L'elemento soggettivo che caratterizza le condotte dolose di bancarotta è, quindi, costituito dalla volontà di sottrarre i beni sociali alle garanzie creditorie. Da questa prospettiva, le operazioni dolose sono quelle con le quali l'agente intende recare pregiudizio ai terzi: l'amministratore, che si determina a porle in essere, non può che volere al tempo stesso il

[20] Così Pedrazzi, Commento sub art. 223, in *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., p. 173. Anche più recentemente si osserva che la fattispecie in esame «non esclude che altri fatti dolosi… concretino la bancarotta fraudolenta, ma impone di verificare se essi siano realmente tali da indicare l'univoca ricaduta a danno della società e dei creditori»: così A. Fiorella, *La bancarotta impropria*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di Fiorella, Giappichelli, Torino, 2012, p. 326.

[21] Su tale orientamento giurisprudenziale vedi, da ultimo, Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità* penale, cit.., pp. 312 ss.

[22] Vedi, ad esempio, R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., pp. 256 ss.

fallimento della società quantomeno nella forma del dolo eventuale.

In secondo luogo, le condotte di cui ai nn. 1 e 2, comma 2, dell'art. 223, proprio perché alternative, sono considerate dal legislatore come portatrici di un identico disvalore.

Anzi, anche le condotte tipizzate nello stesso n. 2 del comma 2 della norma in esame sono poste in alternativa tra di loro (aver cagionato il fallimento 'con dolo o per effetto di operazioni dolose'), motivo per il quale esse non possono che essere accomunate dallo stesso elemento soggettivo (dolo, appunto), semmai di intensità diversa: dolo diretto o intenzionale per la causazione dolosa del fallimento; dolo indiretto (o eventuale) per il fallimento come 'effetto di operazioni dolose'[23].

Ancora, il delitto in commento si distingue dal *genus* preterintenzionale in quanto non ricorre la c.d. doppia rilevanza della condotta dolosa di base, poiché – salvo quanto sopra considerato – non occorre necessariamente che la 'operazione dolosa' abbia, di per sé, rilevanza penale.

Da ultimo, ove si optasse per la tesi della preterintenzione, l'evento diverso e più grave derivato dalla condotta dolosa, ossia il fallimento, dovrebbe essere addebitato – in ossequio al principio di colpevolezza – a titolo di colpa: ma, così facendo, verrebbe meno la linea di discrimine, o comunque si creerebbe una sovrapposizione, con l'ipotesi di cui all'art. 224, comma 1, n. 2, che prevede, come ipotesi meno grave di bancarotta, quella consistente nella causazione del fallimento a titolo di colpa.

In questa prospettiva, si è proposto di applicare, anche nel settore dei reati fallimentari, il criterio interpretativo noto come 'prima formula di Frank': se il soggetto attivo avrebbe agito ugualmente pur con la certezza di produrre, in tal modo, il dissesto, allora può ritenersi sussistente il dolo eventuale.

Anche in giurisprudenza si è affermato che, pur non dovendo il fallimento essere necessariamente e intenzionalmente voluto dal soggetto attivo, è comunque richiesta – ai fini della configurabilità della fattispecie in esame – quantomeno la consapevolezza che lo stesso possa costituire un possibile esito della condotta: «in tema di bancarotta fraudolenta dell'amministratore di fatto della società, poiché il fallimento non deve necessariamente e intenzionalmente essere voluto quale conseguenza della condotta, non sussiste contrasto logico tra compimento di operazioni dolose [...] per effetto delle quali sia stato cagionato il fallimento e interesse della

[23] Ma occorre menzionare proprio l'opinione di chi segnala come «per la prima ipotesi (con dolo) valga il dolo intenzionale e per la seconda (con operazioni dolose) valga il dolo diretto»: in questi termini Fiorella, *La bancarotta impropria*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, cit., p. 328.

società poi fallita, stante la diversità concettuale tra l'elemento psicologico delle predette operazioni e il rapporto causale con il fallimento stesso, ben potendo coesistere la mera consapevolezza di quest'ultimo quale possibile esito (anche) della propria condotta, e quindi l'assunzione del relativo rischio, con un soggettivo interesse ad esiti meno infausti»[24].

E ancora: «sul piano dell'elemento soggettivo costante è poi la giurisprudenza di questa Corte nel senso che, mentre nel caso di fallimento cagionato con dolo, l'elemento psicologico è collegato direttamente con l'evento, nell'ipotesi in cui il fallimento sia l'effetto di operazioni dolose, esso rimane una possibilità prevedibile, nel senso che esso è frutto di una condotta volontaria, ma non intenzionalmente diretta a produrre il dissesto fallimentare, anche se il soggetto attivo dell'operazione ha accettato il rischio della stessa»[25].

In ogni caso, al di là delle differenti tesi interpretative del coefficiente psicologico previsto dalla legge (dolo eventuale o preterintenzione), deve concludersi nel senso che, da un lato, la norma incriminatrice richieda la consapevolezza della dolosità delle operazioni e la previsione (più che la prevedibilità che comunque esprime un coefficiente soggettivo; quindi previsione e non soltanto prevedibilità) del fallimento, non potendosi in alcun modo optare per soluzioni ispirate al principio secondo cui *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*; e che, dall'altro, l'accertamento circa la sussistenza di tali coefficienti di colpevolezza, lungi dal poter essere risolto mediante meccanismi presuntivi, debba al contrario essere condotto in modo estremamente attento e rigoroso. E anche «nello scenario preterintenzionale della bancarotta per operazioni dolose... solo lo stretto collegamento tra la condotta e l'evento restituisce pienamente la fattispecie allo statuto costituzionale del diritto penale»[26] in modo tale, appunto, che l'evento debba «rappresentare una conseguenza 'in concreto prevedibile e/o evitabile' proprio per evitare quella che viene definita una '*culpa in re ipsa*'»[27].

[24] Si tratta di affermazioni già contenute in Cass. Sez. V, n. 3947 del 2007.

[25] Così Cass. Sez. V, n. 17408 del 2013.

[26] In questi termini, all'esito di un'approfondita indagine, conclude Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale* concorsuale, cit., p. 365.

[27] Si tratta di osservazioni, senz'altro condivisibili, di Manna, *La bancarotta* impropria, cit., p. 2436.

Gaetana Morgante*

La ripartizione volontaria dei doveri di sicurezza tra garanti 'innominati': la delega di funzioni

Sommario: 1. Delega di funzioni o deleghe di funzioni? Teoria e prassi della distinzione tra ripartizione di funzioni originarie e trasferimento di posizioni di garanzia – 2. Passato pretorio: la genesi giurisprudenziale della delega di funzioni – 3. Presente normativo: il mito della 'razionalizzazione dell'esistente' – 4. La delega di funzioni nell'attuale sistema di ripartizione delle responsabilità penali: l'illusione dell'effetto devolutivo alla prova dell'obbligo di vigilanza del delegante – 4.1. L'adempimento dei doveri di vigilanza attraverso il modello di verifica e controllo *ex* art. 30, comma 4 d.lgs. 81/2008 – 5. Conclusioni.

1. *Delega di funzioni o deleghe di funzioni? Teoria e prassi della distinzione tra ripartizione di funzioni originarie e trasferimento di posizioni di garanzia*

Il tema della delega di funzioni può, senza tema di smentite, essere considerato un vero e proprio 'classico' del diritto penale del lavoro trattandosi di un argomento sul quale dottrina e giurisprudenza si sono cimentate fin dagli albori delle ricerche sulle modalità di ripartizione dei doveri e delle responsabilità in materia antinfortunistica. Essa, infatti, costituisce, insieme alla previsione *ex lege* di una pluralità di garanti della sicurezza dei luoghi di lavoro, l'originaria forma di suddivisione delle responsabilità in quanto tradizionalmente affidata all'autonomia privata e, dunque, storicamente propria di tutte le organizzazioni ordinate sul modello smithiano-tayloriano.

Organizzare il lavoro significa, infatti, innanzi tutto, suddividere compiti e ripartire responsabilità sulla base dei poteri conferiti nella più ampia prospettiva di rendere più efficienti le modalità di svolgimento delle attività[1].

* Ordinaria di diritto penale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

[1] V.G. Morgan, *Images. Le metafore dell'organizzazione*, Franco Angeli, Milano, 2020, pp. 44 ss. Traendo le mosse dall'organizzazione militare di Federico I il Grande, Taylor elabora cinque principi dell'organizzazione dei luoghi di lavoro: 1. Concentrazione delle responsabilità sui vertici in linea con i poteri esercitati; 2. Ricorso a metodi scientifici per rendere

Ma proprio la sua natura 'classica' costituisce, per chi voglia, come il Maestro a cui questi scritti sono dedicati, oggi occuparsene in modo sistematico anche e soprattutto alla luce della regolamentazione normativa intervenuta con gli artt. 16 e 17 d.lgs. 81/2008, più una 'croce' che una 'delizia'. Per un verso, infatti, lo studio dell'istituto della delega di funzioni può giovarsi di una lunga elaborazione caratterizzata dal duplice pregio dell'approfondimento dottrinale e dell'analisi giurisprudenziale, nell'ottica di quel virtuoso dialogo tra teoria e prassi, nel quale si riconosce uno dei profili di maggiore interesse del diritto penale del lavoro. Per altro verso, tuttavia, l'ampiezza e la profondità della bibliografia e della giurisprudenza pregresse parrebbero condizionare l'attuale interpretazione dell'istituto della delega di funzioni, tendenzialmente orientata a leggere le disposizioni che ne stabiliscono elementi costitutivi, presupposti di legittimità ed effetti nella prevalente ottica della razionalizzazione del passato e dell'esistente[2]. Tale atteggiamento saldamente, e talvolta irremovibilmente, 'tradizionalista' sembrerebbe, tuttavia, oscurare taluni importanti aspetti innovativi ravvisabili nella disciplina del 2008, che, ben lontana dal limitarsi a raccogliere l'eredità del passato, proietta la delega di funzioni in un sistema del tutto nuovo rispetto all'assetto previgente oltre che, come meglio si avrà modo di esaminare in seguito, suscettibile di mutare con il mutare delle esigenze che ne motivano l'adozione[3]. Per averne conferma, basti pensare al collegamento tra il cruciale tema dei doveri di controllo del delegante sull'operato del delegato e la responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di lavoro, figura assolutamente estranea all'elaborazione passata e 'figlia', per così dire, di scelte in termini di responsabilizzazione diretta delle organizzazioni complesse e di enfatizzazione delle istanze preventive su quelle 'repressive *ex post*' che superano i confini del diritto penale del lavoro, per ergersi a cifra caratterizzante l'intero diritto penale dell'economia.

La delega di funzioni, dunque, presenta oggi elementi di complessità ulteriori rispetto ad una passata elaborazione pretoria, ove i contenuti e le

più efficienti i processi lavorativi, 3. Selezionare le persone più adatte per svolgere una determinata attività; 4. Addestrare i lavoratori; 5. Monitorare costantemente la produttività.

[2] V. in argomento T. Vitarelli, *La disciplina della delega di funzioni*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro,* a cura di F. Giunta, D. Micheletti, Giuffrè, Milano, 2010, p. 37 ss. e V. Mongillo, *La delega di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, in «DPC», 2012, pp. 6 ss.

[3] Così T. Padovani, *La delega di funzioni tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antiinfortunistica*, in «CP», n. 4, 2011, pp. 1581 ss. Per un'approfondita disamina dell'istituto v. da ultimo R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 65 ss.

condizioni d'efficacia erano stati determinati con un livello di tassatività tale, da far pensare ad una sorta di felice importazione nell'ordinamento italiano della nozione di 'precedente'[4] e di 'funzione creativa della giurisprudenza' degli ordinamenti di *civil law*, essendo proprio la delega di funzioni tradizionalmente annoverata tra i pochissimi istituti di diritto penale 'di creazione giurisprudenziale'[5]. Pur non potendosi, infatti, negare che la disciplina legale della delega di funzioni contenga numerosi e significativi elementi di continuità con la giurisprudenza pregressa, posto che, come si avrà modo di meglio precisare tra breve, i suoi elementi costitutivi ed i suoi effetti sono ampiamente ricalcati sul modello derivante da taluni orientamenti interpretativi consolidatisi ben prima del 2008, ad una più attenta lettura del dato normativo ci si avvede della necessità di leggere, *rectius*, di rileggere l'istituto della delega alla luce delle scelte operate dal legislatore del 2008 in ordine alla definizione dei soggetti responsabili della sicurezza nei luoghi di lavoro e dei reciproci doveri, rivedendo la granitica distinzione, esistente in teoria ma frequentemente 'sfumata' nella prassi, tra «ripartizione di obblighi di derivazione legale tra individui muniti di specifica qualifica soggettiva *ex lege*» e «trasferimento a terzi non qualificati di obblighi originariamente diretti ad un determinato garante»[6].

La scelta, peraltro non scontata, del legislatore del 2008 di dare espressa veste legale ad un classico istituto di creazione pretoria come la delega di funzioni ha imposto di inserirla in un contesto intricatamente ramificato di plurime posizioni di garanzia disciplinate *ex lege*, ponendo la questione dell'inserimento della delega di funzioni nel complesso dei diversi modi attraverso i quali la legge disciplina i compiti dei molteplici soggetti obbligati ed i loro reciproci doveri di controllo, segnalazione, esecuzione o collaborazione. Trasformato in un istituto 'legale' da (prevalentemente) 'pretorio' che era, al pari di una 'norma penale in bianco' l'istituto della delega di funzioni non può essere definito in termini 'unitari', risultando, forse, più

[4] In argomento v. per tutti A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014.

[5] Così Vitarelli, *La disciplina della delega di funzioni*, cit. L'A. individua i soli elementi di novità nella precisazione relativa all'obbligo di vigilanza e nel riconoscimento espresso dell'istituto della subdelega. *Amplius* sul tema sempre T. Vitarelli, *Profili penali della delega di funzioni*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 212 ss.

[6] Sulla distinzione concettuale tra le due forme di distribuzione dei doveri prevenzionistici D. Pulitanò, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in «RGLPS», 1982, IV, p. 183; E. Palombi, *La delega di funzioni*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. I, a cura di A. Di Amato, Cedam, Padova, 1990, p. 278; Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini Press, Firenze, 1985, pp. 21 ss.

corretto parlare oggi di 'deleghe di funzioni', che mutano in corrispondenza di diversi fattori quali, tra gli altri, l'identità dei soggetti coinvolti, il contesto organizzativo nel quale si trovano ad operare, la selezione dei doveri che ne formano oggetto e la forma con la quale questa viene rilasciata.

Con particolare riguardo al primo degli elementi or ora ricordati, bisogna chiedersi se ed in quali limiti la delega di funzioni possa essere utilizzata nei confronti di soggetti che risultano già *ex lege* dotati di poteri e doveri in materia antinfortunistica. Come rilevato poco sopra, sebbene la dottrina distingua nettamente tra delega di funzioni in senso proprio e riparto di competenze *ex lege*, la giurisprudenza, per un verso, e la legge, per altro verso, parrebbero non recepire pienamente la tesi dell'assoluta eterogeneità (ed esclusione reciproca) dei due istituti. Così come, infatti, la giurisprudenza è solita fare uso disinvolto del termine 'delega' anche con riguardo alla designazione di soggetti già designati per legge all'adempimento di talune obbligazioni prevenzionistiche[7], il d.lgs. 81/2008 pone su soggetti, in varia guisa, *apicali* doveri di vigilanza e controllo[8] sull'operato dei soggetti 'nominati' non lontano dall' «obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite» previsto dall'art. 16, comma 3 nell'ambito della delega di funzioni *stricto sensu* intesa. Che, tuttavia, il ricorso all'istituto e soprattutto ai principi ed alle regole della delega di funzioni anche nei confronti di soggetti già tenuti *ex lege* all'adempimento di doveri antinfortunistici sia il frutto di una sorte di, *absit iniuria verbis*, noncuranza[9] parrebbe, invero,

[7] Così Cass. Sez. IV, 6 dicembre 2007, n. 6277, Oberrauch, in «FI», 2008, II, c. 414; Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 13915, Clari, rv. 239586; Cass. Sez. IV, 20 aprile 2005, n.11351, Stasi, in «Notiz. Giur. lav.», 2006, 352.

[8] Si pensi a quanto previsto dall'art. 18, comma 3-*bis* d.lgs.81/2008 (Il datore di lavoro e i dirigenti sono tenuti altresì a *vigilare* in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli *articoli 19*, *20*, *22*, *23*, *24* e *25*, ferma restando l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati ai sensi dei medesimi articoli qualora la mancata attuazione dei predetti obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un *difetto di vigilanza* del datore di lavoro e dei dirigenti o, in tema di cantieri temporanei, dall'art. 93 1. Il committente è esonerato dalle responsabilità connesse all'adempimento degli obblighi limitatamente all'incarico conferito al responsabile dei lavori. 2. La designazione del coordinatore per la progettazione e del coordinatore per l'esecuzione dei lavori, non esonera il committente o il responsabile dei lavori dalle *responsabilità connesse alla verifica* dell'adempimento degli obblighi di cui agli *articoli 91*, comma 1, e *92*, comma 1, lettere a), b), c) d) ed e).

[9] In questi termini, Vitarelli, *Delega di funzioni e responsabilità penali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 11 ove, con riferimento alla distinzione tra ripartizione di obblighi di derivazione legale e trasferimento a terzi di obblighi originariamente diretti ad un (altro) determinato garante, scrive «*Tanto la letteratura penalistica quanto la prassi applicativa non danno risalto a siffatta distinzione*».

revocabile in dubbio. Allo stesso modo non del tutto condivisibile appare la ritenuta refrattarietà ontologico-giuridica dei garanti *ex lege* a poter risultare destinatari di deleghe, affermata sulla scorta dell'indicazione analitica da parte della legge dei poteri di cui ciascuna persona è titolare[10]. Senza considerare l'eccezionalità della c.d. delega esterna e l'estrema frequenza, se non perfino la regolarità, di deleghe di funzioni conferite a soggetti intranei all'impresa, parrebbe, piuttosto doversi affermare che la delega di funzioni è destinata a svolgere un ruolo radicalmente diverso a seconda che venga conferita a 'garanti innominati' vale a dire soggetti che acquistano *ex novo* poteri e responsabilità a seguito del conferimento della delega, o a garanti 'nominati' rispetto ai quali, invece, essa può essere chiamata a svolgere una funzione, per così dire, dichiarativa di poteri già riconosciuti, per lo più in termini inevitabilmente generali, in capo agli stessi dalla legge.

Come si avrà modo di meglio precisare tra breve, il carattere 'nominato' o 'innominato' del garante ai ristretti fini della ricostruzione della complessa fenomenologia della delega di funzioni non dipende, rispettivamente, dalla titolarità *ex lege* o dalla mancanza di una posizione di garanzia nei confronti della sicurezza sul lavoro. Parrebbe, piuttosto, di poter affermare come la mancanza di una qualifica *ex lege* di garante della sicurezza del lavoro sia un requisito *sufficiente* ma *non necessario* per poter essere definiti 'garanti innominati'. Posto che sicuramente il terzo estraneo rispetto all'organigramma aziendale sia per definizione un garante innominato, tale potrebbe, invero, definirsi anche il soggetto che, pur essendo titolare di un ruolo qualificato all'interno dell'azienda, riceva per effetto della delega poteri e responsabilità nuovi ed ulteriori rispetto ai contenuti del suo ruolo istituzionale, in tal modo accrescendo il contenuto della sua posizione di garanzia[11]. Per 'garante innominato' si vuole, dunque, intendere colui rispetto al quale la delega di funzioni svolga un ruolo costitutivo *ex novo* di responsabilità, laddove 'nominato' si consideri il soggetto rispetto al quale la delega assuma la diversa finalità di specificare il contenuto dei doveri che già gli derivano dalla legge.

Peraltro, che la delega possa svolgere i due distinti compiti di identificazione di garanti nominati e di costituzione *ex novo* di garanti (prima) innominati è acquisizione che appartiene alle origini stesse dell'istituto. Nata come forma di adempimento dei doveri tradizionalmente accentrati

[10] *Ivi*, p. 181.

[11] Così anche Vitarelli, *Delega di funzioni e responsabilità penali*, cit., pp. 197 ss. ove, con riferimento all'utilizzabilità dell'istituto della delega nei rapporti tra datore di lavoro, dirigente e preposto scrive «nulla dovrebbe ostare (…) a che il datore di lavoro o i dirigenti accrescano le competenze antinfortunistiche del preposto».

nella figura del datore di lavoro, e dunque come vera e propria modalità di divisione del lavoro e delle responsabilità nelle organizzazioni complesse, la delega di funzioni ha tradizionalmente svolto la funzione dell'*actio finium regundorum* tra datore di lavoro stesso e dirigente generalmente chiamati dalla legge a rispondere delle obbligazioni antinfortunistiche in una sorta di apparente endiadi[12]. Pur essendo il datore di lavoro il capo dell'impresa e, dunque, il soggetto chiamato a rispondere al massimo livello di responsabilità dei doveri di sicurezza, il dirigente si è storicamente trovato a rivestire un ruolo intrinsecamente ambiguo, in quanto, ad un tempo, subordinato rispetto al datore di lavoro ma formalmente titolare dei suoi stessi doveri. Per riprendere il binomio garante 'nominato' ed 'innominato', dall'angolo visuale della delega di funzioni il dirigente ha tradizionalmente rivestito entrambi i ruoli, come desumibile dalla tralatizia formula dei decreti antinfortunistici del 1955 e del 1956 che imponevano formalmente i medesimi obblighi al datore di lavoro e al dirigente, limitandosi a specificare come quest'ultimo dovesse, per l'appunto, rispondere «nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze» (art. 4 DPR 547/1955 e 4 DPR 306/1956)[13]. Parrebbe, piuttosto, di poter ravvisare nella locuzione appena citata una sorta di embrionale riconoscimento normativo della delega di funzioni, strumento principe di identificazione di quelle attribuzioni e competenze dei collaboratori del datore di lavoro idonee a delimitare la loro posizione di garanzia rispetto a quella dallo stesso posseduta in termini tendenzialmente onnicomprensivi.

Rispetto al dirigente-'garante nominato' la delega ha, dunque, originariamente svolto proprio un ruolo dichiarativo ed identificativo in quanto finalizzata a precisare il contenuto degli obblighi che sullo stesso già gravavano *ex lege* sia pur in una forma generica, e come tale non sempre idonea a segnarne i confini rispetto al datore di lavoro stesso ad un livello di sufficiente determinatezza. La contraria tesi sostenuta da parte della dottrina[14] secondo la quale «l'operazione attraverso la quale il capo dell'unità produttiva viene designato e dotato di autonomia decisionale e di spesa non integra gli estremi di una delega in senso tecnico, ma semplicemente un atto di investitura» poiché «il trovarsi in una posizione di subordinazione

[12] In argomento v. T. Padovani, *La delega di funzioni tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antiinfortunistica*, in «CP», n. 4, 2011, pp. 1581 ss.

[13] Per la posizione del preposto, anch'egli nominato tra i garanti della sicurezza dalle citate disposizioni dei decreti antinfortunistici degli Anni Cinquanta sia pur con attribuzioni e competenze limitate al ruolo di sovrintendere allo svolgimento quotidiano dell'attività lavorativa, v. infra sub. Cap. III.

[14] Così Vitarelli, *Delega di funzioni*, cit., p. 193.

rispetto a soggetti che rivestono un ruolo superiore non coincide di per sé con la qualifica di delegato» parrebbe poter essere superata in considerazione del particolare angolo visuale dal quale in questa sede si è scelto di valutare il rapporto tra datore di lavoro e dirigente. Trattandosi, infatti, di prendere in esame la delega non negli asettici termini di uno strumento contrattuale di trasferimento di posizioni di garanzia, ma in qualità di potenziale fonte di imputazione di responsabilità penale, non parrebbe, invero, del tutto inutile specificare contenuti e limiti dei poteri del dirigente, in modo da poter meglio valutare se, sulla base delle circostanze del caso concreto, questi possa essere imputato della violazione penalmente sanzionata[15]. Allo stesso modo, come si avrà modo di meglio precisare nel prosieguo della trattazione, non si vuole qui equiparare garanti 'nominati' e delegati sulla mera scorta della subordinazione di un soggetto ad un altro, bensì dar conto di come i principi e le regole della delega di funzioni si possano inserire nel più generale sistema di ripartizione delle responsabilità in materia antinfortunistica, in un circolo virtuoso che permetta di fare uso elastico delle categorie elaborate con riguardo alla delega di funzioni anche quando si tratti di valutare i rapporti tra soggetti già chiamati dalla legge a controllare o ad essere controllati in termini, per così dire, assonanti quanto lo stesso art. 16 prevede riguardo ai rapporti tra delegante e delegato.

Ne deriva che nei casi in cui il datore di lavoro intendesse trasferire sul dirigente quei compiti di gestione della sicurezza in autonomia decisionale e di spesa caratteristici del 'capo dell'impresa' la delega potrebbe essere chiamata a svolgere il parimenti 'tradizionale' ruolo di costituzione *ex novo* di una posizione di garanzia che, essendo menzionata dalla legge solo in termini generici ed eventuali, verrebbe concretamente acquistata *iure successionis*, fino alle note forme di identificazione nel dirigente dell'unità produttiva in termini di vero e proprio 'datore di lavoro'. Con particolare riguardo all'identità dei delegati, dunque, l'idea di una delega 'unitaria' non appartiene né al presente né al passato dell'istituto e la sua legalizzazione nel contestuale quadro della previsione di una pluralità di garanti parrebbe aver ulteriormente accentuato il carattere ontologicamente bifronte (*rectius* dichiarativo/costitutivo) dell'istituto[16]. Per di più, la rilevanza dell'istituto

[15] Padovani, *La delega di funzioni*, cit., ricorda anzi come «in numerosi casi la delega rappresentasse l'unico strumento prospettabile, ad un tempo, per identificare il dirigente e per determinarne gli effettivi poteri ed il grado di autonomia. Erano i casi in cui si disponeva di un inquadramento lavoristico "sommario" (…). In situazioni di questo tipo soltanto una delega di funzioni certa, puntuale e definita poteva consentire di identificare la figura del 'dirigente'».

[16] Autorevole dottrina (Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impre-*

della delega nell'individuazione dei soggetti penalmente responsabili delle violazioni antinfortunistiche depone ulteriormente a favore dell'opportunità del ricorso alla stessa a fini di 'maggiore specificazione ed identificazione' di doveri spesso descritti dalla legge in termini generali. Potrebbe anzi giungersi a ritenere che in un sistema, quale quello penale, quantomeno negli auspici ispirato al rispetto del principio di legalità, la puntuale identificazione dei poteri e dei doveri dei soggetti responsabili abbia il merito di fondare su basi auspicabilmente più solide i presupposti dell'imputazione personale delle violazioni.

Oltre che in ragione dell'identità dei delegati, la pluralità dei volti dell'istituto emerge, altresì, dal contesto nel quale la delega viene conferita come desumibile dal parallelismo, instaurato dalla novella del 2009, tra adempimento dei doveri di vigilanza del delegante e adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4 che pone la cruciale questione dell'organizzazione delle funzioni di vigilanza anche e soprattutto ai fini di imputazione e ripartizione delle responsabilità.

Come ricordato, la struttura e gli effetti della delega sono altresì influenzati dai doveri che ne formano oggetto, essendo del tutto diversa la delega che abbia ad oggetto doveri, espressamente dichiarati dall'art. 17 d.lgs. 81/2008 come 'indelegabili' e la delega che riguardi doveri imposti solidalmente a più soggetti. Mentre in un caso potrà solo avere natura meramente *esecutiva*, nell'altro svolgerà quella funzione *costitutiva* alla quale si faceva riferimento in precedenza. Infine, ma solo per concludere con una sintesi che non ha alcuna pretesa di esaustività ma solo di anticipazione di talune delle questioni che ci si accinge a trattare tra breve, si consideri il rilievo che la *delega irrituale*, rispetto ai requisiti *ad substantiam* stabiliti dall'art. 16,

sa, Nardini Press, Firenze, 1985, pp. 21 ss.), sensibile alla differenziazione di contenuti delle diverse forme di ripartizione dei doveri all'interno delle organizzazioni complesse ha distinto tra forme di autentico 'trasferimento di funzioni', riconducibili propriamente all'istituto della delega, e forme, per così dire, dichiarative di investitura ovvero forme di 'designazione primaria' diversamente caratterizzate dalla specificazione delle disposizioni sulla base delle quali taluni soggetti risultano già gravati di un ruolo specifico. L'analisi dell'Autore costituisce un caposaldo nello studio della delega di funzioni ma qui ci si permette di dissentire dalla ricordata classificazione tra forme di autentico trasferimento di funzioni e forme di conferimento obbligatorio di un incarico al soggetto subordinato dal momento che, come appena rilevato, l'idea secondo cui la delega di funzioni avrebbe esclusivamente lo scopo di trasferire obblighi e non quello di specificare il contenuto di doveri preesistenti sembrerebbe smentita non solo dal dato normativo ma anche da quella pluridecennale elaborazione giurisprudenziale che ha indifferentemente fatto ricorso all'istituto della delega sia per le ipotesi di trasferimento di ruoli *stricto sensu* intese, sia per i casi di mero riconoscimento di responsabilità.

e quella *implicita*, in quanto radicalmente priva di forma scritta, possono assumere in un sistema che ha riconosciuto e compiutamente disciplinato la figura dei soggetti di fatto (art. 299 d.lgs. 81/2008) attribuendo le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere *b)*, *d)* ed *e)*, anche a coloro i quali, pur sprovvisti di regolare investitura, esercitino in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti 'nominati'.

Se proprio si volesse, dunque, individuare un minimo denominatore che unifichi idealmente i diversi modi nei quali la delega di funzioni può oggi atteggiarsi, potrebbe affermarsi che questo consista nella necessità di tradurre in un dato di diritto un dato di realtà, proveniente dalle discipline economico-gestionali prim'ancora che da quelle giuridiche, vale a dire che la posizione di garanzia del datore di lavoro non può essere solitaria ma deve essere condivisa con altri pur con modalità ed effetti di volta in volta determinati e differenziati, ad ulteriore conferma del carattere plurisoggettivo necessario degli schemi di imputazione delle responsabilità in materia di lavoro. Sotto quest'ultimo profilo, la delega di funzioni si inserisce perfettamente nel più ampio tema della ripartizione dei doveri di sicurezza tra i diversi soggetti responsabili, con quanto ne deriva in ordine alla definizione dei presupposti e dei limiti dei reciproci doveri di controllo e di adeguamento alle direttive altrui, così come, specularmente, delle rispettive pretese di essere sollevati dalle responsabilità connesse alle violazioni di obblighi condivisi, ponendo costantemente, nell'attuale presente normativo ancor più che nel passato pretorio, la cruciale questione del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, sempre in bilico nei contesti strutturalmente caratterizzati da pluralità di garanti.

2. *Passato pretorio: la genesi giurisprudenziale della delega di funzioni*

Come ricordato, la complessità dell'attività produttiva, commerciale e amministrativa di imprese (anche non di grandi dimensioni) pone la necessità di adempiere a precetti i quali, presupponendo il possesso di conoscenze tecniche, attitudini e capacità d'intervento fortemente differenziate tra loro, implicano il razionale coordinamento dell'attività di più soggetti. Ne deriva che colui che si trova nella posizione di vertice, ben lontano dal poter adempiere personalmente a tutte le obbligazioni penalmente sanzionate, finisce essenzialmente con lo svolgere un'opera di coordinamento e determinazione degli elementi economicamente più significativi nell'attività d'impresa.

Sennonché, come rilevato da parte della dottrina[17], il problema della delega degli adempimenti penalmente sanzionati presenta profili diversi a seconda che si tratti di fattispecie commissive od omissive. Per le fattispecie che presuppongono la realizzazione di un comportamento attivo, infatti, non si pone alcun problema di responsabilità per il datore di lavoro che non tenga la condotta tipica, essendo, al contrario, chiamato a rispondere colui che, nell'ambito dell'azienda, abbia posto in essere il comportamento descritto nella fattispecie tipica. Per quanto, invece, attiene alle fattispecie omissive, in quanto fondate sull'inosservanza di un obbligo di fare ed altresì caratterizzate dalla circostanza che il soggetto attivo del reato risulta dotato di una determinata qualifica, il problema della determinazione del soggetto penalmente responsabile si pone in termini notevolmente più problematici. In particolare, l'adempimento di tali precetti potrebbe essere affidato alla preposizione nei singoli settori che compongono l'organizzazione aziendale di collaboratori idonei ad eseguire quelle prestazioni che la legge riferisce al datore di lavoro. Il problema della delega di funzioni finisce, dunque, con l'implicare la risoluzione di due fondamentali questioni: quella della definizione dei presupposti di validità ed efficacia dell'affidamento dei compiti implicanti l'adempimento di precetti penalmente sanzionati a soggetti diversi da quelli dotati della qualifica richiesta dalla legge e quella degli effetti (oggettivi ovvero soggettivi) della delega stessa.

A seguito di un'elaborazione giurisprudenziale pluridecennale[18], i requisiti essenziali affinché la delega di funzioni possa dirsi validamente ed efficacemente conferita sono stati riassunti come segue:

a) l'impresa deve essere di *notevoli dimensioni*, con esclusione, quindi, delle piccole imprese e di quelle medie imprese nelle quali le esigenze produttive, commerciali ed amministrative dell'azienda non siano tali da impedire al datore di lavoro quanto meno un controllo diretto e personale sul regolare adempimento delle obbligazioni penalmente sanzionate[19];

[17] In argomento v. Padovani, *Diritto penale del lavoro,* cit., p. 62; D. Pulitanò, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in «RGLPS», 1982, pp. 3 ss., C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in «RTDPE», 1988, pp. 125 ss.; G. Lunghini, *sub* art. 43 c.p. in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, IPSOA, Milano, 1999, pp. 340 ss.; F. Bellagamba, *Sulla responsabilità penale nella delega di funzioni*, in «CP», 1996, pp. 1272 ss.; L. Fioravanti, *Delega di funzioni, doveri di vigilanza, e responsabilità penale*, in «GI», 1993, II, pp. 769 ss.

[18] In giurisprudenza tra le numerosissime altre, Cass. 28.11.1957, in «GP», 1959, II, p. 59; Cass. 6.6.1962, in «MCP», 1962, p. 1188; Cass. 19.2.1971, in «GP». 1971, II, p. 501; Cass. 2.2.1976, in «MCP»,1977, p. 1025; Cass. 25.8.1977, in «Pol. Soc. 1978», p. 639; Cass. 25.6.1980, in «MCP»,1980, p. 699; Cass. 11.7.1984, in «CP», 1985, p. 1909.

[19] Sul requisito delle «notevoli dimensioni dell'impresa» la Corte di Cassazione (sent.

b) la ripartizione di funzioni non deve rivestire carattere artificioso o fraudolento e la delega deve essere *formale*, *documentata*, *rituale*, *scritta*, *di data certa*, nell'obiettivo tendenziale di escludere che essa sia esclusivamente motivata dall'intento di esonerare il titolare dell'impresa del dovere di osservare personalmente i precetti normativi, con la conseguenza che essa deve risultare in modo non equivoco da norme interne, conformemente alle linee di una struttura organizzativa generale. Ne deriva che tanto la delega quanto la volontaria assunzione delle suddette attribuzioni devono risultare da atti inequivoci e devono essere specificamente provate. Pur ammettendosi, infatti, che l'obbligo del datore di lavoro possa essere delegato ad altri ossia «essere trasferito, con conseguente sostituzione e subentro del delegato nella posizione di garanzia che faceva originariamente capo al datore di lavoro, il relativo atto di delega deve essere espresso, inequivoco e certo (...) non potendo la delega essere inespressa o implicita, presumendola solo dalla ripartizione interna all'azienda dei compiti assegnati ad altri dipendenti o dalle dimensioni dell'impresa stessa»[20].

c) i collaboratori prescelti devono essere esperti e dotati di autonomia. A tal proposito, la giurisprudenza ha sottolineato che, qualora il datore di lavoro si faccia coadiuvare da un dirigente nel controllo delle modalità di esecuzione del lavoro ed in quello avente ad oggetto il rispetto delle

30.10.2001, in «Igiene e Sicurezza sul Lavoro», 2002, p. 50) ha avuto modo di precisare che «se la S.P.A. è di notevoli dimensioni, pretendere dall'organo di vertice l'osservanza di tutta la complessa normativa in materia di prevenzione degli infortuni sarebbe impossibile in virtù del principio dell'inesigibilità. Deve, dunque, trovare applicazione il principio della delega di funzioni». Sulla base di tale affermazione di principio, in un caso di infortuni sul lavoro occorsi all'interno di un mangimificio, la Corte di Cassazione ha escluso che la delibera comunicata da parte del Consiglio d'Amministrazione con apposita lettera ai capi-reparto (ed avente ad oggetto il richiamo a garantire la «corretta applicazione della legislazione vigente in materia di ambiente di lavoro e di ecologia») potesse essere considerata alla stregua di una valida ed efficace delega di funzioni. A tal proposito, si è, infatti, chiarito che «la delega deve risultare documentata in modo incontrovertibile nei presupposti, nei contenuti e nei limiti» e «da atti inequivoci». A tal proposito, si precisa, infatti, che «la delibera richiamata è un mero atto organizzatorio interno all'azienda e non costituisce espresso atto di delega ad altri delle incombenze di cui all'art. 4 d.P.R. 547/1955. Il richiamo così genericamente formulato, infatti, non contiene né la chiara volontà di attribuire ad altra persona la responsabilità in materia antinfortunistica né riferimento alcuno all'avvenuta assunzione da parte del delegato delle attribuzioni conferitegli da parte del delegante» (Cass. 17.8.2001, in «Igiene e Sicurezza sul Lavoro», 2001, p. 566).

[20] Così Cass. 9.1.2002, in «Igiene e Sicurezza sul Lavoro», 2002, p. 215; Cass. 9.1.2001, in «DPP», 2001, p. 335. Per l'*essenzialità della forma scritta*, cfr. Cass. 27.1.1994, in «CP», 1996, p. 1270; Cass. 23.3.1987, in «MGL», 1988, p. 728. Per l'*esclusione della prova per testimoni* cfr. Cass. 9.12.1997, in «Igiene e Sicurezza sul Lavoro», 1998, p. 88; Cass. 30.11.1998, in «Igiene e Sicurezza sul Lavoro», 1999, p. 25.

citate norme, la sua responsabilità per la violazione della normativa antinfortunistica può venire meno soltanto nell'ipotesi nella quale egli *a*) trasferisca alla persona nominata, e tecnicamente affidabile, tutti i suoi poteri e *b*) controlli che colui al quale ha conferito la delega la usi concretamente. Inoltre, si è sottolineata la necessità che il delegante affidi le attribuzioni e le competenze proprie al suo ruolo a persona che, oltre che tecnicamente capace, sia stata altresì fornita di poteri autoritativi e decisori autonomi pari a quelli dell'imprenditore e idonei a far fronte alle esigenze connesse all'apprestamento dei presidi antinfortunistici, non ultimo l'accesso ai mezzi finanziari.

d) la delega deve avere un *contenuto specifico* ove tale specificità non implica altresì l'espressa menzione della materia della sicurezza essendo, al contrario, sufficiente che questa vi rientri per la stessa non genericità ed onnicomprensività della previsione. In particolare, «non potrebbe pretendersi, in una previsione di natura necessariamente aprioristica, l'elencazione precisa, dettagliata e nominativa di ogni e qualsiasi tipo di interventi delegato. Essenziale, al contrario, risulta che, in base a quella previsione, il tipo d'intervento incriminato fosse compreso in termini di certezza»[21] .

Volendo, dunque, ricostruire storicamente l'orientamento seguito dalla giurisprudenza in materia di delega di funzioni, chiaro risultava che in un'impresa organizzata dovesse essere presente una ripartizione dei compiti e delle relative responsabilità tra coloro che collaborano con l'imprenditore in virtù di attribuzioni preventivamente conferite nell'organizzazione tecnica dell'impresa. A tal proposito, specificava altresì la giurisprudenza[22] che, nelle imprese di grandi dimensioni la responsabilità penale per l'inosservanza e la violazione delle norme antinfortunistiche nonché per le relative conseguenze dannose non potesse essere fatta risalire necessariamente alla persona preposta ai vertici dell'organizzazione, della gestione e dell'amministrazione dell'impresa, dovendo, al contrario, essere individuata, e per ciascuno dei soggetti della produzione, con riferimento ai compiti attribuiti ed alle mansioni svolte *in concreto* nella gestione dell'impresa, limitatamente alle funzioni loro specificamente delegate.

Orbene, tali essendo i criteri tradizionalmente proposti dalla giurisprudenza allo scopo di definire i presupposti di validità ed efficacia

[21] Cass. 17.8.2001, in «Igiene e Sicurezza sul Lavoro», 2001, p. 566.

[22] Cass. Sez. III, 11 luglio 1984, n. 166037; Cass. Sez. IV, 7 maggio 1987; Cass. Sez. III, 26 febbraio 1998, in «RIDPP», 2000, p. 364 con nota di F. Centonze, *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*; Cass. Sez. IV, 26 aprile 2000.

della delega di funzioni, parte della dottrina[23] ha avuto modo di criticare fortemente tale percorso argomentativo sostenendo come, in verità, non risulti affatto chiaro sulla base di quale ragione la delega di funzioni debba essere apoditticamente circoscritta alle imprese di notevoli dimensioni. Anche nelle imprese di proporzioni più modeste è, infatti, ben possibile che l'imprenditore non sia in grado di adempiere personalmente alla moltitudine di precetti penalmente sanzionati dalla legge, con la conseguenza che, anche in questi casi, il ricorso a collaboratori stabili e tecnicamente qualificati potrebbe apparire non meno necessario di quanto lo sia in un'azienda di grandi dimensioni e non meno rispondente ad esigenze obiettive dell'attività imprenditoriale esercitata.

In presenza di una delega valida ed efficace ai fini della liberazione del delegante dalla responsabilità penale derivante dall'inadempimento dei precetti imposti dalla normativa antinfortunistica, si è, tuttavia, fortemente discusso se tale rilevanza fosse da cogliere sul piano oggettivo della tipicità ovvero su quello soggettivo della colpevolezza. Secondo un primo orientamento interpretativo[24], la delega di funzioni validamente ed efficacemente attribuita sortirebbe l'effetto di trasferire la stessa posizione di garanzia penalmente rilevante dal delegante al delegato, con la conseguenza che «tipica» potrebbe dirsi soltanto la condotta posta in essere dal soggetto investito delle funzioni a titolo derivativo.

Secondo altra parte della dottrina[25], invece, la delega di funzioni, pur validamente ed efficacemente conferita, non potrebbe mai sortire l'effetto di trasferire una qualifica rilevante in sede penale a soggetto diverso da quello indicato nella fattispecie incriminatrice. Scelto il mezzo con il quale ottemperare al precetto, il datore di lavoro resterebbe sempre, sul piano obiettivo, «garante» dell'effettivo adempimento dei precetti penalmente sanzionati. Piuttosto, sarebbe sul piano *soggettivo*, *rectius* su quello della colpevolezza, che potrebbe negarsi la responsabilità del datore di lavoro. In particolare, delegato l'adempimento, il datore di lavoro assumerebbe un

[23] Padovani, *Diritto penale del lavoro,* cit., p. 69; Id, *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro nel quadro della più recente giurisprudenza*, in «LP», 1981, p. 415; F. Stella, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in «RTDPE», 1998, p. 459; D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in «DDP», vol. VI, Utet, Torino, 1992, pp. 110 ss.

[24] Così Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini Press, Milano, 1985, pp. 230 ss.

[25] Così Padovani, voce *Infortuni sul lavoro*, in «ET», vol. XII, Treccani, Roma 1989, pp. 1 ss.; Padovani, *Diritto penale del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, a cura di G. Pera, Cedam, Padova, 2000, pp. 601 ss.

dovere di vigilanza, rispetto al quale verrà a porsi non un problema di *tipicità* dell'eventuale omissione (rimanendo egli il soggetto qualificato) bensì di *esigibilità*, in relazione ai caratteri obiettivi dell'organizzazione aziendale ed alle possibilità soggettive di esercitare un controllo sull'espletamento dei compiti delegati. Secondo la citata dottrina, una ricostruzione sistematicamente corretta del quadro delle responsabilità dovrebbe, in realtà, utilizzare in maniera appropriata gli strumenti offerti dalla teoria della colpa e del concorso di persone. La delega di funzioni, pur se attribuita validamente ed efficacemente, non esclude, infatti, la possibilità che il delegante possa essere chiamato a rispondere delle violazioni poste in essere dal delegato nell'esercizio delle mansioni che gli erano state precedentemente affidate. Sotto quest'angolo visuale, l'obbligo del datore di lavoro non avrebbe, infatti, potuto venire meno per effetto di un atto di autonomia privata, venendo, piuttosto, a cambiare di contenuto nel senso che questi sarebbe tenuto non più ad adempiere personalmente alle obbligazioni penalmente sanzionate ma a controllare modi, tempi e termini di esecuzione dei compiti affidati. L'inadempimento di tale obbligo di vigilanza potrebbe fondare la responsabilità concorsuale del datore di lavoro e del dirigente *ex* art. 40 cpv. c.p. qualora venisse provato che il datore di lavoro non ha impedito la commissione del reato. Per di più, trattandosi, come nel caso qui in esame, di fattispecie di tipo contravvenzionale, nulla impedirebbe di imputare al datore di lavoro ed al dirigente una responsabilità la quale non risulti soltanto dolosa (in quanto fondata sulla prova che il primo era perfino a conoscenza delle violazioni che venivano commesse) ma anche colposa (nella misura in cui si accerti che egli poteva venirne a conoscenza tenendo un comportamento caratterizzato dalla diligenza necessaria al corretto svolgimento delle funzioni attribuite dalla legge)[26].

Una posizione, per così dire, *intermedia* è, invece, sostenuta da altra parte della dottrina[27] la quale, affermando la possibilità di una ricomposizione dell'alternativa tra la tesi della rilevanza oggettiva e quella della rilevanza soggettiva della delega di funzioni efficacemente conferita, propone di valorizzare la *doppia funzione* delle regole di diligenza sia ai fini della affermazione di un «obbligo giuridico d'impedimento dell'evento» *ex* art. 40 cpv. c.p. sia ai fini della formulazione del giudizio di colpa. In particolare, per un verso, per il «garante» che abbia adempiuto ai suoi doveri, l'evento

[26] In giurisprudenza Cass. 14.2.1978, in «CP», 1979, p. 714; Cass. 20.2.1980, in «RP», 1980, p. 699. Sulla rilevanza degli obblighi di vigilanza anche in caso di sub-delega v. Cass. 6.10.2004, p. 39060, in «Igiene e Sicurezza sul Lavoro», 2005, p. 107.

[27] Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro,* cit., p. 110 ss.; A. Alessandri, voce *Impresa (responsabilità penale),* in «DDP», vol. VI, Utet, Torino, 1992, p. 213.

verificatosi o il comportamento inadempiente di altri non possono neppure essere imputati alla stregua di un «fatto proprio». Per altro verso, tuttavia, la tesi della rilevanza soggettiva della delega di funzioni tende giustamente a riaffermare come la posizione attribuita dalla legge al soggetto «qualificato» nell'ambito del reato proprio, non possa venir meno pur a seguito del conferimento valido ed efficace della delega stessa. Piuttosto, a seguito della delega gli obblighi del delegante muterebbero di contenuto passando dall'adempimento personale delle obbligazioni penalmente sanzionate all'attività di coordinamento organizzatorio, di direzione e di controllo dell'attività del delegato, con la conseguenza di poter imputare al delegante le violazioni delle quali fosse eventualmente a conoscenza e che non avesse impedito. Sotto tale angolo visuale, *assolutamente indelegabile* rimarrebbe il potere-dovere d'organizzare l'impresa in modo consentaneo alla salvaguardia degli interessi di terzi coinvolti nello svolgimento dell'attività d'impresa e, per tale ragione, oggetto della garanzia dovuta da parte dell'imprenditore.

Tutto ciò sinteticamente considerato sui principali orientamenti interpretativi in materia di delega di funzioni, andrebbe, forse, da ultimo rilevato come la posizione espressa dalla giurisprudenza confermi ulteriormente che il problema della responsabilità del datore di lavoro e dei relativi effetti della delega deve essere collegato alla più generale questione del riparto delle attribuzioni nell'ambito dell'impresa potendosi riconoscere alla delega un ruolo cruciale nel conferimento di incarichi aventi ad oggetto la garanzia di interessi terzi a soggetti altresì gravati da posizioni di garanzia dotate di fondamento legale (come emblematicamente esemplificato dalle figure dei dirigenti e dei preposti). Sotto tale angolo visuale, dunque, come già anticipato poco sopra con particolare riguardo al carattere potenzialmente multiforme della delega di funzioni, si potrebbe giungere a ritenere che il conferimento della delega non abbia soltanto la funzione di trasferire al delegato poteri e doveri che, altrimenti, graverebbero esclusivamente sul delegante bensì anche quella di conferire riconoscimento formale e puntualità di contenuti a quelle ulteriori ed autonome posizioni di garanzia che gravano in capo ai collaboratori dell'imprenditore, i quali potranno essere chiamati a rispondere della violazione della normativa antinfortunistica nella misura in cui risultino investiti dei poteri organizzativi, dirigenziali e finanziari consentanei all'adempimento del doveri penalmente sanzionati. Sotto quest'angolo visuale la delega di funzioni mostrerebbe pienamente la sua attitudine a delimitare i rispettivi ambiti di responsabilità sia nei confronti dei garanti 'nominati' sia di quelli 'innominati', ad ulteriore conferma della sua versatilità come strumento di ripartizione dei doveri

prevenzionistici.

3. *Presente normativo: il mito della 'razionalizzazione dell'esistente'*

Fatta eccezione per il riferimento, contenuto nei decreti antinfortunistici degli Anni Cinquanta, ai limiti delle attribuzioni e delle competenze dei collaboratori del datore di lavoro (nel quale si è voluto poc'anzi ravvisare un'embrionale e implicita forma di riconoscimento della rilevanza della delega di funzioni come strumento di definizione dei predetti limiti) la prima esplicita forma di normativizzazione dell'istituto della delega si deve, sia pur in negativo, al d.lgs. 626/1994. Stabilendo il divieto di ricorrere alla delega di funzioni nell'adempimento dei cruciali doveri di valutare i rischi e nominare il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, l'art. 1, comma 4-*ter* ne sanciva indirettamente la rilevanza e la piena utilizzabilità in tutti gli altri casi.

La compiuta ed esplicita regolamentazione normativa della delega di funzioni si deve, tuttavia, agli artt. 16 e 17 d.lgs. 81/2008. Come già ricordato, l'intervento di riforma è stato prevalentemente inquadrato in funzione della scelta di fornire veste legale ad un istituto pretorio con un prevalente intento di 'razionalizzazione dell'esistente'. Ed invero, non può negarsi come tanto del passato pretorio riviva nel presente normativo della delega di funzioni. Ove non espressamente esclusa la delega di funzioni è, infatti, ammessa a condizione che a) risulti da atto scritto avente data certa, b) il delegato possegga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, c) allo stesso vengano attribuiti tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate e, d) l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate, e) la delega sia accettata dal delegato per iscritto. Si prevede altresì che alla stessa sia data adeguata e tempestiva pubblicità.

Rispetto ai requisiti indicati dalla pregressa elaborazione giurisprudenziale, in gran parte analiticamente recepiti dal legislatore del 2008, si possono tuttavia ravvisare talune differenze, per così dire, in eccesso ed in difetto. Quanto ai requisiti ulteriori previsti dal legislatore del 2008, si segnala, innanzi tutto, quello dell'accettazione con atto scritto della delega da parte del delegato. Presente, come correttamente ricordato da parte della dottrina[28],

[28] Così Vitarelli, *La disciplina*, cit., p. 44.

solo occasionalmente nella giurisprudenza pregressa, tale requisito riflette, ad un tempo, la necessità della formalizzazione della delega in ragione dell'importanza degli effetti giuridici che essa può sortire sullo statuto della responsabilità del delegato per la violazione degli adempimenti di cui era gravato. Analogamente, il requisito della pubblicità, pur non annoverabile formalmente tra quelli *stricto sensu* di validità ed efficacia della delega, assume una cruciale importanza nell'ottica della ripartizione delle obbligazioni in materia di sicurezza sul lavoro sul duplice versante, fisiologico, di una più efficiente gestione dei rischi, possibile solamente se è noto 'chi fa che cosa', e, patologico, dell'accertamento di eventuali inadempimenti di reciproci doveri di controllo, segnalazione e rispetto delle direttive promananti dal soggetto in varia guisa sovraordinato ancora una volta anche e soprattutto nell'ottica dell'imputazione di responsabilità penali.

Quanto alle discrasie per difetto non si è ritenuto di dover elevare a presupposto di legittimità della delega di funzioni quello delle notevoli dimensioni, già ampiamente criticato in dottrina in quanto fondato sull'apriorismo secondo il quale solamente imprese estremamente complesse ed articolate in numerose unità produttive ammetterebbero il ricorso alla delega di funzioni. Invero, come si avrà modo di meglio precisare tra breve[29], le vicende della delega di funzioni non risultano totalmente indifferenti al c.d. requisito dimensionale, essendo quest'ultimo chiamato a giocare un importante ruolo nella definizione dell'*an* e del *quantum* del dovere di controllo del delegante sull'operato del delegato fermo restando, tuttavia, che anche in imprese di piccole dimensioni lo strumento della delega di funzioni possa essere utilmente valorizzato nella gestione e l'organizzazione della sicurezza sul lavoro.

Un altro requisito che il legislatore del 2008 non ha ritenuto di dover disciplinare in forma autonoma tra quelli presupposto di validità ed efficacia della delega è quello della specificità del suo oggetto, laddove, invece, come poc'anzi ricordato, la giurisprudenza precedente aveva frequentemente posto l'attenzione escludendo la legittimità di deleghe generiche. Invero, sebbene non sia stato fatto oggetto di una previsione espressa, il requisito della specificità dell'oggetto della delega parrebbe, più che autenticamente pretermesso nell'opera di formalizzazione legale dell'istituto, essere divenuto una sorta di 'presupposto dei presupposti' in quanto condizione necessaria per l'integrazione di tutti gli altri elementi, siano essi sostanziali o formali. Quanto ai requisiti sostanziali o oggettivi, la stessa lettera dell'art. 16 induce a ritenere che la specificazione dell'oggetto della delega sia funzionale

[29] V. *infra* sub. § 4.

all'integrazione del requisito della professionalità del delegato, della titolarità dei poteri di organizzazione, gestione e controllo e dell'autonomia di spesa, dal momento che in tutti questi casi i predetti requisiti vengono riferiti, per l'appunto, alla «specifica natura delle funzioni delegate» (art. 16, comma 1 lett. *b), c), d*). Ma anche i requisiti formali non avrebbero significato alcuno se non fossero riferiti ad una delega di contenuto preciso e determinato, come indirettamente dimostrato dalla ricordata genesi della necessità della forma scritta, imposta dalla giurisprudenza ben prima della riforma del 2008, proprio per consentire di individuare con un livello di sufficiente determinatezza il contenuto ed i limiti delle rispettive responsabilità, con conseguente declaratoria di irrilevanza delle deleghe *omnibus* come quelle riferite apoditticamente alla 'materia della sicurezza'[30].

Se, dunque, il volano dei requisiti di legittimità ed efficacia della delega di funzioni è ravvisabile nella specificazione del contenuto dei poteri e dei doveri delegati, parrebbe poter trovare ulteriore conferma la tesi, poc'anzi sostenuta, della poliedrica attitudine della delega di funzioni non solo a costituire *ex novo* posizioni di garanzia altrimenti facenti capo al solo delegante, ma anche a specificare, per l'appunto, il contenuto, le forme, i limiti ed il contesto dei doveri già attribuiti dalla legge ai garanti c.d. nominati. Al di là delle funzioni attribuite dalla legge, la definizione delle responsabilità dei garanti della sicurezza passa in giurisprudenza necessariamente attraverso il ricorso al contenuto della delega, alla quale si ricorre regolarmente per valutare se la violazione contestata *hic et nunc* fosse riconducibile ad un determinato soggetto in ragione di quanto puntualmente previsto nella delega, ivi compresi i casi, come emblematicamente nel caso del preposto, in cui questa specificasse doveri già menzionati dalla legge. Che, dunque, in questi casi il ruolo della delega sia inutile, essendo già

[30] In giurisprudenza v. Cass. Sez. III, 31/01/2018, n. 8404 ove si precisa che in tema di reati in materia di prevenzione infortuni, la posizione di garanzia rivestita dal datore di lavoro non è scriminata allorquando venga affermato in maniera del tutto generica l'esistenza di una struttura complessa ed il ruolo di un terzo che non risulti nemmeno essere un soggetto specificamente delegato dal datore di lavoro. Conseguentemente, dovendo ritenersi non adempiuto l'onere di allegazione dell'esistenza di un delegato, la denuncia in Cassazione del 'travisamento della prova' non può essere accolta. Analogamente Cass. Sez. IV Sent., 16/12/2015, n. 4350 (rv. 265947) ove si afferma che in materia di infortuni sul lavoro, gli obblighi di prevenzione, assicurazione e sorveglianza gravanti sul datore di lavoro possono essere trasferiti ad altri soggetti a condizione che il relativo atto di delega, *ex* art 16 d.lgs. 81/2008 riguardi un ambito ben definito e non l'intera gestione aziendale, sia espresso ed effettivo, non equivoco ed investa un soggetto qualificato per professionalità ed esperienza che sia dotato dei relativi poteri di organizzazione, gestione, controllo e spesa.

sufficiente il ricorso alla lettera della legge per desumere il contenuto ed i limiti dei poteri e delle conseguenti responsabilità appare quantomeno dubbio, oltre che in contrasto con una giurisprudenza palesemente incline a valorizzare la presenza della delega nell'accertamento dei reati in materia di lavoro, conferendo alla stessa un rilievo ben più che 'esornativo'.

L'aver ammesso che le fattezze e gli effetti della delega di funzioni possano mutare in ragione dell'identità dei delegati e del contenuto dei doveri che ne formano oggetto non implica, tuttavia, la trasformazione dell'istituto in un promiscuo strumento utile a soddisfare nei medesimi termini e con le medesime conseguenze tutte le molteplici esigenze legate alla suddivisione degli obblighi prevenzionistici, essendo gli effetti della delega destinati a mutare sensibilmente in ragione della sua vocazione dichiarativa o costitutiva, come desumibile dal diverso rilievo del dovere attorno al quale ruota l'intero diritto penale del lavoro, quello di vigilanza del delegante.

4. *La delega di funzioni nell'attuale sistema di ripartizione delle responsabilità penali: l'illusione dell'effetto devolutivo alla prova dell'obbligo di vigilanza del delegante*

Di fronte ai diversi modelli ricostruttivi elaborati dalla dottrina con particolare riguardo agli effetti della delega di funzioni, *oggettivo* o *funzionalista* (la delega di funzioni trasferisce la qualifica liberando integralmente il delegante delle responsabilità connesse alla condotta del delegato), *soggettivo* (la delega di funzioni determina un mutamento del contenuto della posizione di garanzia del delegante, il quale può essere chiamato a rispondere per non aver adeguatamente vigilato sull'operato del delegato, dovendo gli effetti della delega essere valutati sul versante della colpevolezza), *intermedio* (la delega di funzioni trasferisce poteri e responsabilità fatta eccezione per il nucleo indelegabile dei poteri organizzativo-strategici del datore di lavoro), il legislatore del 2008 ha, attraverso due espliciti riferimenti testuali, dichiaratamente optato per quest'ultimo modello stabilendo che «la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite» (art. 16, comma 3) e che «il datore di lavoro non può delegare a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28 e b) la designazione del responsabile del

servizio di prevenzione e protezione» (art. 17). Rinviando per il momento la trattazione del tema della presunzione, introdotta dal medesimo art. 16, comma 3, secondo la quale il dovere di vigilanza s'intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4 si impone in questa sede l'esame delle ricadute della permanenza del dovere di vigilanza del delegante nella struttura giuridica e nell'applicazione concreta della delega di funzioni.

In linea di principio, infatti, l'attribuzione alla delega di funzioni di effetti autenticamente 'devolutivi' - tesi che, peraltro, costituisce l'architrave della richiamata, e contestata, teoria dell'eterogeneità assoluta tra ripartizione di doveri tra garanti *ex lege* e delega di funzioni *stricto sensu* intesa - dovrebbe escludere la permanenza di doveri di vigilanza in capo al delegante, come limpidamente, e logicamente, affermato dal più autorevole sostenitore della teoria oggettiva o funzionalista[31], secondo il quale «in presenza di una delega validamente conferita, è *inammissibile* lasciar permanere in capo al delegante un *dovere di vigilanza*, poiché la divisione del lavoro sottende un disinteresse verso il puntuale intervento laddove altri sono deputati ad esso». Pur nel quadro dell'affermazione della teoria diametralmente opposta a quella or ora ricordata, la dottrina[32] propensa all'adozione della teoria soggettiva degli effetti della delega conferma l'incompatibilità tra l'attribuzione di un pieno effetto devolutivo alla stessa e la permanenza di doveri di controllo in capo al delegante, escludendo che si possa attribuire alla delega un'efficacia propriamente liberatoria dal momento che, pur a seguito del conferimento di una delega valida ed efficace, del soddisfacimento degli interessi attinenti ad un rapporto di lavoro rimane garante innanzi tutto il datore di lavoro, in virtù della sua particolare posizione «ed è logico pertanto ch'egli sia sempre tenuto al rispetto delle disposizioni che gli si indirizzano, o provvedendo ad adempiere personalmente, ovvero *esercitando sul delegato il controllo e la vigilanza* necessari ad assicurare che l'adempimento segua per suo tramite». Ancora più netta nel negare piena ed integrale efficacia devolutiva alla delega di funzioni è, infine, la teoria intermedia laddove individua nell'obbligo del datore di lavoro di assumere il dovere di garantire la sicurezza del lavoro al più alto livello di responsabilità un residuo (perfino) indelegabile. Anche, e soprattutto, alla luce del ricordato recepimento normativo della teoria degli obblighi indelegabili e della permanenza del dovere di vigilanza in capo al delegante, ci si potrebbe, invero, chiedere se quella della funzione 'devolutiva' o 'liberatoria' della delega di funzioni tradizionalmente assegnata

[31] Così Fiorella, *Il trasferimento*, cit., pp. 229 ss.
[32] Così Padovani, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 82.

all'istituto sia un'illusione più che una realtà, non appartenendo tale effetto né alla lettera della legge né alla tralatizia interpretazione dell'istituto, posto che la giurisprudenza[33] ha pressoché regolarmente riconosciuto la sussistenza di un dovere di vigilanza in capo al soggetto che conferisce la delega.

Il tema del riconoscimento della funzione devolutiva della delega di funzioni deve, dunque, essere affrontato tenendo conto dell'insussistenza di un rapporto di corrispondenza biunivoca tra trasferimento di funzioni e liberazione del delegante. La permanenza del dovere di controllo in capo al delegante impone, infatti, di esaminare gli effetti del trasferimento sotto il diverso angolo visuale della moltiplicazione[34] e non della sostituzione o dell'alternanza dei soggetti garanti della sicurezza e di spostare la questione delle conseguenze del predetto trasferimento dall'*an* della permanenza di obblighi in capo al delegante al *quantum* di esigibilità dell'adempimento del predetto dovere di controllo, nella richiamata tesi della rilevanza della delega sul versante della colpevolezza del dante causa[35]. Per di più, a conferma dell'illusorietà dell'attribuzione alla delega di funzioni di effetti liberatori o pienamente devolutivi sul delegante si aggiunge, oltre all'inequivocabile dato tecnico-giuridico della permanenza in capo al delegante del dovere di controllo sull'operato del delegato e della previsione di obblighi indelegabili, anche una più generale considerazione relativa al requisito dell'autonomia del delegato che risulta frequentemente condizionata dal

[33] Cass. Sez. IV, 20 dicembre 2002, in «FI.», 2003, II, c. 529 «il datore di lavoro deve controllare e vigilare che il delegato usi concretamente la delega»; Cass. Sez. IV, 13 ottobre 2000, in «DPP», 2001, p. 335 «fermo restando l'obbligo del datore di lavoro di vigilare e controllare il delegato» e Trib. Milano, Sez. IV, 13 ottobre 1999 «pure una delega correttamente attribuita a soggetti idonei lascia residuare margini per doveri di controllo». Del tutto isolata nel sostenere l'effetto integralmente liberatorio Cass. Sez. III, 1 luglio 2002, in «FI», Rep. 2002, p. 1108 «una volta conferita efficace delega, non persiste, in capo all'imprenditore, l'obbligo di sorveglianza sul concreto esercizio dei poteri delegati, giacché ciò vanificherebbe la funzione della delega stessa».

[34] Esplicita in questi termini Cass. Sez. III, 29 maggio 1996, in «CP», 1999, p. 2657 con nota di D. Di Vico, *La delega di funzioni e i suoi differenti effetti nel settore privato e in quello pubblico*, laddove afferma che «il delegante come 'garante primario' dell'obbligo penalmente sanzionato (di cui resta titolare), nel momento in cui è autorizzato a trasferire ad altri l'adempimento dei suoi doveri (cioé a creare *posizioni di garanzia – derivate ed autonome – che si affiancano a quella primaria*), assume il rischio dell'inadempimento del delegato e ne risponde se viene meno, appunto, ai suoi *nuovi* doveri di controllo (subentranti a quelli originari, affidati ad altri)».

[35] Sul riconoscimento espresso del rilievo scusante della delega Cass. Sez. III, 4 febbraio 1992, n. 189939, in «GI», 1993, II, c.768, con nota di L. Fioravanti, *Delega di funzioni, doveri di vigilanza e responsabilità penale*.

'peso' dell'attuazione della politica d'impresa, silente[36] limite a quella sfera di libertà del destinatario della delega che, sebbene formale presupposto di legittimità della stessa, subisce inevitabilmente il condizionamento delle direttive provenienti dai vertici aziendali.

Sennonché, pur avendo la giurisprudenza ritenuto, per così dire, coessenziale alla delega l'affermazione della sussistenza di un dovere di vigilanza in capo al delegante essa non ha definito l'oggetto ed i confini del predetto dovere, operando, piuttosto, un randomico riferimento ora a «doveri generali di controllo», «obblighi di periodica verifica» o di «regolare vigilanza», ora a «doveri di sorveglianza puntuale e continua» o ad «obblighi specifici di vigilare sullo svolgimento dell'attività del delegato». Analogamente non sussistono orientamenti interpretativi univoci e trattazioni sistematiche in ordine alla rilevanza del dato della conoscenza o della conoscibilità da parte del delegante delle violazioni commesse dal delegato. Accanto ad una giurisprudenza[37] che afferma la necessità che, perché la delega produca un effetto di «esonero dalla responsabilità» del delegante, egli non sia a conoscenza della negligenza del delegato, si segnalano orientamenti interpretativi[38] che ribadiscono la rilevanza della «conoscibilità» del comportamento inosservante del delegato per il tramite dell'adempimento del residuo dovere di controllo e vigilanza sullo stesso.

A fronte della varietà e dell''asistematicità' delle posizioni espresse sul tema dei contenuti e dei limiti del dovere di vigilanza del delegante, non parrebbe inopportuno ravvisare proprio nelle diverse forme di manifestazione della delega i criteri-guida utili ad una più 'stabile' definizione del predetto obbligo e, di conseguenza, della maggiore o minore consistenza dell''illusione della funzione devolutiva' della delega di funzioni medesima. Posto che, infatti, perché la delega di funzioni abbia un senso, è indispensabile riconoscerle un qualche effetto, per così dire, di 'alleggerimento' della posizione di garanzia del delegante, non parrebbe fuori luogo individuare proprio nelle ricordate poliedriche forme di manifestazione della delega di funzioni gli

[36] Così Padovani, *Il problema dei soggetti*, cit., p. 417 ove si dà conto della 'programmatica' omissione di considerazione del rilievo della politica d'impresa nell'operato del delegato, laddove questa potrebbe desumersi dalla presenza di indici sintomatici del collegamento esistente tra reato del delegato e politica aziendale (come nel caso della regolare acquiescenza dei vertici rispetto alle violazioni dei sottoposti o del carattere continuativo delle violazioni).

[37] Così Cass. Sez. III, 3 dicembre 1999; Cass. Sez. III, 26 settembre 2001; Cass. Sez. IV, 2 giugno 1989.

[38] Così Cass. Sez. IV, 22 giugno 2000; Cass. Sez. IV, 6 ottobre 1995, n. 203134, in «CP», 1997, p. 846.

elementi utili a 'tarare' il *quantum* di esigibilità del dovere di controllo da parte del dante causa sull'operato del delegato. Così operando, anche la discussione riguardo al tema della rilevanza della conoscenza o della conoscibilità delle inosservanze del delegato parrebbe perdere gran parte del suo significato, trattandosi, invero, di questioni, al pari di quelle legate alla rilevanza dell'ingerenza del delegante ai fini dell'imputazione allo stesso delle responsabilità per le violazioni del delegato, pienamente riconducibili alla definizione del dovere di vigilanza, *rectius* di conoscenza, del delegante rispetto alle condotte (ed alle eventuali inosservanze) del delegato.

Traendo le mosse dagli effetti della delega di funzioni e dalla circostanza che, come ricordato poco sopra, la delega di funzioni possa avere, oltre al tralatizio effetto *costitutivo* di nuove posizioni di garanzia, anche lo scopo di meglio identificare il contenuto dei poteri attribuiti dalla legge attraverso clausole generali bisognose di essere adattate alla realtà aziendale attraverso un atto di autonomia privata di contenuto formalmente *dichiarativo*, potrebbe ritenersi che il dovere di vigilanza debba essere più ampio con riferimento alle deleghe rilasciate a garanti 'innominati', risultando, invece, considerevolmente ridotto ad un controllo 'di massima' sull'operato di coloro che, risultando già gravati *ex lege* di una posizione di garanzia, esercitano *iure proprio* poteri che la delega ha soltanto 'puntualizzato' (pur con i richiamati effetti *lato sensu* costitutivi in ordine alla determinazione dei presupposti d'imputazione della responsabilità penale). Tale affermazione risulta, peraltro, confermata dalla giurisprudenza relativa ai rapporti tra garanti *ex lege* rispetto ai quali sussista già per espressa volontà normativa un riparto di competenze nella gestione e l'organizzazione della sicurezza sui luoghi di lavoro, ove si sottolinea la necessità che il dovere di controllo del soggetto in varia guisa sovraordinato non assuma un carattere puntuale e stringente, perdendo altrimenti senso la suddivisione dei doveri e delle responsabilità operata dal legislatore stesso.

Con riguardo ai soggetti che ricevano una delega 'costitutiva', poi, posto che si è poc'anzi ritenuto di poter definire 'innominati', *rectius* privi del potere trasferito con la delega, sia soggetti intranei all'organizzazione aziendale ma titolari di poteri diversi o inferiori rispetto a quelli trasmessi con delega, sia soggetti esterni o terzi, sembrerebbe coerente con quanto appena proposto in ordine alla modulazione del dovere di controllo rispetto alle deleghe, che quest'ultimo sia superiore nei confronti del delegato esterno alla compagine aziendale che rispetto a quello intraneo, e come tale, già inserito in un sistema di regole di funzionamento dell'organigramma aziendale dovendo in questi casi il controllo limitarsi ad una verifica di

massima e non puntuale e quotidiana dell'operato del delegato[39].

Oltre al criterio degli effetti della delega rispetto all'identità dei suoi destinatari, un ulteriore criterio utile ad una graduazione del contenuto e dei limiti del dovere di controllo imposto al delegante risulta certamente quello *oggettivo* della tipologia della funzione trasferita, potendosi ragionevolmente sostenere che la penetranza del dovere di controllo debba attenuarsi proporzionalmente all'aumento del gradiente di tecnicismo della funzione trasferita, al quale si accompagna fisiologicamente un'elevata autonomia del delegato. Fuori dai casi di doveri indelegabili, dei quali ci si occuperà tra breve, che pongono ad un tempo un tema di elevato tecnicismo e di necessità di permanenza in capo al datore di lavoro delle funzioni allo stesso rimesse *ex lege*, la questione non pare sistematicamente trattata in giurisprudenza, sebbene parte della dottrina[40] abbia da tempo sostenuto, in accordo con i fondamenti tecnico-giuridici del rimprovero colposo, che la consistenza del dovere di vigilanza del datore di lavoro deve tenere conto della «ragionevolezza dell'affidamento, commisurata alle caratteristiche funzionali del collaboratore […], nel senso che sarà tanto maggiore la diligenza esigibile dal datore di lavoro quanto minore si profila l'autonomia […] concessa […] nello svolgimento delle mansioni affidategli». Tale criterio di graduazione del dovere di vigilanza del datore di lavoro parrebbe, invero, trovare fondamento nella *ratio* stessa della delega di funzioni, che nasce per l'appunto laddove, innanzi tutto in ragione dell'elevato livello tecnico degli adempimenti necessari per garantire la sicurezza sui luoghi di lavoro, dal datore di lavoro non possa ragionevolmente pretendersi lo svolgimento di un'attività rispetto alla quale egli è normalmente privo delle conoscenze necessarie, potendo egli adempiere, per l'appunto, per il tramite di un soggetto che, come ora recita l'art. 16 d.lgs. 81/2008, «possegga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate».

Parimenti legato alla genesi dell'istituto della delega di funzioni è il

[39] In questo senso v. Cass. Sez. IV Sent. 21/04/2016, n. 22837 (rv. 267319) ove si afferma che in tema di infortuni sul lavoro, la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite e, tuttavia, detta vigilanza non può avere per oggetto la concreta, minuta conformazione delle singole lavorazioni - che la legge affida al garante - concernendo, invece, la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato; ne consegue che l'obbligo di vigilanza del delegante è distinto da quello del delegato - al quale vengono trasferite le competenze afferenti alla gestione del rischio lavorativo - e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle singole lavorazioni.

[40] Così Padovani, *Diritto penale del lavoro*, cit., pp. 85 ss.

criterio 'contestuale' di graduazione del dovere di vigilanza del datore di lavoro sul delegato, vale a dire quello delle dimensioni dell'impresa. Come si accennava poco sopra, il criterio delle notevoli dimensioni dell'impresa nell'ambito della quale la delega viene conferita, originariamente elevato perfino a requisito di legittimità della possibilità stessa di ricorrere a questo strumento di ripartizione dei doveri prevenzionistici, può essere recuperato in una nuova veste proprio in vista dell'attuazione del principio di non dispersione degli effetti degli strumenti di auto-organizzazione delle attività di impresa. Come già ricordato in merito all'inesigibilità di un controllo puntuale da parte del dante causa (che, per l'appunto, disperderebbe gli effetti utili del conferimento della delega di funzioni) potrebbe altresì ritenersi che la valutazione della complessità delle funzioni delegate a fini di riduzione dei doveri di vigilanza derivi da una costola del criterio dimensionale, dal momento che il superamento della convinzione che le piccole o medie dimensioni fossero un elemento ostativo alla legittimità del ricorso alla delega è avvenuto proprio valorizzando il requisito qualitativo della complessità degli adempimenti[41]. Ciò non toglie, tuttavia, che, in un'azienda di grandi dimensioni l'esigibilità di un controllo puntuale da parte del delegante debba essere escluso, prim'ancora che dalla (frequente) contestuale complessità delle funzioni delegate, proprio dall'impossibilità materiale di vigilare meticolosamente su contesti spesso caratterizzati da una pluralità di unità produttive autonome[42]. A conferma di tale assunto basti por mente al recepimento da parte del legislatore del riferimento all'unità produttiva fin dall'*incipit* del d.lgs. 81/2008 il quale, sul solco già tracciato dal d.lgs. 626/1994, ammette che nei luoghi di lavoro ove siano presenti una pluralità di unità produttive possano perfino esservi una pluralità di datori di lavoro identificabili in coloro che, per l'appunto, abbiano «la responsabilità dell'unità produttiva» sulla base dell'«esercizio dei poteri decisionali e di spesa».

[41] Così Cass. Sez. III, 15 luglio 2005, in «DPP», 2005, p. 1237; Cass. Sez. III, 13 marzo 2003.

[42] In questo senso Padovani, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 85 laddove afferma che se «in un'azienda di grandi dimensioni si realizzano sporadiche violazioni (…) sarà ben difficile imputarle a titolo di colpa al datore di lavoro, dato che solo un controllo analitico ed una vigilanza continua, *in concreto non esigibile*, avrebbero potuto consentirgli di impedire l'inosservanza».

4.1. *L'adempimento dei doveri di vigilanza attraverso il modello di verifica e controllo* ex *art. 30, comma 4 d.lgs. 81/2008*

Come ricordato, la complessità dell'attività d'impresa, dalla quale trae origine l'opportunità del ricorso alla delega di funzioni, e la conseguente necessità di organizzarne le attività attraverso una funzionale ed efficace ripartizione di doveri e responsabilità si pone alla base della presunzione introdotta dall'art. 16, comma 3 a mente del quale l'obbligo di vigilanza si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4. Trattandosi di dovere che rimane in capo al datore di lavoro pur a seguito del conferimento della delega questo deve, pur non essendo espressamente definito come tale dall'art. 17, essere considerato indelegabile. L'indelegabilità del dovere di vigilanza si giustifica in ragione della necessità, come sottolineato da autorevole dottrina[43], di «assicurare la coerenza e l'interazione all'interno della rete dei garanti: il ruolo di vertice del datore di lavoro non viene mai del tutto meno, neppure in caso di delega di ampia portata». Trattandosi, tuttavia, del dovere più caratteristico e ricco di implicazione del vertice aziendale, il richiamo al modello di verifica e controllo pone l'accento sulla necessità che questa sia 'organizzata' al duplice fine di una sua più efficace attuazione e di una più agevole prova in giudizio. Come correttamente rilevato dall'appena citata dottrina, tale organizzazione delle funzioni di vigilanza attraverso l'omonimo modello rimanda altresì alla costituzione e al ruolo dell'organismo di vigilanza di cui, per l'appunto, all'art. 30.

Sennonché, ampliare le funzioni dell'organismo di vigilanza dall'efficace attuazione e dall'eventuale aggiornamento del modello al controllo dell'operato del delegato ai fini e agli effetti dell'art. 16, comma 3 non risulta condivisibile per diverse ragioni. In primo luogo, l'indelegabilità della verifica dell'adempimento dei doveri di vigilanza da parte del datore di lavoro parrebbe postulare un'integrale devoluzione allo stesso all'OdV di poteri/doveri propri del vertice aziendale radicalmente incompatibile con la richiesta autonomia dell'organo proprio dai soggetti apicali. Per di più, l'avocazione dell'adempimento di doveri che la legge impone al datore di lavoro da parte di un organismo dallo stesso designato renderebbe poi

[43] Così Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 78. Nello stesso senso v. Cass. Sez. IV, 14/11/2019, n. 49771 ove si sottolinea che nel prevedere che la delega di funzioni antinfortunistiche non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite, l'art. 16, comma contempla un obbligo indelegabile del datore di lavoro, in «D&PL», 2020, 2, p. 130.

arduo individuare e ripartire le responsabilità in caso di comportamenti inosservanti del delegato, riproponendo tutte le questioni problematiche legate all'individuazione della persona fisica penalmente responsabile di fatti commessi all'interno delle organizzazioni complesse che il d.lgs. 231/2001 e a cascata lo stesso d.lgs. 81/2008 avevano inteso risolvere. In linea con il sopra richiamato principio di non dispersione degli effetti utili degli strumenti di organizzazione del lavoro e di ripartizione delle funzioni all'interno dell'impresa, parrebbe opportuno proporre una diversa valorizzazione della presunzione di cui all'art. 16, comma 3. Spostando l'attenzione *dal soggetto*, per l'appunto l'OdV, *al procedimento e al metodo della vigilanza* potrebbe forse ritenersi che la presunzione operi non in quanto l'OdV eserciti efficacemente il controllo sul delegato, per così dire, 'al posto' del datore di lavoro ma laddove il datore di lavoro controlli l'operato del delegato in conformità alle procedure stabilite in un modello che, anche a norma dell'art. 6, comma 2, deve innanzi tutto definire l'estensione dei poteri delegati prevedendo, rispetto a quest'ultimi, l'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati (lettera a), la definizione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati (lettera c); la previsione di obblighi di informazione (lettera d).

Qualora il datore di lavoro si sia attenuto alle procedure definite dal modello di verifica e controllo potrà beneficiare della predetta presunzione di adempimento, in piena armonia con la logica di valutazione *ex ante* che ispira la normativa lavoratistica. Sotto quest'angolo visuale, riformulato in termini di dovere prevenzionistico indelegabile del datore di lavoro delegante, l'obbligo di controllo sul delegato potrebbe beneficiare di quanto già affermato in dottrina e giurisprudenza a proposito del dovere, pure indelegabile, di valutazione di tutti i rischi e di elaborazione del relativo documento. La personalità e l'inerenza inderogabile del predetto dovere al datore di lavoro non può essere interpretata nei ristretti termini di un dovere di solitudine dell'adempimento essendo piuttosto cruciale che il datore di lavoro si faccia affiancare, nel quadro di una delega di esecuzione, da soggetti esperti che possano supportarlo nella valutazione di attività ad alto livello di complessità e tecnicismo ma di cui il datore mantenga la responsabilità. Alla richiamata logica *ex ante* si richiama anche la giurisprudenza[44] laddove

[44] Così Cass. Sez. III, 13/02/2019, n. 25977. Analogamente Cass. Sez. III, 13/02/2019, n. 25977, in «FI», 2019, 10, 2, p. 60 secondo cui la valutazione dell'adeguatezza e dell'efficacia del modello di organizzazione e gestione, quale esimente per la responsabilità del datore di lavoro, deve essere effettuata *ex ante* rispetto alla verificazione del sinistro, da cui non deriva *ex se* la prova di inidoneità del modello stesso e Cass. Sez. III, 13/02/2019, n. 25977,

sottolinea la necessità che nelle imprese di grandi dimensioni il datore di lavoro, che abbia rilasciato valida delega a dirigenti e preposti risponda della violazione degli obblighi in materia di salute e sicurezza dei luoghi di lavoro esclusivamente allorquando essa derivi da scelte gestionali di fondo ovvero dall'inadeguatezza o inefficacia preventiva del modello di organizzazione e gestione adottato dalla impresa. Prescindendo dal riferimento alle dimensioni dell'impresa, la proposta interpretazione della titolarità, dei contenuti e delle modalità di esercizio dell'attività di vigilanza del delegante sul delegato potrebbe ragionevolmente limitare un'area di responsabilità potenzialmente indefinita oltre che neutralizzatrice della *ratio* e degli effetti del trasferimento di funzioni nelle organizzazioni complesse.

5. *Conclusioni*

L'esame dell'istituto della delega di funzioni e della sua più recente evoluzione legislativa, giurisprudenziale e applicativa consente di meglio comprendere il valore delle riflessioni che il Maestro a cui questi scritti sono dedicati affidò anni or sono alla fondamentale opera in materia di *Trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*. Costruendo la complessa categoria - che invero comprende ma non si esaurisce nella delega - in nome di un efficace allineamento tra scelte organizzative e ripartizione di poteri e responsabilità, il prof. Fiorella anticipava scelte legislative che avrebbero dopo molto tempo condotto a responsabilizzare direttamente soggetti non individuali e a valorizzare a scopo esimente lo sforzo di tradurre in modelli e procedure attività profondamente complesse e come tali non valutabili alla stregua di mere condotte individuali oggetto di delitti monosoggettivi. La necessità di un cambio di paradigma nello statuto giuridico-penale degli strumenti di ripartizione dei doveri penalmente rilevanti nelle attività d'impresa esprime, infatti, ora come allora e sperabilmente in futuro, l'essenza del principio di personalità della responsabilità penale e l'opportunità di un suo ripensamento nei contesti caratterizzati da complessità soggettiva.

in «ILG», 2019, 12, 1087 ove si afferma che ai fini dell'addebito di responsabilità penale in capo al datore di lavoro delegante, per l'infortunio del lavoratore, occorre valutare se l'incidente costituisca la conseguenza di scelte gestionali di fondo dell'impresa e se, in relazione a tale circostanza, debba ritenersi l'inefficacia e l'inadeguatezza del modello organizzativo, secondo una valutazione compiuta alla luce di tutti gli elementi conoscibili al momento della sua predisposizione.

Carlo Piergallini*

Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine *delle multinazionali*

Sommario: 1. Primato dell'economia e diritto globale – 2. Autonormazione preventiva e morfologia del rischio normativo 'multinazionale' – 3. Il rischio da giurisdizione: la disciplina della responsabilità degli enti nello spazio – 4. Territorialità e colpevolezza di organizzazione: il rischio 'disciplinare' – 5. Sistemi di responsabilità imperniati sulla colpevolezza di organizzazione e il rischio normativo da *compliance* preventiva dell'ente 'estero' – 5.1. L'assimilabilità funzionale della *compliance* preventiva – 6. Una 'variabile' fuori controllo: il rischio 'giudiziario'.

1. *Primato dell'economia e diritto globale*

È risaputo che, a partire dagli anni '70, si è assistito ad una progressiva, inarrestabile globalizzazione dei mercati, della produzione e della finanza: un processo, questo, che ha conosciuto una significativa accentuazione con il crollo del muro di Berlino, che ha dischiuso opportunità fino a quel momento inattingibili. L'apertura dei mercati ha favorito la propagazione delle attività produttive, che ha inciso sulla stessa configurazione organizzativa delle imprese: si pensi alle società multinazionali e alle nuove forme di "accordi tra imprese", che rilasciano l'immagine di *strutture a rete*, che si prolungano all'interno del cd. villaggio globale[1].

Sul versante giuridico-aziendalistico, il descritto, capillare fenomeno sì è concretizzato attraverso svariate forme. Volendo tracciarne una paradigmatica, spiccano i seguenti modelli.

(a) *Gruppi multinazionali di imprese*, contraddistinti dalla presenza di una pluralità di società di diritto straniero, controllate pervasivamente

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Macerata.

[1] Per un magistrale affresco del processo di emersione dell'economia globale, v. F. Galgano, *Le istituzioni della società post-industriale*, in *Nazioni senza ricchezza ricchezze senza nazioni,* a cura di F. Galgano, S. Cassese, G. Tremonti, T. Treu, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 30 ss.

da una società capogruppo. Il ricorso a tale modello organizzativo vanta numerose ragioni: frazionamento dei rischi economici, appetibilità fiscale, maggiore capacità di adattamento ai sistemi giuridici stranieri, aggiramento di barriere protezionistiche, maggiore agilità di dislocazione geografica.

(b) *Filiali, succursali, agenzie*, prive di personalità giuridica, che possono garantire vantaggi sul terreno fiscale.

(c) *Accordi tra imprese*: in questo ambito, talvolta qualificato come fenomeno dell'impresa-rete[2], si verificano vere e proprie alleanze tra imprese, che, invece di porsi alla stregua di una riduzione della concorrenza, rafforzano le posizioni competitive e l'efficienza nell'uso delle risorse aziendali.

Al di fuori dei descritti moduli, le imprese si proiettano nel mercato globale anche tramite attività *cross border,* ad esse direttamente riferibili (sul piano giuridico ed economico)[3].

Il riconosciuto primato dell'economia globale ha determinato una vistosa crisi della statualità e una conseguente, *profonda ridefinizione degli assetti di potere* (sempre *meno 'politici'*, sempre più '*tecnici*' ed *economici*). Sul terreno degli ordinamenti giuridici, è progressivamente emersa la figura del "*diritto globale*"[4], contraddistinto dalla seguente, plurima fisionomia[5].

(a) Un *diritto senza autori*: sono *troppi* e, dunque, non sempre politicamente identificabili; da un lato, pullulano *entità sovranazionali*, orientate a 'normare' fenomeni non più circoscrivibili in termini di statualità, allo scopo di fomentare una armonizzazione delle legislazioni, anche in vista di ridurre il rischio di dissimmetrie sul piano della concorrenza economica; dall'altro lato, aggallano pure diverse *figure private* (gruppi, entità collettive, *Law Firms*), che puntano ad *autoregolarsi* per gestire *in comune* i loro *affari*.

(b) L'idea della *governance*, la domanda, cioè, di un *diritto regolativo*, affidato ad una somma di individui, accomunati da obbiettivi (economici), sul presupposto che lo Stato nazionale è ormai strutturalmente incapace di

[2] In proposito, cfr. P. Bastia, *Gli accordi tra imprese. Fondamenti economici e strumenti informativi*, Clueb, Bologna, 1997.

[3] Nelle attività *cross border*, l'ente straniero non vanta una sede fissa di affari all'estero, come filiali, succursali, uffici di rappresentanza esteri o sedi secondarie.

[4] Cfr., M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Universale Laterza, Roma, 2012. Per una riflessione di carattere filosofico sugli effetti della globalizzazione nel diritto penale, v. O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, Einaudi, Torino, 2001.

[5] Lo scenario, descritto nel prosieguo del testo, replica le considerazioni svolte in C. Piergallini, Ius sibi imponere: *controllo penale mediante autonormazione*?, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Riscato, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 119 ss.

governare fenomeni globali[6].

(c) Un *diritto senza misura*: la globalizzazione economica *ripudia i confini*, sì che il diritto smarrisce la tradizionale misura topografica della statualità (la cd. *territorialità*).

(d) Un diritto *flou*, *fuzzy*, a bassa definizione, programmatorio più che 'definitorio', che tende a riposizionarsi come creatore di cornici giuridiche che saranno riempite di contenuti specifici dai soggetti a cui si rivolge. Un diritto siffatto è consegnato al governo dei giudici, sì da assumere cadenze 'giusrealistiche', orientate sul caso, in cui i principi assolvono ad una funzione ermeneutica assorbente[7].

(e) Un diritto che, vedendo attenuarsi la sua forza precettiva, si arricchisce di connotati viepiù *procedurali,* muovendo verso una crescente *privatizzazione*.

Si profila, sullo sfondo, un "*disordine organizzato*", marcato:

(i) dalla *stratificazione delle fonti di produzione del diritto*, non più decrittabile secondo il tradizionale modello piramidale;

(ii) dal '*trionfo*' del "*Civile*", in particolare del "*contratto*", come formidabile *vettore* di opportunità economiche (la *lex mercatoria* è, in proposito, emblematicamente evocativa) e di rischi[8]; specie nell'ambito

[6] L'idea del *diritto regolativo* vanta, come piattaforma di riferimento sul terreno sociologico, il pensiero di Teubner, a proposito del cd. *diritto riflessivo e frammentato* (G. Teubner, *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, in *Il diritto frammentato*, a cura di A. Febbrajo, F. Gambino, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 375 ss.). Secondo Teubner, il diritto riflessivo si riferisce ad una forma di regolamentazione capace di costruire, volta per volta, quadri regolativi di controllo, di relazioni tra singole aree di autonomia dei privati e di istituzionalizzare arene pubbliche dove negoziare le situazioni di conflitto sociale, assegnando al diritto il compito di assicurare un consenso discorsivo. Come si vede, l'approccio del diritto riflessivo parte dalla considerazione che vi sia un *gap* tra le richieste sociali e la legislazione. Infatti, mentre le pretese sociali sono sempre più veloci e pressanti, l'intervento legislativo è limitato dal formalismo delle procedure. La soluzione di questa crisi può provenire da un diritto che rispetti l'autonomia dei sottosistemi e utilizzi meccanismi diretti di regolamentazione, indicando una cornice esterna e consentendo alle irritazioni sociali, che assumono forma di eventi comunicativi, di istituire nuove regole giuridiche.

[7] Sottolineano questo aspetto: M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 46 ss.; Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in «RIDPP», 2014, pp. 1129 ss.

[8] Su questi profili, cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria,* Il Mulino, Bologna, 1976; F. Cafaggi, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in «PdD», 2001, pp. 543 ss. Volendo, cfr., pure, nel contesto di una analisi dei rapporti tra "Civile" e "Penale" all'inizio del terzo millennio, Piergallini, *"Civile" e "Penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in «RIDPP», 2012, pp. 1307 ss.

dei processi di *finanziarizzazione della ricchezza*, è il *rischio* a diventare l'oggetto del contratto, come elemento identificativo delle diverse forme di investimento, senza peraltro essere provvisto di affidabili e rassicuranti criteri di matematizzazione: le vicende dei 'derivati' lo dimostrano in modo inequivocabile;

(iii) dal *crescente ruolo della giurisdizione*.

In un simile "*caos* organizzato", il "*Penale*" pare atteggiarsi come un *intruso*. È risaputo che il suo il suo DNA stride con quello della globalizzazione. Il diritto penale è sempre stato, per sua natura, *territoriale* (*statuale*), *hard* (sul piano delle *fonti*) e *digitalizzato* (secondo un modello decisionale di tipo '*classificatorio*', che condiziona in termini oppositivi i giudizi imputativi: tipico/atipico, colpevole/non colpevole, ecc.). Per di più, la sua natura punitiva ha tramandato quasi sempre ostilità rispetto a forme extrapenali di composizione del sottostante conflitto sociale.

La globalizzazione del diritto ha sensibilmente scosso il fortino, provocando crepe che ne minacciano la stabilità. Gli *attacchi più acuminati* si sono consumati, e continuano a consumarsi, prevalentemente sul piano delle *fonti*. È sotto gli occhi di tutti che l'irruzione di componenti internazionali e sovranazionali ha profondamente sovvertito l'idea del diritto penale come "spazio chiuso" e ordinato. Ormai convergono, nel "Penale", sistemi normativi diversi ma simultaneamente applicabili, secondo una logica di "internormatività giuridica"[9]. Nel tentativo di ricomporre le torsioni che si generano, spicca il ruolo della giurisdizione, sempre più 'portata' a ragionare per "principi" che non alla stregua delle "regole" (divenute sempre più instabili)[10]. Dunque, il diritto globale condiziona prevalentemente *dall'"alto"* il sistema penale.

Si associano a ciò pure fibrillazioni *dal "basso"*. Soprattutto sul versante del *diritto penale dell'economia* e di quello chiamato a confrontarsi con le emergenze della *Risikogesellschaft*[11], la globalizzazione veicola istanze di *autonormazione* da parte da parte di *soggetti privati* e di *comunità epistemiche*, che si 'auto-ritengono' più efficienti rispetto allo Stato nella disciplina degli interessi coinvolti. Traspare l'idea di un "diritto vivente", generato dalla società mediante l'organizzazione di gruppi, capaci di adattarsi con maggiore efficacia alle innumerevoli forme dell'agire umano e alle sollecitazioni che

[9] Cosi M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, PUF, Paris, 1986, p. 268.

[10] Cfr. Paliero, *Il diritto liquido*, cit., pp. 1129 ss.

[11] È d'obbligo il rinvio al celebrato lavoro di U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne,* Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

provengono dal mondo (dominante) della 'tecnica'[12].

Uno degli esempi più vistosi di una simile convergenza tra il fenomeno della internormatività e le istanze autoregolative è rintracciabile nell'ambito della *responsabilità* ex crimine *della societas*, specie quando questa assume diramazioni operative transnazionali. Per un verso, infatti, l'ente collettivo è chiamato a confrontarsi con la 'nazionalità' dei diversificati regimi normativi e, per altro, collegato verso, con i sistemi di *compliance,* frutto di autonormazione. Si è al cospetto di un *trend* internazionale, in cui l'ideologia della *prevenzione* del rischio-reato si insinua nel diritto penale: basti pensare ai *compliance programs* statunitensi, strumenti privilegiati nel diritto penale delle attività economiche[13]. Ciò muove dalla presa d'atto della incapacità dello Stato di erigersi a solitario 'combattente' della criminalità economica, sì da favorire l'avvio e il successivo consolidamento di una *partnership* con i soggetti privati nella co-regolamentazione delle attività economiche. Questo mutamento di paradigma muove dalla acquisita consapevolezza del ruolo *ancipite* delle società commerciali, che, nel contempo, sono '*causa*' dei fenomeni criminali (covano nel ventre delle organizzazioni complesse) e '*rimedio*' degli stessi (l'organizzazione è in grado di individuarli e governarli). In definitiva, attraverso un meccanismo di autonormazione 'regolamentata', la *compliance* preventiva è affidata dallo Stato agli enti collettivi. In alcuni settori, soprattutto sul versante della *lotta alla corruzione*, si è assistito ad una fioritura di strumenti ultranazionali o 'locali' di autoregolamentazione privata[14].

[12] Spicca, sul punto, la riflessione di Ehrlich, che, ben prima della globalizzazione, in contrapposizione all'idea di un diritto 'autoritario', gerarchicamente distribuito, prospettava l'idea di un "*diritto vivente*", *prodotto dalla società* mediante l'organizzazione di gruppi, capaci di adattarsi alle innumerevoli forme dell'agire (E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie del Rechts*, München-Leipzig, 1913).

[13] Cfr., in argomento, C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 102 ss.

[14] Per un'accurata ed interessante indagine sul tema della *compliance* anticorruzione a livello internazionale, sfociata, tra l'altro, nella costruzione di un modello *standard* anticorruzione (denominato *Anti-Bribery Compliance Model*), v. *Preventing Corporate Corruption*, a cura di S. Manacorda, F. Centonze, G. Forti, Springer ed., 2014. Più in generale, sulla disciplina della corruzione in ambito internazionale, v. l'accurata analisi di V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

2. *Autonormazione preventiva e morfologia del rischio normativo 'multinazionale'*

L'istanza della *compliance* preventiva dei rischi-reato tende a farsi largo: nel nostro ordinamento, ha trovato una significativa traduzione nel d. lgs. 231/2001, in cui si issa a perno della cd. *colpevolezza di organizzazione*, che trova nel modello il suo *supporto materiale* (l'organo 'respiratorio')[15].

È da registrare che in molte aree giuridiche - europee e non - si è assistito e si assiste ad una autentica "*caccia alla colpevolezza*" nella responsabilità dell'ente, vale a dire alla propensione verso una *soggettivizzazione* dell'illecito dell'ente in termini di indispensabile *rimprovero personale*. Oltre alla più volte richiamata esperienza statunitense e alla ben nota tradizione giuridica australiana (imperniata sopra una concezione 'reattiva', 'culturale' della colpevolezza)[16], si segnala la recente, significativa 'penetrazione' del nostrano "sistema 231" in alcuni Paesi, come la Spagna, il Cile e, da ultimo, l'Argentina. Anche nelle esperienze giuridiche in cui rimane saldo l'ancoraggio ad impostazioni 'organicistiche', di impronta oggettiva (imperniate, come è noto, sulla teoria dell'*identificazione* e della *vicarious liability*)[17], la giurisprudenza tende, mano a mano, ad inoculare 'pillole' di colpevolezza organizzativa, all'evidente scopo di rafforzare sia il piano delle garanzie che quello della prevenzione.

Di conseguenza, per una *societas*, di respiro *multinazionale*, si profila, sullo sfondo, un *nuovo*, *sfaccettato rischio*, che si va ad aggiungere a quelli tipicamente riconducibili all'attività economica. Si allude al *rischio normativo (parimenti) multinazionale,* che rimanda una *morfologia tentacolare*.

Multinazionale, perché l'ente dovrà confrontarsi con gli apparati normativi dei Paesi in cui decide di operare, associandolo agli altri rischi dell'agire economico. *Tentacolare,* perché i predetti apparati normativi esteri possono manifestare *svariati prolungamenti* (*sotto-sistemi*), attraverso il rinvio ad ulteriori dispositivi normativi, di rango inferiore, e ad atti di autonormazione. Se provassimo a raffigurare, sinteticamente, l'*estensione* di

[15] Per una approfondita ricostruzione della struttura e della funzione del d. lgs. n. 231/2001, v. A. Fiorella, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5101 ss.; D. Pulitanò, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in «ED», Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 953 ss.

[16] Cfr. in proposito, De Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., pp. 102 ss., pp. 163 ss.

[17] Per una illustrazione, anche storica, di siffatti criteri imputativi, v.: G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato,* Edizioni ETS, Pisa, 2012, pp. 35 ss.; Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo,* Giappichelli, Torino, 2018, pp. 104 ss.

tale rischio, si potrebbe pervenire alla seguente declinazione morfologica:

(a) rischio da *giurisdizione*;

(b) rischio '*disciplinare*', riferibile ai (diversi) sistemi di responsabilità sanzionatoria della *societas*;

(c) rischio da *compliance,* integrato dal reticolato di disposizioni normative e non (autoregolamentazioni) relative alla prevenzione e alla gestione del rischio-reato, finalizzate a ridurre il rischio di applicazione di sanzioni e/o a poter fruire di alleggerimenti del carico sanzionatorio.

L'ente multinazionale, per sua natura chiamato a confrontarsi con una pluralità di ordinamenti giuridici, dovrà metabolizzare ciascun tentacolo di tale rischio, per come sopra declinato, o potrà arrestarsi, invece, al più *ristretto nocciolo duro* dell'apparato normativo estero con il quale si imbatte?

È un interrogativo, questo, che, è inutile nasconderlo, amplifica la complessità dell'accertamento dell'illecito 'transnazionale' dell'ente. Si agitano sullo sfondo *valori contrapposti*: da un lato, per fare un esempio, quello di evitare comode fughe dalla giurisdizione o, addirittura, la possibilità di '*pre-scegliere*' la stessa (cd. fenomeno del *forum shopping*); dall'altro lato, quello di garantire uno statuto insopprimibile di *garanzie,* specie sul versante del *concreto esercizio* del *diritto di difesa.* Questa tensione dialettica impone un *delicato bilanciamento*: se si dovesse richiedere all'ente l'introiezione e la gestione di tutte le sfaccettature del rischio normativo multinazionale, il diritto alla difesa potrebbe subire una fenditura irreparabile. Si tratta, allora, di individuare un punto di *ragionevole equilibrio*.

3. *Il rischio da giurisdizione: la disciplina della responsabilità degli enti nello spazio*

Il fenomeno delle imprese multinazionali ha, come noto, attirato l'attenzione dei criminologi, che hanno più volte rimarcato il ruolo di tali entità collettive nelle dinamiche criminose. Tuttavia, bisogna guardarsi dal rischio di conferire alle indagini criminologiche un rilievo assorbente. Non si deve, infatti, dimenticare che, pure al cospetto di un 'tipo di autore' munito di rilevanti capacità criminali, detto fenomeno non può (*rectius*: non deve) allontanarsi dalle categorie formali del diritto sostanziale e processuale, alle quali, anzi, per ragioni di *garanzia*, deve essere necessariamente ricondotto. In questa ottica, giuslegalistica, il primo problema, destinato a porsi, è quello dell'*applicazione della legge (di quale legge) nello spazio*. Viene, così, in gioco il tema della *giurisdizione*, che, nel contesto del d. lgs. 231/2001,

ha attirato l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina[18]. Come è noto, si è al cospetto di un problema *bidirezionale*: per un verso, rileva l'*extraterritorialità*, concernente le ipotesi di reato *interamente* commesso all'estero e attratto dalla giurisdizione italiana; per altro verso, si parla di *territorialità,* cioè di un reato che si *presume* commesso in Italia, quando *ivi* è avvenuta l'azione o l'omissione, che lo costituisce, oppure si è verificato l'evento che è conseguenza dell'azione o omissione (art. 6 c.p.).

Il d. lgs. 231/2001 tace sul secondo profilo, mentre disciplina espressamente il primo, con una disposizione che, parzialmente, deroga alle norme del codice penale (v. artt. da 7 a 10). Si tratta dell'art. 4 d. lgs. cit., che sancisce la giurisdizione nostrana quando l'ente, che ha commesso *interamente all'estero* un reato-presupposto della sua responsabilità, vanta, in Italia, la *sede principale* e purché nei suoi confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto (principio della *litispendenza*), ferme, ovviamente, le altre condizioni richieste dagli artt. 9 e 10 c.p.[19]

Spicca, nella disciplina approntata, il rilievo assegnato alla collocazione *interna* della *sede*, da intendersi in senso sostanziale e non formale, ossia come *centro di prevalente, effettivo svolgimento dell'attività amministrativa di direzione ed organizzazione* dell'ente[20]. Tale requisito, ben lungi dal costituire una mera 'replica' dell'omologa "presenza del *reo* nel territorio dello Stato", di cui agli artt. 9 e 10 c.p., risponde, invece, all'esigenza di rendere coerente la regolamentazione dell'applicabilità della normativa nello spazio con la disciplina dei criteri imputativi del reato all'ente, in specie con il criterio

[18] Cfr., in proposito, G. Ruggiero, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato,* in «RTDPE», 2004, pp. 989 ss.; A. Alessandri, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in «RIDPP», 2005, pp. 559 ss.; E. Amodio, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in «RIDPP», 2007, pp. 1294 ss.; E. Fusco, *Applicabilità del d. lgs. 231/2001 alle banche estere*, in«RASE», 2007, pp. 179 ss.; L.D. Cerqua, *L'applicabilità del d. lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia e alle società italiane per i reati commessi all'estero, ivi,* 2/2009, pp. 113 ss.; F. Sgubbi, D. Fondaroli, A. Astrologo, *La nuova legge sammarinese sulla responsabilità delle persone giuridiche: un confronto con la legislazione italiana*, *ivi*, 2010, pp. 180 ss.; G. Fidelbo, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, in «Jus», 2011, pp. 249 ss.; L. Pistorelli, *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio,* in «*La responsabilità amministrativa delle società e degli enti»,* 2011, pp. 13 ss.; S. Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in «RIDPP», 2012, pp. 91 ss.; V. Mongillo, *La corruzione*, cit., pp. 291 ss.; A. Tripodi, *Il diritto penale degli enti nello spazio: deantropomorfizzazione e globalizzazione a confronto*, in «AP», 1/2019, pp. 1 ss.

[19] Forma oggetto di discussione se la disciplina dell'art. 4 d. lgs. n. 231/2001 sia da ritenere scavalcata dalla l. 146/2006, avente ad oggetto la disciplina del reato transnazionale.

[20] Così, Pistorelli, *Profili problematici della "responsabilità internazionale",* cit., p. 15.

della *colpevolezza dell'ente*, sul rilievo che l'adempimento/inadempimento del dovere di una efficace auto-organizzazione preventiva non potrà che scaturire dal *cuore* della società, vale a dire dalla *sede* espressione del suo *potere decisionale*[21]. Il requisito, condizionante l'espansione della giurisdizione oltre confine, riconferma la *centralità della colpevolezza di organizzazione* nella struttura e nella dinamica imputativa dell'illecito dell'ente.

Il silenzio serbato dal legislatore del 2001 sull'opposto fenomeno della *territorialità*, disciplinato dall'art. 6 c.p., ha alimentato ricostruzioni dottrinali dissonanti, mentre la giurisprudenza (di merito) non ha tradito incertezze applicative. La disposizione, come è noto, dopo aver stabilito che un reato commesso in Italia è punito dalla nostra legge, nel secondo comma prevede che il reato si "considera commesso nel territorio dello Stato", quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è avvenuta in tutto o in parte in Italia ovvero *ivi* si è verificato l'evento conseguenza dell'azione od omissione.

La giurisprudenza, intervenuta sul punto, ha prospettato una visione ispirata da ragioni di natura politico-criminale, dirette a scongiurare comode elusioni dall'orbita applicativa del decreto[22].

Così, il silenzio del legislatore sarebbe espressivo di una soluzione del tutto piana, nel senso che i criteri di radicamento della giurisdizione per il reato della persona fisica e quelli di ascrizione del medesimo all'ente coinciderebbero. Si è osservato che «sia le persone fisiche che le persone giuridiche straniere, nel momento in cui operano in Italia, hanno semplicemente il dovere di osservare e rispettare la legge italiana e quindi anche il d. lgs. 231/2001, indipendentemente dall'esistenza o meno nel Paese di appartenenza di norme che regolino in modo analogo la medesima materia»[23]. In altre parole, sono i criteri di attribuzione previsti per il reato a riverberare i loro effetti verso l'ente, che sarebbe attratto nella giurisdizione sancita per il primo. Se, dunque, l'illecito dell'ente rilascia una struttura complessa, perché composto da un fatto di connessione (il reato) verso il quale si proietta la colpevolezza di organizzazione, il legislatore avrebbe riconosciuto in capo alla commissione del primo il criterio di individuazione della giurisdizione domestica. Una soluzione di tal fatta troverebbe ancoraggio normativo nell'art. 36 del decreto 231: una disposizione, questa, che, posta in apertura di una sezione evocativamente denominata

[21] Rimarca questo profilo, Fidelbo, *Il problema della responsabilità*, cit., p. 252.

[22] Cfr. G.i.p. Milano (ord.), 27 aprile 2004, Siemens AG, in «GD», 2004, n. 19, p. 80; G.i.p. Milano (ord.), 13 giugno 2007, Ubs Limited e altre, in [*www.rivista231.it*]; T. Lucca, 31 gennaio 2017, relativa al disastro ferroviario di Viareggio, pp. 971 ss. della motivazione (inedita); Cass. Sez. VI, 11 febbraio 2020 (dep. 7 aprile 2020), n. 11626 (inedita), pp. 14 ss.

[23] Così, G.i.p. Milano (ord.), 27 aprile 2004, cit.

"*Soggetti, giurisdizione e competenza*", attribuisce la "conoscenza" dell'illecito amministrativo dell'ente in capo al giudice penale, competente *ratione iurisdictionis, materiae et loci* a procedere per il *reato-presupposto* consumato nell'interesse o a vantaggio dell'ente da una persona fisica che rivesta una delle qualifiche stabilite nell'art. 5, comma 1, lett. a) e b). Si sarebbe, dunque, dinanzi ad una "*competenza derivativa*".

Estremamente articolata la dialettica dottrinale, i cui diversificati approdi scaturiscono da vere e proprie pregiudiziali dommatiche, vale a dire dal diverso modo di concepire la struttura e la natura dell'illecito dell'ente.

(a) Se, come proposto da un autorevole orientamento[24], condiviso da una nota pronuncia della Corte di cassazione[25], la responsabilità individuale e quella corporativa andrebbero avvinte nello schema del *concorso di persone*, alla stregua di una nuova fattispecie plurisoggettiva necessaria di parte generale, da ricondurre al paradigma dell'accessorietà (in cui l'ente recherebbe un contributo di natura agevolativa - da *deficit* di organizzazione - al reato consumato dalla persona fisica, così 'accedendo' allo stesso), se ne dovrebbe dedurre, in punto di territorialità, la coincidenza con la disciplina apprestata dall'art. 6: sarebbe, cioè, sufficiente che una parte del reato, unitariamente considerato, venga realizzato da uno dei compartecipi nel nostro territorio, perché *ivi* si radichi la giurisdizione.

(b) Di diverso avviso coloro che, ricostruendo in chiave *monosoggettiva* l'illecito dell'ente, pongono in risalto come sia la *colpevolezza di organizzazione* a 'marcare' significativamente l'illecito e il suo nucleo di disvalore, per cui occorrerebbe far capo ad essa - al luogo in cui si è verificata - per allocare la giurisdizione[26]. Per questa via, si sottrarrebbe alla disciplina del decreto il fatto-reato, realizzato nell'interesse di un ente straniero, assistito da un *deficit*

[24] C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in «Societas puniri potest». *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, CEDAM, Padova, 2003, pp. 17 ss.

[25] Cass. SU, 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti e altri, in «RIDPP», 2008, pp. 1738 ss.

[26] Cfr. E. Amodio, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in «RIDPP», 2007, pp. 1294 ss. Osserva Alessandri, *Attività d'impresa*, cit., p. 559, che l'illecito dell'ente è autonomo rispetto a quello della persona fisica e che il primo si distingue ontologicamente dal secondo in quanto imperniato su un omesso o carente controllo preventivo sul comportamento del *reo*. Ne discende che le determinazioni dell'ente sono di regola manifestate dove questo ha il suo centro decisionale. Enfatizza il ruolo della difettosa organizzazione, degradando l'evento (il reato-presupposto) ad una mera condizione obbiettiva di punibilità, F. Mucciarelli, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo* ex *d. lgs. 231/2001*, in «DPP», 2011, pp. 440 ss. Ritiene che il *deficit* organizzativo rappresenti propriamente il fatto imputabile alla persona giuridica, De Simone, *Persone giuridiche*, cit., pp. 407 ss.

organizzativo occorso interamente all'estero.

(c) Una impostazione intermedia evidenzia che, pure ad ammettere la giurisdizione interna, la colpa di organizzazione della *societas* andrebbe valutata sulla scorta delle *regole e dei vincoli previsti nel suo Paese di origine*, quanto a struttura, contenuto e gestione del modello di prevenzione[27]. Di conseguenza, sarà configurabile una responsabilità dell'ente estero solo per gli illeciti da cui essa può derivare secondo l'ordinamento di provenienza, in ossequio al principio generale della doppia incriminazione. Inoltre, quanto ai contenuti del modello di prevenzione, questi non potranno che coincidere con quelli del Paese di origine[28].

È nostra opinione che l'idea di radicare la giurisdizione laddove si è consumata la colpa di organizzazione muova da una completa *volatilizzazione del disvalore di evento* nella struttura dell'illecito dell'ente, vuoi ricostruito in un'ottica concorsuale, vuoi in una dimensione monosoggettiva[29]. Una simile impostazione non riesce, però, ad offuscare il fatto che l'art. 6 c.p. «richiama genericamente l'evento nella sua dimensione naturalistica, causalmente correlato all'azione o all'omissione, a prescindere, dunque, dalla qualificazione del suo ruolo nell'ambito della fattispecie oggettiva»[30]. Ne deriva, pertanto, che l'evento, sia che venga considerato come elemento costitutivo del 'tipo', sia che degradi a mera condizione obbiettiva di punibilità, non può che fungere da elemento di connessione territoriale, ai sensi dell'art. 6 c.p.

[27] F. Sgubbi, D. Fondaroli, A. Astrologo, *La nuova legge sammarinese,* cit., p. 181. La soluzione proposta troverebbe un riscontro normativo nell'art. 25 l. 228/1995, che, in materia di diritto internazionale privato, stabilisce che «le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede amministrativa è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti».

[28] Così F. Sgubbi, D. Fondaroli, A. Astrologo, *La nuova legge sammarinese,* cit., p. 180.

[29] Rileva G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 142-143, che, anche a voler riconoscere rilievo preminente alla condotta negligente dell'ente, ciò non giustificherebbe l'esclusione della soggezione alla legge italiana degli enti aventi la sede principale all'estero. Anche a voler consentire con una simile ricostruzione dell'illecito, parrebbe quanto meno singolare che la commissione del reato (nel territorio dello Stato) non benefici di quella componente di 'ubiquità' che, ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p., viene riconosciuta tanto in rapporto alla condotta quanto in relazione all'evento: come se la realizzazione del reato rappresentasse, nella struttura composita dell'illecito dell'ente, qualcosa di meno di qual frammento di condotta che già è sufficiente a sottoporre l'illecito penale al principio di territorialità.

[30] Così, Tripodi, *Il diritto penale degli enti*, cit., p. 11.

Ma vi è di più. Pur nel silenzio serbato dal decreto, l'operatività dell'art. 6 c.p. sembra comunque trovare il suo (decisivo) riconoscimento normativo nell'art. 36 d. lgs. cit. Non è un caso, del resto, che, laddove il legislatore ha inteso 'eccettuare', nell'ambito della disciplina della 'spazialità', lo ha fatto per il tramite di una norma speciale (l'art. 4). Certo, la *vis attractiva* dell'art. 6 è destinata a fomentare talune perplessità quando raggiunge la sua massima *estensione*. Si pensi ad alcune ipotesi di concorso di persone nel reato (tutt'altro che infrequenti), in cui, a causa del legame concorsuale, risulteranno attinte dalla giurisdizione nostrana anche le condotte di partecipazione poste in essere integralmente al di fuori del territorio nazionale. In omaggio alla impostazione codicistica della unitarietà ed identità del reato concorsuale (non fondato, cioè, sulla separazione e tipizzazione delle condotte e dei singoli ruoli di autore, coautore e complice, punibili a vario ed autonomo titolo), *qualunque contributo causale*, anche di *minima importanza* (ai sensi dell'art. 114 c.p.), sarà attratto dalla giurisdizione italiana, alla semplice condizione che esso 'acceda' ad un contributo posto in essere nel nostro Paese, secondo i dettami dell'art. 6 c.p.[31] Per questa via, è bene rimarcarlo, tutti i concorrenti sono assoggettati alla nostra legislazione, anche il correo che *non abbia mai posto piede in Italia* e la quasi totalità dell'azione e l'evento si siano verificati all'estero. Vi è da chiedersi se non siano ravvisabili, sul punto, elementi di *contraddittorietà/irragionevolezza*, atteso che non si tiene in alcun conto del ruolo svolto dal centro decisionale dell'ente estero (la sua sede), in cui verosimilmente è maturata la scelta per l'illecito e, perciò, la sua colpevolezza di organizzazione (secondo architrave dell'illecito dell'ente accanto al fatto-reato di connessione)[32]. In proposito, si è dell'avviso - come si vedrà meglio tra breve - che un *argine* agli effetti della universalizzazione della disciplina prevista dal codice penale, che prolunga i suoi effetti sull'ente, possa essere costituito proprio da un *recupero del ruolo della colpevolezza di organizzazione in sede di accertamento dell'illecito dell'ente*.

4. *Territorialità e colpevolezza di organizzazione: il rischio 'disciplinare'*

L'espansione del principio di territorialità nei confronti dell'ente pone sul tappeto un'*antinomia* autenticamente '*valoriale*', compendiabile nel

[31] Per una disamina giurisprudenziale dei rapporti tra l'art. 6 c.p. e il fenomeno del concorso di persone, v. E. Aprile, sub *art. 6*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, tomo I, Wolters Kluwer, Milano, 2015, pp. 251-252.

[32] Per porre rimedio alla paventata contraddittorietà della disciplina, si è significativamente proposto di estendere la regola del *ne bis in idem*, prevista dall'art. 4 d. lgs. cit., anche alle ipotesi rientranti nella previsione dell'art. 6 c.p.: così, Fidelbo, *Il problema della responsabilità*, cit., p. 262.

dipolo: *obbligatorietà - estesa - della giurisdizione domestica* vs. *esercizio in concreto del diritto di difesa*.

L'estensione della giurisdizione, per mano dell'art. 6 c.p., riletta in chiave 'moderna'[33], punta ad evitare sin troppo prevedibili elusioni della normativa fissata nel d. lgs. 231/2001, magari fondate sul rilievo che all'ente, nel momento in cui si accinge ad 'entrare' in diversificati e sempre mutevoli mercati stranieri, sia pure per svolgervi attività *cross border*, non si possa chiedere di conoscere (e di adeguarsi al) la disciplina in tema di responsabilità da reato della *societas*. Una sorta di inesigibilità dovuta alla dimensione fisiologicamente transnazionale delle attività dei gruppi multinazionali e, quindi, alla conseguente impossibilità di adattare il loro agire ai diversi sistemi cogenti nei vari mercati in cui operano. Si tratta di un argomento suggestivo, che rivela, però, non trascurabili fragilità.

È risaputo, infatti, che le grandi organizzazioni complesse, dotate di una pluralità di apparati, effettuano costantemente attività di *assessment,* non solo con riguardo ai rischi economici ed imprenditoriali connessi alle operazioni svolte all'estero, ma anche con riferimento ai *rischi normativi,* la cui incidenza è destinata a riverberarsi, non di rado, sulla stessa opportunità dell'investimento. Appare, dunque, del tutto irrealistico sostenere che enti, di caratura multinazionale, non si confrontino con gli ordinamenti giuridici destinatari della loro attività. In questo senso, si può affermare che il combinato disposto degli artt. 3 e 6 c.p. riveli, nei confronti della *societas* e dei suoi illeciti, una *ratio* politico-criminale tutt'altro che infondata, orientata, com'è, ad evitare ingiustificate franchigie in favore di enti stranieri.

Ne deriva, calandoci sul terreno del profilo 'disciplinare' del rischio normativo, che l'*onere conoscitivo* della società non potrà non ricomprendere la *struttura* del sistema estero, limitatamente ai *presupposti imputativi* e all'*arsenale sanzionatorio*. Si tratta, ancora una volta, come per la giurisdizione, di un rischio che viene soppesato, atteso che il 'costo' di eventuali illeciti è, come è noto, una delle componenti che influenzano il processo decisionale dell'ente.

Quanto ai *presupposti imputativi*, è risaputo che, in estrema sintesi, il panorama internazionale rilascia due tipologie di sistemi: quelli fondati sul mero ricorso alla *identification theory* e alla *vicarious liability,* da un lato, e quelli imperniati, in aggiunta, sulla colpevolezza di organizzazione, variamente declinata, dall'altro lato.

[33] In un'ottica, cioè, diversa da quella del meccanismo pervasivo disegnato dal Codice Rocco per le persone fisiche, in cui si avverte il clima politico in cui le norme in questione vennero alla luce.

5. *Sistemi di responsabilità imperniati sulla colpevolezza di organizzazione e il rischio normativo da* compliance *preventiva dell'ente 'estero'*

Appurato che i rischi normativi da 'giurisdizione' e da 'disciplina' devono essere 'metabolizzati' e gestiti dall'ente, è da affrontare, ora, la terza sfaccettatura del rischio normativo: quello da *compliance*, destinato a rilevare nei sistemi ancorati sulla colpevolezza di organizzazione.

Tali sistemi richiedono, sostanzialmente, l'apprestamento di un *reticolato di cautele* (procedimentali e sostanziali) teleologicamente rivolte a minimizzare ragionevolmente il rischio-reato. La loro incidenza può riverberarsi sul terreno del *processo* o del *diritto sostanziale*. La prima evenienza riguarda i Paesi in cui l'esercizio dell'azione penale è discrezionale: davanti ad un apparato preventivo ritenuto adeguato ed effettivo, l'organo dell'Accusa si asterrà, di regola, dal formalizzare un'imputazione a cui faccia seguito il processo (rinuncia all'azione). Nel secondo caso, gli effetti riguarderanno la struttura dell'illecito, nel senso che l'esito decisorio potrà appuntarsi su un difetto di rimproverabilità, con conseguente proscioglimento per la carenza di un estremo costitutivo dell'illecito dell'ente, oppure in una dichiarazione di non punibilità, laddove l'assenza di colpevolezza di organizzazione renda inopportuno il ricorso alla pena[34].

Una volta preso atto dell'ossatura di simili sistemi, vi è da chiedersi *a quale tipo di* compliance *preventiva* debba soggiacere l'ente estero attratto dalla giurisdizione nostrana. Si è già rimarcato che la globalizzazione dell'agire economico delle multinazionali fomenta un (nuovo) *rischio* da *compliance*, a sua volta globale, solcato da regolamentazioni diverse, non solo per ragioni geografiche, ma anche politiche, normative e culturali. È prefigurabile, al cospetto di un siffatto rischio, un ente che, assunte le sembianze di una cane da tartufo, setacci i contenuti della prevenzione imposta da ciascuno Stato allo scopo di adeguarvisi? Per quanto 'capace', un ente, gravato da un simile, sconfinato obbligo, non è nella condizione di svolgere un adattamento - continuo ed incessante - alle disposizioni preventive dello Stato in cui opera, che potrebbero persino fomentare problemi di compatibilità con la propria struttura giuridica ed organizzativa. È doveroso ricordare che soprattutto la prevenzione dei *reati dolosi*, espressivi della criminalità del profitto, è essenzialmente implementata, nel panorama giuridico internazionale:

[34] Per una recente, approfondita analisi di tali sistemi, v. Mongillo, *La responsabilità penale,* cit., *passim*.

(a) per una (ridotta) parte da *strumenti normativi* e da *best practices* internazionali e

(b) per altra (prevalente) parte, da atti di *autonormazione*.

A differenza della criminalità colposa, in cui l'apparato di cautele è in ciascuno Stato oggetto di specifica disciplina normativa, per i reati dolosi *non sono reperibili esaustivi e conchiusi cataloghi di cautele normativizzate,* agevolmente consultabili. È la *societas* che, dopo aver "guardato dentro sé stessa" (*risk assessment*), individua i rischi-reato potenzialmente esistenti, ne misura il grado di avveramento (l'*intensità*) e, successivamente, forgia i corrispondenti presidi cautelari teleologicamente orientati a ridurre ragionevolmente i rischi emersi (*risk management*). Sul piano delle *fonti* delle cautele, fatta eccezione per il ridotto strumentario 'positivizzato' eventualmente disponibile, ci muove, perciò, prevalentemente sul terreno che, nella colpa penale individuale, viene ricondotto alla figura della "*colpa generica*", che, come è noto, rilascia una caratura di origine *socio-esperienziale*, in cui livello della diligenza dovuta viene commisurato, ad esempio, nel nostro Paese, sulla figura dell'"*agente-modello"*, deputata ad impersonare le pretese oggettive di diligenze accampate dall'ordinamento[35]. Al cospetto di un quadro così variegato, sul terreno dell'*eziologia* delle cautele, che danno forma e contenuto alla colpevolezza di organizzazione, pretendere che una società multinazionale adegui la propria *compliance* preventiva a quella declinata in ciascuno Stato potrebbe ingenerare una paralisi operativa, frutto della inevitabile 'babele' prevenzionistica, vieppiù implementata dalla prevalente natura autonormata dei presidi cautelari. *Exempla docent*. Nei Paesi che accordano rilievo alla colpevolezza di organizzazione, gli enti possono avvalersi, per dare corpo e anima alla strategia preventiva, di linee-guida adottate da associazioni di categoria (si pensi, in Italia, a quelle licenziate da Confindustria), di codici di autodisciplina, di determinazioni provenienti da autorità di vigilanza[36], ecc.

In definitiva - vale la pena ripeterlo - se un ente estero dovesse rincorrere, nei più svariati mercati in cui opera, la diversificata congerie di atti a scopo preventivo, autonormati e non, ciò si tradurrebbe nell'imposizione

[35] Per un esame della fisionomia dell'"agente-modello", non soltanto sul piano della responsabilità individuale ma anche all'interno delle organizzazioni complesse, sia consentito il rinvio a Piergallini, voce *Colpa*, in «ED», Annali, X, 2017, Giuffrè, Milano, pp. 231 ss.

[36] Sprovviste di forza normativa: si pensi, per fare un esempio nostrano, sia pure concernente il diverso piano della prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, di cui alla l. n. 190/2012, alle *determinazioni* e ai *pareri* dell'*Autorità Nazionale Anticorruzione* (ANAC), che non hanno natura normativa, ma che costituiscono uno strumento di supporto orientativo del disegno della strategia anticorruttiva delle pubbliche amministrazioni.

di un obbligo oggettivamente insuscettibile di adempimento. Per quanto provvisto di una 'megacompetenza', di regola associabile alla maggiore efficienza dell'agire collettivo, essa non può sfociare nella richiesta di dare corpo ad una sorta di superomistico "agente-modello universale".

Pertanto, esigenze legate all'esercizio, *effettivo e concreto*, del *diritto di difesa* (art. 24, comma 1, Cost.) impongono che l'ente, attratto dalla giurisdizione universale di uno Stato (come il nostro) che incentra l'illecito della *societas* sulla colpevolezza di organizzazione, possa far valere tale fondativo diritto, appellandosi al rispetto della *compliance* preventiva *del suo Paese*, sia essa eteronormata che spontaneamente autonormata.

Una diversa soluzione è destinata a pregiudicare irrimediabilmente il diritto di difesa, degradandolo al piano della mera "apparenza" (un vuoto simulacro), per manifesta impossibilità dell'ente di 'ritagliare', in modo continuativo, il suo arsenale preventivo a seconda dello Stato in cui opera. Il principio di universalità della nostra giurisdizione, per come configurato nell'art. 6 c.p., se ben assolve allo scopo di creare inammissibili franchigie della tutela, appuntandosi sul reato-presupposto commesso, non può certo prolungarsi fino al punto di assorbire pure l'assetto preventivo di cui una società multinazionale si è dotata.

5.1. *L'assimilabilità funzionale della* compliance *preventiva*

Assodato, quindi, che occorre fare riferimento al sistema preventivo dello Stato di appartenenza dell'ente, va, con forza, evidenziato che il *principio di territorialità*, di cui all'art. 6 c.p., *non può vantare mire espansionistiche tali da sfociare in una universalizzazione del sistema di prevenzione delineato nel d. lgs. 231/2001*[37]. Non si può riconoscere al modello di organizzazione e al presidio dell'organismo di vigilanza, che marcano il sistema, una simile forza espansiva, che imporrebbe agli enti esteri di replicarne addirittura il lessico[38]. Esigenze di *giustizia* - dunque, di *ragionevolezza* - fanno sì che la dilatazione della territorialità debba trovare un *contenimento*, ancora una volta in omaggio al *diritto di difesa*, in una sorta di *principio di assimilazione,* che consenta di apprezzare il *profilo funzionale* della *compliance* a cui si è sottoposto l'ente estero, vale a dire la sua *idoneità preventiva*, al di là della *diversa nomenclatura* giuridica. Per questa via, si evita di sottoporre le società estere, che operano in Italia, ad un trattamento capace di fomentare 'fughe' dal mercato italiano e inoltre manifestamente deteriore rispetto a quello

[37] Così Alessandri, *Attività di impresa*, cit., p. 559.
[38] Alessandri, *ibidem.*

riservato agli enti, con sede principale in Italia, che operano all'estero: questi, proprio grazie al riferimento alla "sede", potranno avvalersi dello strumentario difensivo predisposto negli artt. 6 e 7 d. lgs. 231/2001; per contro, quelli esteri, attratti dalla nostra giurisdizione, rischierebbero di vedersi negata la 'difesa' in ragione della portata pure universalistica della specifica *compliance* delineata nel decreto, non altrimenti surrogabile.

L'operatività dell'indicato principio di assimilazione è sottoposta alla convergente ricorrenza dei seguenti *requisiti,* di natura *statica* e *dinamica*.

(b) Sul piano della *statica*, occorrerà verificare l'esistenza di una *compliance*, che, *a prescindere dalla sua qualificazione nominalistica*, tramandi *finalità di prevenzione dei rischi-reato*, cristallizzate, non solo nella mera esposizione dei valori perseguiti (alla stregua di un codice etico), ma altresì in strumenti operativi aziendali (codici di comportamento, linee-guida, protocolli, procedure, ecc.) *idonei* a conseguire lo scopo preventivo.

(b) Sul versante *dinamico*, occorrerà saggiare l'*effettività* del sistema preventivo apprestato: la *compliance*, cioè, non deve risolversi nella istituzione di apparato meramente burocratico-cartolare, ma rilasciare una inequivocabile *funzionalità operativa*.

Ricorrendo tali condizioni, non dovrebbero sussistere ostacoli al riconoscimento della sostanziale assimilabilità di un simile sistema prevenzionistico a quello delineato nel d. lgs. 231/2001.

Li accumunano il *telos* (la *riduzione ragionevole del rischio-reato*) e il '*mezzo*' (l'*arsenale preventivo* efficacemente ed effettivamente apprestato).

Occorre, tuttavia, farsi carico di una possibile *obiezione* all'auspicata assimilazione. Si potrebbe sostenere che essa trovi un insormontabile ostacolo nella previsione, nel decreto 231, dell'*organismo di vigilanza,* che, lo si sa, costituisce un autentico *novum* nell'ambito del diritto societario e non appare, dunque, rintracciabile in ordinamenti esteri. L'originalità dell'istituto potrebbe, perciò, predicarne l'infungibilità, così da vanificare la sostenibilità del delineato paradigma dell'assimilabilità. Un'analisi più attenta rivela, tuttavia, l'infondatezza di una simile obiezione: per dimostrarla, è sufficiente scandagliare brevemente la struttura e la funzione dell'organismo[39].

Come si è detto, il d. lgs. 231/2001 prevede, nell'art. 6, che il modello di organizzazione contempli, rispetto ai *reati riconducibili alle figure apicali* delle organizzazioni complesse, l'istituzione di un *organismo interno di vigilanza* (OdV), *con il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello e di curarne, al tempo stesso, l'aggiornamento*.

[39] Per una meticolosa analisi della struttura e della funzione dell'organismo di vigilanza, v. il recente volume di A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato,* Jovene, Napoli, 2019.

Se si prova a raffigurare la *funzione* dell'OdV, si può immaginare una "*stella con tante punte*", che si muovono, continuativamente, a doppio senso: per un verso, si proiettano verso i soggetti che presidiano il processo a rischio-reato, per ottenere i *flussi informativi* previsti dal modello; per altro e collegato verso, possono insinuarsi nel processo, come *controllori di secondo grado*, esercitando *poteri ispettivi e di vigilanza*. *Destinatario* dell'attività dell'OdV è, essenzialmente, il *vertice della società*, al quale compete la decisione finale sulle segnalazioni che gli vengono trasmesse. Va, infatti, sottolineato subito un aspetto fondamentale dell'organismo di vigilanza, desumibile dal dettato normativo: *esso vanta esclusivamente poteri di sorveglianza e di controllo, sì che gli è preclusa qualsiasi attività di gestione, sia essa attiva che impeditiva*. Tale divieto è funzionale alla salvaguardia e all'implementazione della *imparzialità* dell'organo, argine indispensabile per evitare insanabili conflitti di interesse.

I componenti dell'organismo devono poi caratterizzarsi per *indipendenza*, *autonomia* e *professionalità*.

L'*indipendenza* è da riferire alle persone che lo compongono, che *non devono trovarsi in conflitto di interessi con la società, né appartenere ai vertici della stessa o comunque costituire espressione del gruppo di comando nella società*.

L'*autonomia* è espressione di effettivi ed incisivi *poteri di ispezione e di vigilanza*, anche *proattivi*, potendo l'organo attivarsi, *motu proprio*.

La *professionalità* è un requisito di natura soggettiva, che riguarda i componenti dell'organismo. Questi debbono possedere *competenze specifiche* in tema di attività di controllo, da intendersi però in senso lato: *auditing*, controllo di legalità (e, perciò, conoscenze di diritto societario, fiscale e, non ultime, penali, specie sul terreno della cultura e della costruzione delle cautele doverose), tecnico-contabile, direzionale e strategico. Ovviamente, la professionalità può essere garantita ed implementata anche attraverso il ricorso a *risorse esterne*. Come si vede, è necessario un *sapere multidisciplinare*, che può essere garantito solo dalla coesistenza di diversificate competenze.

Ne discende che, specie nelle aziende di maggiori dimensioni, l'OdV non potrà che avere una *composizione collegiale,* l'unica in grado di assicurare la descritta pluralità di competenze. I requisiti di professionalità dei componenti dell'OdV dovranno trovare riscontro in un *adeguato compenso*, anche a garanzia della loro effettiva autonomia.

Un ulteriore aspetto fondativo è rappresentato dalla cd. *continuità di azione*: l'OdV deve assicurare un funzionamento *costante nel tempo* ed in continua interazione con gli organismi amministrativi e di controllo della società. Ovviamente, per funzionare, l'OdV dovrà essere destinatario di

adeguate risorse finanziarie da parte della società.

I profili di indiscutibile originalità dell'istituto rendono, nondimeno, *tutt'altro che irresistibile* l'obiezione relativa alla sua non rintracciabilità in ordinamenti esteri, sì da vanificare un possibile giudizio di assimilabilità con la *compliance* preventiva nostrana.

Una prima replica è, per vero, dettata dal buon senso: appare quantomeno eccentrico che una società multinazionale, munita da una ramificata configurazione organizzativa, crei una specifica "cellula", denominata organismo di vigilanza, esclusivamente *ratione loci*, cioè per le sole attività svolte in Italia, magari pure occasionalmente, o, addirittura, perché sottoposta alla nostra giurisdizione per aver 'acceduto', ai sensi dell'art. 110 c.p., ad un reato altrui, di cui solo un frammento ha interessato il nostro territorio. Si tratterebbe di una 'singolare creatura' (un 'microcefalo') destinata a sovvertire i principi più elementari che plasmano la disciplina della "progettazione della organizzazione aziendale"[40].

Ma soccorrono pure argomenti più propriamente giuridici.

È da osservare che, già nel decreto 231, è riconosciuta la *fungibilità* dell'organismo: l'art. 6, comma 4-*bis*, prevede che le funzioni dell'organismo possono essere svolte, nelle società di capitali, dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo della gestione, sì da rendere tutt'altro che 'esclusiva' la scelta di incardinare un organismo *ad hoc*. A maggior ragione, deve essere riconosciuta una *analoga fungibilità* alle società estere, proprio tenendo presente che si è al cospetto di un istituto esclusivamente nostrano.

Per conseguire detto obbiettivo, si è dell'opinione che occorra muoversi sul piano *funzionale*.

Appurato che l'organismo svolge compiti di controllo e di vigilanza, sarà sufficiente, all'ente estero, avere incardinato ed implementato *funzioni di controllo interno* sull'adeguatezza e sull'effettività della prevenzione. Su questo terreno, le grandi organizzazioni complesse, multinazionali e non, rilasciano un ampio e variegato strumentario. Proviamo a scrutarlo da vicino.

Spicca, su tutti, la funzione di *internal audit,* ormai radicatasi a livello internazionale[41], che ha il compito:

[40] Magistralmente compendiata nel celebrato volume di H. Mintzberg, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Il Mulino, Bologna, 1996.

[41] Si pensi, per tutti, agli "*Standard internazionali per la pratica professionale dell'internal auditing*", forgiati dal *The Institute of Internal Auditors and Guidance*", negli Stati Uniti, sottoposti a periodiche revisioni. Questo Istituto organizza l'insieme delle disposizioni normative (*authoritative guidance*), suddivise in due categorie: *guidance* vincolanti e

(a) di valutare i processi di *governance*;

(b) di contribuire al miglioramento di tali processi;

(c) di controllare i processi esposti a rischi, compresi quelli normativi, segnalando possibili azioni di miglioramento.

Dette funzioni di controllo devono essere condotte tramite un approccio sistematico e *risk-based.* Si è dinanzi, perciò, ad una funzione di *staff* (opera, cioè, al di fuori dell'autorità di *line,* perciò *indipendente*), che riporta all'organo di governo di una società (ad esempio, il consiglio di amministrazione) e che svolge l'attività seguendo specifiche *scansioni procedimentali*. Provando a tracciare una sinossi, la funzione *audit* si snoda, di regola, secondo le seguenti fasi:

(a) programmazione annuale del piano dei controlli sulle aree aziendali;

(b) esecuzione dei controlli;

(c) esito dei controlli, che possono sfociare in rilievi (associati a carenze gravi, rilevanti, moderate o marginali), raccomandazioni e azioni correttive;

(d) assegnazione di un termine entro il quale porre in essere le azioni correttive;

(e) *follow up*, diretto a verificare l'effettiva esecuzione delle azioni correttive.

I controlli vengono svolti tenendo conto dei rischi (compresi i rischi-reato) che insistono in ciascuna area e della *normativa* che ne conforma l'attività, anche di origine *endoaziendale* (codici etici, codici di comportamento, *compliance programs*, modelli di organizzazione, procedure operative, ecc.). I controlli, oltre a verificare il rispetto della normativa e delle procedure aziendali, possono altresì sfociare nella segnalazione di *insufficienze* degli stessi contenuti della *policy* aziendale: spetterà, poi, alla società colmare le lacune censurate.

Si è al cospetto di una funzione che può essere, senza particolari difficoltà, *assimilata* all'organismo di vigilanza *ex* d. lgs. 231/2001, del quale riproduce, in buona sostanza, i compiti. Ma non è tutto.

Le società di capitale, italiane ed estere, quotate in borsa, sono altresì provviste di ulteriori importanti funzioni: l'*Enterprise Risk Assessment* (ERA) e l'*Enterprise Risk Management* (ERM).

Proposte nel 2004 dal *Co.S.O. (Committee of Sponsoring Organizations) of the Tradeway Commission,* hanno lo scopo di valutare e migliorare la gestione dei rischi aziendali, compresi quelli normativi (tra i quali il rischio penale). Si inseriscono nell'ambito del *Sistema del Controllo Interno* (SCI), che contribuisce a mantenere l'organizzazione aziendale orientata alla

guidance raccomandate.

salvaguardia dei seguenti obbiettivi: conformità delle operazioni alle leggi, ai regolamenti e alla normativa endoaziendale; affidabilità ed integrità delle informazioni (trasparenza e tracciabilità delle stesse); salvaguardia del patrimonio aziendale; efficacia ed efficienza delle operazioni.

Viene, poi, in considerazione la ormai diffusa figura del *Compliance Officer,* che supervisiona e gestisce le tematiche di *compliance* (compresa la prevenzione dei rischi-reato) all'interno dell'organizzazione, assicurando che la struttura sia conforme ai requisiti dettati dalla regolamentazione e che le risorse umane agiscano nel rispetto delle procedure interne. Pur trattandosi di una funzione indipendente dai vertici della società (visto che i controlli si rivolgono pure all'organo di governo della stessa), è, tuttavia, da precisare che si è al cospetto di un "vertice", esso stesso, della società, che esercita funzioni direttive. Di conseguenza, è il requisito dell'indipendenza che non coincide con il nostrano organismo di vigilanza[42].

Spicca, infine, la figura dell'*oficial de cumplimento*, prevista nel sistema spagnolo, che replica il DNA dell'organismo di vigilanza, trattandosi di un soggetto autonomo e indipendente rispetto ai vertici della società, sprovvisto di poteri di gestione[43].

Come si può apprezzare, la ricognizione delle esperienze internazionali sul terreno del "*controllo interno*" tramanda l'esistenza di una pluralità di funzioni, spesso operanti in sinergia, che paiono, per *analogia*, accostabili ai compiti di vigilanza e controllo che il decreto 231 assegna al 'neofita' organismo di vigilanza.

[42] Sulla figura del *Compliance Officer* nei sistemi anglosassoni, v. Valenzano, *L'illecito dell'ente*, cit. 473.

[43] Su tale figura, v., ancora, Valenzano, *L'illecito dell'ente*, cit., p. 483.

6. *Una 'variabile' fuori controllo: il rischio 'giudiziario'*

In apertura del lavoro, era stata declinata la morfologia del rischio normativo multinazionale, dipanata su tre livelli: il rischio da giurisdizione, quello 'disciplinare' e, infine, il rischio da *compliance*. Si è provato, poi, a ritagliare un percorso che, in qualche modo, contribuisse a 'governare' simili rischi da parte degli enti multinazionali, soprattutto con riguardo all'impianto normativo del nostro Paese.

Tuttavia, quanto proposto rischia di finire sotto scacco al cospetto di una variabile difficilmente addomesticabile, costituita dal potere valutativo degli organi giudiziari sulla idoneità ed adeguatezza della *compliance* preventiva. È un rischio, questo, che, come è noto, contraddistingue il sistema 231 e che, non di rado, sospinge gli enti a privilegiare l'adozione del modello in un'ottica riparatoria. In assenza di predeterminati parametri di valutazione, è il giudice che si issa a regolatore del sistema, senza che ne possano prevedere le mosse.

È nostra convinzione che i rischi-reato, riferibili alla *societas,* non possano essere riversati nell'alveo di quelli 'comuni', da affidare al dominio della colpa generica. Essi abbracciano *beni giuridici di ragguardevole spessore, non di rado muniti di caratura transnazionale.* Sarebbe, quindi, auspicabile, sia sul piano interno che su quello internazionale, una progressiva implementazione dei processi di autonormazione, orientati a rilasciare *standards* cautelari di generale applicazione. Più che attardarsi nella redazione di 'generici' codici di comportamento, ci si dovrebbe decisamente orientare in direzione della *positivizzazione di protocolli cautelari* destinati ad assurgere alla dignità di *best practices,* da sviluppare secondo gli schemi di un'*azione procedimentalizzata* (diretta ad individuare, prima, e a formalizzare, poi, le cautele), che coinvolga gli attori del processo e, dunque, al cospetto di rischi transnazionali, organismi e agenzie internazionali[44].

Una simile operazione di individuazione e di formalizzazione delle cautele non potrà ignorare il *background* informativo, vale a dire la necessità che i protocolli cautelari realizzino un'osmosi sia con le migliori evidenze scientifiche disponibili, sia con gli indici qualitativi mutuati dai formanti giurisprudenziali.

In modo non troppo dissimile da quanto avviene nell'ambito della colpa professionale del medico, governata da linee-guida e protocolli

[44] Il percorso, delineato nel testo, orientato alla 'positivizzazione' (autonormata) delle cautele, era già stato illustrato in un nostro precedente saggio, peraltro in un'ottica 'interna' al sistema 231: v. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo"* ex *d. lgs. 231/2001)*, in «CP», 2, 2013, parte II, pp. 228 ss.

terapeutici[45], si dovrebbe puntare al confezionamento di *modelli e protocolli 'pilota'*, destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di 'dettaglio'. Sarebbe, infine, opportuno che protocolli, così costruiti, fossero assistiti da una *presunzione,* iuris tantum, *di idoneità preventiva*, superabile dal giudice solo attraverso l'adempimento dell'obbligo di motivare la *dissenting opinion*.

Le difficoltà di un simile percorso non possono essere sottaciute. Sta di fatto che la globalizzazione dell'economia non può e non deve risolversi in una corsa senza limiti verso il conseguimento di sempre maggiori profitti. Per evitare i sempre più ricorrenti, deprecabili fenomeni di *dumping*, essa dovrebbe inglobare pure la circolazione planetaria dei diritti e degli strumenti di *governance* di alcuni insidiosissimi rischi criminali. Una sfida ardua, che, tuttavia, non può essere elusa: ne va di mezzo la tanto declamata "responsabilità sociale di impresa". Vale la pena di richiamare un'icastica avvertenza, secondo la quale «il diritto globale corre tutti i rischi del *jazz*, delle sue improvvisazioni, della imprevedibilità dei soggetti che si uniscono all'impresa, della mancanza degli accordi affidati a un direttore. Come il *jazz*, può raggiungere punte sublimi e inaspettate, o incorrere in clamorosi fiaschi»[46].

[45] Come è noto, le linee-guida, nell'ambito della colpa professionale del medico, hanno ricevuto un esplicito riconoscimento, dapprima, con il cd. decreto Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modifiche, dalla l. 8 novembre 2012, n. 189) e, successivamente, con la cd. legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24). Per un'approfondita analisi del ruolo delle linee-guida medico-sanitarie sulle dinamiche imputative del reato colposo, anche alla luce delle citate riforme, v. M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017.

[46] Ferrarese, *Prima lezione*, cit., pp. 167-168.

Daniele Piva*

Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema

Sommario: 1. La fisiologia dell'intervento normativo – 2. I rapporti tra le responsabilità della persona fisica e quelle della persona giuridica – 3. Aporie, ambiguità e occasioni mancate – 4. Possibili riflessi sul tabù dell'indelegabilità degli obblighi tributari.

1. *La fisiologia dell'intervento normativo*

All'indomani dell'entrata in vigore della L. 157/2019[1] la prima sensazione è, quanto all'introduzione dei delitti tributari nel d.lgs. 231/2001, quella del *meglio tardi che mai,* ove solo il pensiero corra alle tante occasioni mancate in corrispondenza dei numerosi provvedimenti che nel tempo hanno inciso

* Ricercatore di Diritto penale, Università degli Studi di Roma Tre.

[1] Il DL del 26 ottobre 2019 n. 124 (su cui cfr. già A. Perini, *Brevi note sui profili penali tributari del d.l. n. 124/2019 (decreto fiscale)*, in «SP», 3 dicembre 2019; G. Flora, *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "direttiva PIF" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, in «Discrimen», 12 novembre 2019, pp. 1 ss.; A. Ingrassia, *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in «DPP», 3/2020, pp. 307 ss.; A.M. Dell'Osso, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario: spunti (critici) sul c.d. decreto fiscale*, *ivi*, pp. 318 ss.; S. Finocchiaro, *Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. n. 124/2019)*, in «SP», 18 novembre 2019 o Id., *In vigore la "riforma fiscale": osservazioni a prima lettura della legge 157/2019 in materia di reati tributari, confisca allargata e responsabilità degli enti*, i*vi*, 7 gennaio 2020) era infatti destinato *ab initio*, per sua stessa previsione (art. 39, comma 3), a produrre effetti solo dalla data della sua eventuale conversione in legge. Con potenziali dubbi di legittimità costituzionali relativamente alla mancata sussistenza dei presupposti di cui all'art. 77 Cost. (in tal senso, ad esempio, Finocchiaro, *loc. ult. cit*. e Ingrassia, *Incostituzionalità delle nuove fattispecie incriminatrici penal-tributarie?*, in «SP», 10 luglio 2020, pp. 37-39, ma anche la stessa Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. 3 del 9 gennaio 2020, pp. 2-3) che, tuttavia, potrebbero semmai trovare spiegazione nella necessità di «provvedere con urgenza, anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito» (C. cost., sent. nn. 16 e 170 del 2017).

sul d.lgs. 74/2000[2], e, soprattutto, ai moniti lanciati "a squarciagola" dalla giurisprudenza indotta dalla tentazione di supplire all'inerzia del legislatore sino a sperimentare, ai sensi degli artt. 53 e 19 d.lgs. 231/2001, forme anomale di sequestro e confisca di denaro senza nesso di pertinenzialità[3] o a sovrapporre il profitto del delitto tributario, talvolta persino esteso ai relativi costi (le sanzioni) e non solo ai potenziali guadagni (interessi)[4], con quello di altri reati-presupposto contestabili all'ente (da quello associativo a quello di (auto)riciclaggio)[5], per poi correggere gradualmente il tiro[6].

Ciò che oggi ci consente di affermare che, ove si fosse provveduto prima, non solo si sarebbe dotato il sistema di un efficace strumento di contrasto del fenomeno dell'evasione societaria assicurandosi un'adeguata funzione di prevenzione generale ma si sarebbe anche potuto garantire il contribuente da quella tendenza sostanzialistica, sottesa ai predetti indirizzi, con cui di fatto si è finito per incrinare i principi di riferimento e i canoni di distribuzione della responsabilità tra persona fisica e giuridica[7].

D'altro canto, come non prendere atto della naturale compatibilità, *ex se*, del delitto tributario con la struttura e la *ratio* stessa dell'imputazione collettiva: dal tendenziale inquadramento come apicale (art. 5, comma 1, lett. *a)* d.lgs. 231/2001) di chi risulti legittimato a rappresentare l'ente nei rapporti col fisco, all'interesse o vantaggio (art. 5) ravvisabile nella soggettiva proiezione della condotta criminosa verso illeciti risparmi o rimborsi d'imposta, sino al dolo di evasione che ben si coniuga con un'illecita politica d'impresa o, all'opposto, con l'elusione fraudolenta del modello quale oggetto di prova liberatoria dell'ente (art. 6, comma 1, lett. *c)*, d.lgs.

[2] Cfr., ad esempio, L. 311/2004; DL 233/2006 convertito in L. 248/2006; DL 78/2010 convertito in L. 122/2010; DL 138/2011 convertito in L. 148/201; D.lgs. 158/2015; DL 50/2017 convertito in L. 96/2017.

[3] Cfr. Cass. SU. 30 gennaio 2014, n. 10561 su cui v., per tutti, F. Mucciarelli, C.E. Paliero, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 20 aprile 2015.

[4] Cfr. già Cass. SU. 31 gennaio 2013, n. 18374, in *www.dejure.giuffre.it.*

[5] Sulle tecniche di contestazione cd. "indiretta" o persino "parallela" di reati non previsti nel d.lgs. 231/2001 sia consentito, per tutti, il rinvio a D. Piva, «*Il doppio livello di legalità della responsabilità dell'ente: contestazioni indirette e parallele* tra veri *problemi e* false soluzioni, in «RASE», 1/2019, pp. 189 ss.; in precedenza, specialmente A. Gullo, *Autoriciclaggio e reati tributari,* in «DPC», 13 marzo 2018, pp. 1 ss.

[6] Cfr. ad esempio, con riguardo alla confisca di somme depositate su conto corrente, Cass. Sez. III, 12 luglio 2018, n. 41104, in *www.dejure.giuffre.it;* Sez. III, 30 ottobre 2017, n. 8995, *ivi*.

[7] In questi termini, già all'indomani del d.lgs. 158/2015, Severino, *La riforma dei reati tributari: un'occasione perduta?*, in «AP», 3/2016, p. 12.

231/2001)[8].

Più in generale, la commissione di simili reati attiene a rischi generici, intrinsecamente connaturati allo svolgimento di qualsiasi attività sottoposta ad adempimenti tributari di dichiarazione o di versamento e, dunque, alle modalità di gestione delle relative risorse finanziarie di cui all'art. 6, cpv., lett. *c)*, d.lgs. 231/2001. Rischi, oltretutto, riferiti a un'attività proceduralizzata *ex lege* in quanto sottoposta a termini, criteri di calcolo, modulistica e tecniche di inoltro standardizzate e rispetto ai quali, pertanto, la prevenzione dipende strutturalmente dalla adeguata articolazione delle competenze in rapporto all'esigenza di tracciabilità e collegialità dei processi decisionali nonché dalla predisposizione ed efficace attuazione di presidi di controllo: il cuore, insomma, di quella colpa di organizzazione su cui si fonda il rimprovero dell'ente.

Anche sul versante dei modelli organizzativi, peraltro, la normativa di settore sembra aver anticipato quella 231, potendosi mutuare dal regime dell'adempimento collaborativo di cui agli artt. 3-7 del d.lgs. 128/2015 incentrato sull'adozione del cd. *Tax Control Framework* che già postula un efficace sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, una chiara attribuzione di ruoli e responsabilità ai diversi settori dell'organizzazione, l'implementazione di procedure *ad hoc* e, comunque, una relazione con cadenza almeno annuale agli organi di gestione per l'esame e le valutazioni conseguenti (art. 4, comma 1, lett. *a)*, *b)*, e *c)*, e comma 2, d.lgs. 128/2015)[9].

Tanto che, oggi, si tratterebbe in fondo di aggiornare i modelli organizzativi dell'ente - ove pure già ricomprensivi della mappatura dei rischi tributari ai fini della prevenzione dei reati indirettamente coinvolti (false comunicazioni sociali, truffa a danno pubblico, indebita percezione di erogazioni pubbliche, delitti associativi o di (auto)riciclaggio e reimpiego) - garantendo l'attuazione delle misure antielusive mediante integrazione o specificazione dei presidi generali desumibili dagli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001 (dal sistema disciplinare, alle funzioni dell'organismo di vigilanza e alla gestione dei relativi flussi informativi sino alla disciplina in tema di segnalazioni)[10] che non trovano diretto riscontro nel regime di adempimento

[8] Così anche F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema,* in «SP», 7/2020, pp. 170-172.

[9] In tema v. già, fra i tanti, G.L. Gatta, *I profili di responsabilità penale nell'esercizio della* Corporate Tax Governance, in Corporate Tax Governance. *Il rischio fiscale nei modelli di gestione dell'impresa,* a cura di Marino, Milano, 2018, pp. 113 ss.; G. Melis, Tax Compliance *e sanzioni tributarie*, in «RT», 2017, pp. 751 ss.

[10] Potrebbe, ad esempio, prevedersi un più stretto coordinamento tra organismo di vigi-

collaborativo, in quanto sinora di limitata, ancorché crescente[11], applicazione (per volume d'affari o su base volontaristica) e comunque previsto ad altri fini[12]. Un altro esempio di quel modello di *compliance a struttura variabile*[13], composto da un contenuto minimo necessario corrispondente alle componenti comuni a tutte le aree di rischio, e previsioni specifiche volte a declinare nelle singole aree d'impatto (qualificazione dei fornitori, gestione del ciclo passivo, della contabilizzazione delle fatture o dei pagamenti, delle consulenze o sponsorizzazioni, dei rimborsi spese, etc.) la prevenzione del reato, che ormai costituisce un *leitmotiv* della normativa in evoluzione[14], contribuendo alla individuazione *ex ante* di *standard* preventivi in grado di tutelare l'ente da meri giudizi col "senno di poi"[15] peraltro supportati, nel caso di specie, dalla nota incertezza dei confini delle incriminazioni tributarie (con riguardo, ad esempio, al requisito della inesistenza della operazione documentata da fatture)[16].

Non può dunque negarsi che la mancata inclusione dei reati tributari

lanza, collegio sindacale, società di revisione e responsabili aziendali di amministrazione e finanza, l'implementazione di specifici flussi informativi inerenti accertamenti fiscali, procedure di interpello all'amministrazione, operazioni di *transfert pricing*, applicazione di regimi di favore o anche l'eventuale estensione delle segnalazioni al consulente fiscale esterno di cui la società si avvalga.

[11] Sul punto v. M. Ferrari, *Nuova 231 e reati tributari: quale approccio per l'impresa?,* in «SP», 7/2020, p. 155.

[12] Per ulteriori esemplificazioni F. Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in «SP», 4 giugno 2020, pp. 5-10; M. Bellacosa, *L'inserimento dei reati tributari nel "sistema 231": dal rischio di* bis in idem *alla implementazione del modello organizzativo*, in «SP», 7/2020, pp. 143 ss.; C. Gaeta, *Etica e responsabilità d'impresa in materia fiscale*, ivi, p. 157 ss.; N. de Renzis Sonnino, *Prime brevi riflessioni sull'adeguamento dei modelli organizzativi conseguente all'inserimento dei reati tributari nel novero delle fattispecie di responsabilità* ex *d.lgs. n. 231/2001, ivi*, pp. 161 ss.

[13] P. Ielo, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, in «RASE», 1/2020, p. 14.

[14] *De iure condito*, può citarsi l'art. 30 d.lgs. 81/2008 e, *de iure condendo*, l'art. 6-*bis* d.lgs. 231/2001 relativo al modello finalizzato alla prevenzione dei delitti contro la salute pubblica di prossima introduzione nell'art. 25-*bis*3 d.lgs. 231/2001, come introdotto dall'art. 5 dell'AC 2427 (recante "*Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*) già presentato alla Camera il 6 marzo e assegnato in sede referente alla Commissione Giustizia il 23 aprile 2020.

[15] Valorizza positivamente tale aspetto, con riguardo all'idoneità della riforma in esame ad avviare una seria riflessione sui (non pochi) profili critici che la prassi applicativa del d.lgs. n. 231/2001 ha sin qui sollevato, Severino, *L'inserimento dei reati tributari nel d.lgs. 231/2001 tra osservazioni de iure condito e prospettive de iure condendo*, in «SP», 7/2020, pp. 129 ss.

[16] Su cui v., da ultimo, Ingrassia, Drawing hands. *La (ir)rilevanza penale delle condotte elusive e i 'nuovi' confini dei delitti di dichiarazione infedele, indebita compensazione e sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in «RDT», 2020, III, pp. 1 ss.

nell'ambito della responsabilità dell'ente ha costituito un vizio d'origine del decreto legislativo 231/2001 e, comunque, uno degli indicatori più emblematici della complessiva irragionevolezza della selezione dei reati-presupposto da parte di un legislatore schizofrenico che si è nel tempo premurato di inserire i delitti, a valenza solo settoriale (in materia di mutilazione degli organi genitali femminili, razzismo e xenofobia, frodi sportive o esercizio abusivo di giochi o scommesse) o persino antitetica a quella dell'impresa lecita (criminalità organizzata) ma non quelli fisiologicamente connessi al funzionamento, *ex se,* di qualsiasi attività finalizzata alla produzione o gestione, con o senza scopo di lucro, di beni o servizi o la cui imputazione, essendo connessa a decisioni strategiche assunte a livello di vertice collettivo, appare strutturalmente più adatta all'ente che a soggetti individuali (come l'usura bancaria).

2. *I rapporti tra le responsabilità della persona fisica e quelle della persona giuridica*

Se, tuttavia, la l. 157/2019 ben si inserisce *nel* sistema, è quanto ai rapporti tra responsabilità della persona fisica e dell'ente che è stata da subito denunciata una mancata logica *di* sistema nei termini di un'irrazionale contrapposizione tra un diritto premiale/riscossivo e uno punitivo-personale, con particolare riguardo alla disciplina del pagamento del debito tributario e, più in generale, all'ennesima potenziale collisione col principio del *ne bis in idem* declinato secondo gli Engel *criteria*[17].

[17] Cfr. R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza,* in «SP», 3/2020, pp. 219 ss. il quale, al riguardo, paventa possibili questioni di legittimità costituzionale per mancata applicazione nei confronti dell'ente dell'art. 13 d.lgs. 74/2000 o persino dell'art. 187-*terdecies* d.lgs. 58/1998 come modificato dall'art. 4, comma 17, d.lgs. 107/2018 che disciplina analogo cumulo sanzionatorio in materia di *market abuse* (in tema F. Mucciarelli, *Tutela dei mercati finanziari e cumulo sanzionatorio*, *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini, L. Foffani, Torino, 2018, pp. 275 ss.); nonché ancora Id., *Ancora sulle incongruenze della recente riforma in tema di reati tributari e responsabilità dell'ente*, in «SP», 7/2020, pp. 146 ss. e pp. 150 ss.; Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, cit., 15-19, la quale, preso atto dell'applicazione ormai generalizzata dell'art. 8 d.lgs. 231/2001 alle cause di non punibilità ancorché diverse da quelle di estinzione del reato cui la disposizione letteralmente si riferisce (come da ultimo ribadito, in tema di particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p., da Cass. Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518 e Sez. III, 10 luglio 2019, n. 1420, entrambe in *www.dejure.giuffre.it*), prospetta invece sul piano ermeneutico un'estensione degli effetti del pagamento del debito tributario in quanto

Insomma, non si è fatto in tempo a salutare con favore la novella, quanto all'*an* della nuova responsabilità dell'ente, che immediatamente sono piovute le critiche sul *quomodo*, all'insegna di quel *poenae non sunt multiplicanda sine necessitate* intorno al quale da sempre ruotano le riserve in materia[18].

A noi pare, tuttavia, che, per quanto contraddistinta da luci e ombre, proprio l'essere una riforma *nel* sistema consenta di escludere o quantomeno attenuare i vizi della mancanza di una riforma *di* sistema.

Preliminarmente, quanto all'invocazione del *ne bis in idem*, pur ammettendo in teoria la natura sostanzialmente punitiva della sanzione tributaria (in quanto maggiorazione o sovrattassa)[19] come quella del *genus*

assimilato a circostanza oggettiva ai sensi dell'art. 119 c.p. nell'ambito di illecito plurisoggettivo dell'ente (mutuando dalla nota ricostruzione di C.E. Paliero, *La Società punita: del* come, *del* perché *e del* per cosa, in «RIDPP», 2008, pp. 1535 ss.): soluzione che - va comunque rilevato per inciso - non appare tuttavia univocamente sostenuta da una giurisprudenza sinora orientata più ai singoli effetti applicativi che all'argomentazione teorica (in tema si rinvia, anche per riferimenti puntuali, a Piva, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in «AP», 1/2016, pp. 1 ss.; di recente, E. Greco, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in «RIDPP», 2019, pp. 2091 ss., che pure conclude nel senso dell'impossibilità di ricondurre la struttura della responsabilità della persona giuridica ad una delle forme di plurisoggettività valide per gli individui, trattandosi di «*un modello ibrido e anomalo di coautoria);* L. Salvini, *I reati tributari nel decreto 231/2001: una sfida per le imprese di ogni dimensione,* in «SP», 7/2020, p. 134; M. Bellacosa, *L'inserimento dei reati tributari nel "sistema 231": dal rischio di bis in idem alla implementazione del modello organizzativo*, cit., pp. 138 ss.

[18] Cfr., tra i tanti, E.M. Ambrosetti, *I reati tributari*, in *Diritto penale dell'impresa*, a cura di E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, Padova, 2016, pp. 460 ss.; P. Corso, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un* vulnus *al divieto di secondo giudizio?*, in «AP», 3/2016; S. Cavallini, L. Troyer, *Brevi riflessioni sulla relazione tra il d.lgs. 231/2001 e i reati tributari:* poenae non sunt multiplicanda sine necessitate, in «RASE», 3/2016, pp. 61 ss.; C. Santoriello, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero sull'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, *ivi*, 1/2017, pp. 82 ss.; Id., *Il* ne bis in idem *nel processo verso le società. Un problema da porsi*, i*vi*, 4/2019, 9 ss.; M. Tortorelli, *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in «AP», 2/2018; F.M. Magnelli, *Sulla (in)compatibilità del sistema repressivo degli illeciti fiscali con lo statuto transnazionale del* ne bis in idem: *tra proporzionalità e 231*, in «GiuP», 2, 2019.

[19] In tal senso, sia pur non con specifico riguardo alla legislazione italiana, CoEDU, Nykänen c. Finlandia, 20 maggio 2014, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org,* 5 giugno 2014, con nota di M. Dova, Ne bis in idem *in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudizi nazionali e sovranazionali*; CoEDU, Lucki Dev. c. Svezia, 27 novembre 2014, *ivi*, 11 dicembre 2014, con nota di M. Dova, Ne bis in idem *e reati tributari: una questione ormai ineludibile*; CoEDU, Kiiveri c. Finlandia, 10 febbraio 2015, *ivi,* 27 maggio 2015, con nota di M. Dova, Ne bis in idem *e reati tributari: nuova*

231[20], ci sembra che al riparo da censure non debba rimanere soltanto, come già chiarito a livello comunitario[21], il cumulo di sanzioni tra soggetti diversi ma anche quello riguardante la sola persona giuridica, potendosi dubitare, in radice, della stessa sussistenza del requisito dell'*idem factum* ove inteso, secondo il noto insegnamento della giurisprudenza costituzionale[22], sì nella prospettiva storico-naturalistica ma pur sempre alla luce degli elementi costitutivi della fattispecie[23]. Mentre, infatti, la responsabilità esclusiva o solidale (a seconda che l'ente abbia o meno personalità giuridica) ai sensi, rispettivamente degli artt. 7 d.lgs. 269/2003 (convertito in L. 326/2003) e 11 d.lgs. 472/2997, si fonda soltanto sulla violazione tributaria commessa dal dipendente o dal rappresentante o dall'amministratore, anche di fatto, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, l'addebito 231 dei medesimi soggetti indicati dall'art. 1 d.lgs. 231/2001 presuppone, come noto, un illecito complesso che neppure si esaurisce nel reato (ove pure se ne volesse ravvisare la corrispondenza in fatto con la predetta violazione

condanna della Finlandia e prima apertura della Cassazione; CoEDU, Sez. I, 18 maggio 2017, Jóhannesson c. Islanda, n. 22007/11, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org,* 22 maggio 2017, con nota di F. Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su* ne bis in idem *e reati tributari* (e su cui cfr., volendo, A.F. Tripodi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, in *Le società*, 2018, 1, pp. 84 ss.); CoEDU, Sez. II, 16 aprile 2019, Bjarni Armannsson c. Islanda, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 7 maggio 2019, con nota di A. Galluccio, *Non solo proporzione della pena: la Corte Edu ancora sul* bis in idem.

Ad analoghe conclusioni era peraltro giunta, già con riguardo alle ammende stabilite per false fatture dal *False Claims Act Civil* federale, la Corte americana nel caso *United States vs. Halper*, 490, U.S. (1989) su cui cfr., volendo, L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, pp. 125 ss.

[20] Mutuando da Cass. SU. 4 aprile 2014, n. 38343, in «CP», 2015, pp. 426 ss. (con nota di K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*) e in «RIDPP», 4/2014, pp. 1925 ss. (con note di G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale* e di M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*).

[21] CoGUE, Sez. IV, 5.4.2017, Orsi, C-217/15, e Baldetti, C-350/15, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, con nota di M. Scoletta, Ne bis in idem *e doppio binario in materia tributaria*.

[22] C. cost., sent. n. 200/2016 in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org,* 24 luglio 2016 con nota di S. Zirulia, Ne bis in idem: *la Consulta dichiara l'illegittimità* dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo eternit bis *prosegue).*

[23] Cenni in tal senso anche in D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema,* cit., p. 178.

tributaria) ma piuttosto lo contiene[24], vuoi come evento di una fattispecie plurisoggettiva, vuoi come mera condizione di punibilità secondo le diverse ricostruzioni nel tempo prospettate[25].

Ma ove anche si voglia da ciò prescindere[26], i rischi di duplicazioni sanzionatorie connessi alla riforma del 2019 non sembrano determinare una sproporzione sanzionatoria simile a quella che, sinora, ha stimolato interventi correttivi del giudice costituzionale[27].

In particolare, il cumulo tra sanzione fiscale e sanzioni 231 per i delitti di frode (artt. 2 e 3 d.lgs. 74/2000), derivante dalla mancata estensione all'ente della causa di non punibilità dell'art. 13 d.lgs. 74/2000 in assenza di una norma *ad hoc* in grado di derogare al principio di autonomia dell'art. 8 d.lgs. 231/2001, non sembra eccessivamente afflittivo in ragione degli effetti che tale circostanza produce sia sul versante amministrativo sia su quello 231[28].

A norma dell'art. 13 cpv. d.lgs. 74/2000, l'integrale pagamento del debito tributario comporta, infatti, il versamento della sanzione soltanto in misura ridotta ai sensi dell'art. 13, d.lgs. 472/1997.

Sul versante 231, rimangono poi applicabili soltanto le sanzioni pecuniarie di cui all'art. 25-*quinquiesdecies*, comma 1, lett. *a), b)* e *c)*, peraltro significativamente ridotte da un terzo alla metà in corrispondenza dell'attenuante dell'art. 12 cpv. lett. *a)*, d.lgs. 231/2001 o, comunque, determinate in un numero di quote che tiene conto del ravvedimento operoso ai sensi di quanto previsto all'art. 11, comma 1, d.lgs. 231/2001.

A seguito della restituzione del profitto del reato al danneggiato non scatterà, invece, alcun provvedimento di sequestro o confisca ai sensi degli artt. 53 e 19 d.lgs. 231/2001 (al pari di quanto avviene per la persona

[24] In altri termini, il "fatto" della persona fisica coincide con quello costitutivo del reato-presupposto commesso *hic et nunc* da soggetto apicale o sottoposto dell'ente (artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001) laddove quello della persona giuridica corrisponde, invece, a quel *deficit* di organizzazione, gestione e controllo (art. 6, d.lgs. 231/2001) oppure di direzione o vigilanza *ex ante* (art. 7, d.lgs. 231/2001), riconducibile all'esercizio di funzioni apicali, che abbia reso possibile la realizzazione del primo.

[25] Per un'analisi delle quali può rinviarsi, ancora, a Piva, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, cit.

[26] In tal senso, sembra protendere per la sussistenza del requisito dell'*idem factum* Bellacosa, *L'inserimento dei reati tributari nel "sistema 231": dal rischio di bis in idem alla implementazione del modello organizzativo*, cit., p. 139.

[27] Cfr. ad esempio, con riguardo alla duplicazione tra confisca del prodotto e del profitto dell'illecito amministrativo di manipolazione di mercato, C. cost. n. 112/2019.

[28] In questi termini, esclude parimenti la manifesta irragionevolezza del sistema D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema,* cit., pp. 173 ss.

fisica secondo l'interpretazione ormai diffusa della formulazione, assai più imprecisa, dell'art. 12-*bis* d.lgs. 74/2000)[29].

Né, tantomeno, potranno mai venire in considerazione le sanzioni interdittive e, per l'effetto, la pubblicazione della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 18, comma 1, d.lgs. 231/2001, dal momento che l'art. 25-*quinquiesdecies*, comma 3, d.lgs. 231/2001, rinviando ai "casi previsti dai commi 1 e 2", presuppone il conseguimento da parte dell'ente di un profitto di rilevante entità[30]: fermo restando il divieto comunque già desumibile dall'art. 17, lett. *b)*, d.lgs. 231/2001 ove concorrano le ulteriori condizioni previste alle lettere *a)* e *c)*.

Il tutto - si badi bene - sempre che l'ente risulti responsabile nel merito: proprio la scoperta del fatto e la tempestiva attivazione del ravvedimento operoso prima di averne avuto "formale conoscenza", specie ove accompagnata dalla preventiva applicazione di adeguate sanzioni disciplinari, potrebbe costituire indice di idoneità ed efficace attuazione del modello organizzativo e, nel contempo, di una sua elusione fraudolenta da parte del rappresentante legale eventualmente incentivato a falsificare le dichiarazioni contando di poter poi addebitare all'ente i costi della condotta riparatoria, peraltro reiterabile nel tempo. Da questo punto di vista, la causa di non punibilità costituisce anzi un fattore potenzialmente criminogeno nei confronti della persona fisica, prescindendo da qualsiasi giudizio di meritevolezza soggettiva e dalla valutazione di istanze rieducative[31].

Ne deriva la possibilità di escludere, altresì, ogni violazione del *ne bis in idem* ove anche astrattamente invocabile a fronte di provvedimenti non giurisdizionali come quelli emessi dall'autorità competente *ex lege* ad accertamento e sanzioni[32].

Premesso che la disciplina dell'art. 13 d.lgs. 74/2000 rientra nell'ambito di una discrezionalità legislativa sinora apparentemente esercitata entro i

[29] Cfr., solo da ultimo, Cass., Sez. III, 15 maggio 2020, n. 15218, in «GiuP», 2020, 5, con nota di L.N. Meazza, *Illeciti penali tributari. Le nuove indicazioni del Giudice di legittimità sulla punibilità e sui presupposti per il patteggiamento*.

[30] P. Ielo, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, in «RASE», 1/2020, p. 18.

[31] Così F. Mucciarelli, *Le dichiarazioni fraudolente: fattispecie da ripensare?,* in «SP», 30 aprile 2020, p. 14; F. Consulich, *Il diritto di Cesare. Lo stato del diritto penale tributario al volgere del decennio*, in corso di pubblicazione in «RIDPP», 1/2020. Per un quadro di sintesi sulla funzione prettamente riparativa di simili misure si rinvia a E. Mezzetti, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in «CP», 9/2016, pp. 3094 ss.

[32] Così, da ultimo, CoEDU, Grande Camera, 8 luglio 2019, Mihalache c. Romania, ric. n. 54012/10, in «SP», 12 dicembre 2019, con nota di A. Careri, *I presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla Grande Camera nuove precisazioni*.

limiti della ragionevolezza quanto a selezione dei reati e limiti temporali[33], nella rimodulazione normativa degli effetti 231 in corrispondenza del pagamento del debito tributario può intravedersi, dunque, almeno un profilo di quella sufficiente *connessione sostanziale* e *temporale* che, come dimostra la sua generalizzata estensione[34], consente ora di superare il *test* di legittimità del cumulo sanzionatorio nei termini assunti dalla giurisprudenza sovranazionale[35], comunitaria[36] e costituzionale[37].

Motivo per cui va pure contestualizzato il rischio del paventato conflitto d'interessi tra persona fisica, orientata al pagamento del debito tributario

[33] Cfr., rispettivamente, Cass. Sez. III, 7 maggio 2020, n. 1390 e Sez. III, 15 maggio 2020, n. 15218, entrambe in «GiuP», 2020, 5, con nota di Meazza, *Illeciti penali tributari. Le nuove indicazioni del Giudice di legittimità sulla punibilità e sui presupposti per il patteggiamento*, cit.

[34] Cfr., ad esempio, con riguardo al rapporto tra sanzione penale e disciplinare, Cass. Sez. II, 15 dicembre 2016, n. 9184, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 21 aprile 2016, con nota di E. Zuffada, *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte Europea in materia di* ne bis in idem in relazione *al "doppio binario" sanzione penale-sanzione disciplinare (penitenziaria)*.

[35] Cfr. CoEDU, 15 novembre 2016, n. 24130/11, A. e B. c. Norvegia, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* con nota di F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*; CoEDU, Sez. I, 18 maggio 2017, Jóhannesson c. Islanda, cit.; CoEDU, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia, in «DPC», con nota di M. Scoletta, *Il* ne bis in idem *"preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano*).

[36] Cfr. CGUE, GS, 20 marzo 2018, Menci, C-524/15; CGUE, GS, 20.3.2018, Garlsson e al. c. Consob, C-537/16; CGUE GS, 20 marzo 2018, Enzo di Puma c. Consob e Antonio Zecca c. Consob, C-596/16 e C-597/16. Per un'analisi congiunta N. Recchia, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di* ne bis in idem, *Eurojus*, 2018; A. Galluccio, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di* bis in idem, in «DPC-RT» , 3/2018, pp. 286 ss.; F. Tripodi, *Il* ne bis in idem *nella prospettiva europea*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra* Gambardella *Corti*, a cura di F. Giunchedi, Pisa, 2018, pp. 455 ss.; Id., *Cumuli punitivi,* ne bis in idem *e proporzionalità*, in «RIDPP», 2017, p. 1061 ss.; C. Silva, *La deriva del* ne bis in idem *verso il canone di proporzionalità*, in «AP», 1/2019; da ultimo, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020, pp. 435 ss. e, più ampiamente, N. Madia, Ne bis in idem *europeo e giustizia penale*, Padova, 2020, pp. 96 ss.

[37] Cfr., da ultimo, C. cost. n. 43/2018 (in «DPC», fasc. 3/2018, p. 234, con nota di A. Galluccio (Ne bis in idem *e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice* a quo *perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A e B c. Norvegia*) e, soprattutto, n. 222/2019 (in «CP», 2020, 588, con nota di E. Aprile, *La Corte Costituzionale chiarisce quali sono i criteri per valutare la compatibilità con il divieto di* bis in idem *di un sistema normativo che prevede il 'doppio binario sanzionatorio', penale e amministrativo, per lo stesso fatto*) e poi n. 114/2020.

o a richiedere la relativa provvista all'ente in nome del quale abbia agito onde conseguire la non punibilità, e persona giuridica, tesa invece a non accondiscendere in quanto altrimenti esposta all'autodenuncia. In realtà, dal punto di vista sostanziale gli effetti di favore tendono a convergere ed è semmai sul versante processuale che l'inerzia dell'ente potrebbe precludere ogni prova liberatoria ai sensi dell'art. 6, d.lgs. 231/2001, ove il comportamento *ex post* assurga a criterio di valutazione dell'idoneità o efficace attuazione *ex ante* del modello organizzativo. Tema che, peraltro, investe tutte le cause di estinzione o di non punibilità connesse a ravvedimenti *post factum* (in materia ambientale, di delitti contro la pubblica amministrazione, esercizio abusivo di giuoco o scommesse, di tutela dei diritti d'autore), almeno sino ad un eventuale ripensamento della barriera ad oggi segnata, a livello general-preventivo, dall'art. 8 d.lgs. 231/2001[38].

Ma anche nel caso in cui l'ente non provveda all'integrale pagamento del debito tributario, l'eventuale cumulo tra le sanzioni amministrative e quelle 231 (pecuniarie, confisca del profitto del reato e, solo ove quest'ultimo sia di rilevante entità, interdittive con eventuale pubblicazione della sentenza di condanna), oltre a non determinare un risultato eccessivamente afflittivo e a dipendere da una duplicazione di procedimenti prevedibile, riguarda sanzioni aventi *scopi complementari* aventi ad oggetto fatti e disvalori *diversi*.

Le prime riguardano la violazione tributaria e, almeno mutuando dalla giurisprudenza sovranazionale[39], mirano ad un effetto deterrente-compensatorio, peraltro accentuato dalla riforma *ex* L. 157/2019, rapportandosi a un multiplo dell'imposta evasa.

Le seconde, invece, costituiscono la risposta dell'ordinamento a un *deficit* organizzativo e hanno finalità prettamente rieducativo-riparatoria essendo dirette, per lo più, a incentivare l'eliminazione delle carenze che hanno consentito o quantomeno agevolato la commissione del reato tributario[40]:

[38] In tema v., da ultimo, E. Scaroina, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in «SP», 3 giugno 2020; F. Consulich, *Il diritto di Cesare. Lo stato del diritto penale tributario al volgere del decennio*, cit. In precedenza, tra i più recenti, specialmente, P. Di Geronimo, *L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità* del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie, in «RASE», 4/2018, p. 60; C. Piergallini, *Premialità* e non *punibilità* nel sistema della *responsabilità* degli enti, in «DPP», 2019, p. 546; A. Fiorella, M. Masucci, *Logica, criticità* e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato, in «RIDPP», 2019, p. 527; V. Mongillo, *La responsabilità* penale tra individuo ed ente collettivo, Milano, 2017, pp. 311 ss. e pp. 393 ss.

[39] CoEDU, 15 novembre 2016, n. 24130/11, A. e B. c. Norvegia, cit.

[40] Si noti, peraltro, che è sulla base della diversità di scopo che sinora è stato ammesso

prova ne sia la riduzione delle sanzioni pecuniarie come la sospensione delle misure cautelari o la conversione delle interdittive in pecuniarie dopo la sentenza di condanna ovvero l'esclusione della confisca ove a ciò si provveda (artt. 12, 17, 49 e 78 d.lgs. 231/2001) o, comunque, si restituisca il profitto al danneggiato (art. 19, d.lgs. 231/2001)[41].

D'altronde, il criterio della finalità della sanzione viene già utilizzato per "dirigere il traffico" tra le sanzioni 231 e le altre, sol che si pensi a quanto già avvenuto con riguardo al cumulo della confisca *ex* art. 19 d.lgs. 231/2001 e della sanzione contabile connessa al danno erariale, attesa la natura punitiva della prima e quella prettamente recuperatoria della seconda[42].

A ciò si aggiunga che un ulteriore abbattimento del trattamento sanzionatorio potrebbe derivare per l'ente dall'opzione per il patteggiamento, atteso che in relazione ai reati-presupposto di frode fiscale il pagamento del debito tributario non costituisce più, sia pur nei soli casi previsti dall'art. 13 cpv. d.lgs. 74/2000[43], condizione di accesso al rito per la persona fisica

il concorso tra sanzioni 231 e sanzioni di altro tipo come, ad esempio, quelle contabili (cfr., in tal senso, Cass. Sez. I, 4 settembre 2018, n. 39874, in *www.dejure.giuffre.it*; Sez. II, 2 agosto 2019, n. 35462, *ivi*).

[41] In questo senso, la responsabilità dell'ente assurge a modello di riparazione anziché di punizione come rileva, per tutti, M. Donini, Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Tomo I e II, Milano, 2018, pp. 579 ss.

[42] Cfr. Cass. Sez. 2 luglio 2019, n. 35462, in *www.dejure.giuffre.it;* Sez. I, 4 settembre 2018, n. 39874, *ivi*.

[43] Diversamente, ove possa valere solo come circostanza attenuante - ad esempio proprio nei confronti di chi intenda patteggiare subito dopo aver appreso della pendenza del procedimento penale a suo carico - deve ritenersi che il pagamento continui tuttora a costituire condizione di accesso al rito per entrambe (persona fisica e giuridica), ai sensi del comma 2 dell'art. 13-*bis* cpv. d.lgs. 74/2000 il quale richiama il comma 1 applicabile, come risulta dal suo inciso iniziale, "fuori dai casi di non punibilità". Al riguardo, vale la pena segnalare che si è registrata qualche iniziale incertezza da parte della giurisprudenza che, nel riprendere pedissequamente, con riguardo ai delitti degli artt. 4 e 5 d.lgs. 74/2000, quanto già rilevato a proposito delle diverse ipotesi di omesso versamento (Cass. Sez. III, 12 aprile 2018, n. 38684), non sembra aver tenuto in debita considerazione la peculiarità delle condizioni dell'art. 13 cpv. d.lgs. 74/2000 (cfr., in particolare, Cass. Sez. III, 23 ottobre 2018, n. 10800, in «GiuP», 2019, 4, con nota di D. Costa, *Reati tributari e patteggiamento senza estinzione del debito fiscale esteso anche ai delitti di dichiarazione infedele, omessa presentazione della dichiarazione e distruzione e occultamento delle scritture contabili* ex *artt. 4, 5 e 10 S.lgs. 74/2000*; Cass. Sez. III, 22 ottobre 2019, n. 48029, in *www.dejure.giuffre.it*), tornando solo di recente a chiarire meglio tale profilo (cfr. Cass. Sez. III, 2 ottobre 2019, n. 47287, in *www.dejure.giuffre.it*) ancorché, dopo l'entrata in vigore della L. 157/2019, neppure la Relazione dell'Ufficio del Massimario

e, quindi, anche per quella giuridica ai sensi e per gli effetti dell'art. 63 d.lgs. 231/2001.

A chiudere il cerchio interviene, infine, il processo di commisurazione giudiziale che, ove orientato al rispetto del vincolo già derivante dall'art. 50 CDFUE[44], può garantire, indipendentemente da previsioni di scomputo *ad hoc* (come quella prevista dall'art. 187-*sexiesdecies* d.lgs. 58/1998), la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio, nei termini tracciati da quel recente orientamento giurisprudenziale in tema di *market abuse*[45] destinato ora, a nostro avviso, a valere anche in materia penal-tributaria: non solo con riguardo alla persona fisica (ai sensi degli artt. 7 d.lgs. 472/1997 e 133 c.p. rispettivamente, quale autore della violazione tributaria e imputato del corrispondente reato) ma anche nei confronti dell'ente rispetto al quale, in virtù delle analoghe previsioni degli artt. 11 e 14 (quanto a entità delle sanzioni pecuniarie nonché tipologia e durata delle interdittive), neppure può escludersi la teorica possibilità di scendere al di sotto del minimo di cento quote della sanzione pecuniaria fissato all'art. 10 d.lgs. 231/2001, tenendosi conto di quella già irrogata sul versante amministrativo (anche all'esito di accertamento con adesione)[46].

Quanto alla connessione *procedimentale*, anche nei confronti dell'ente, la cui posizione processuale è sostanzialmente assimilata a quella della persona fisica ai sensi di quanto disposto dagli artt. 34-44 35, 36 e 38 d.lgs. 231/2001, potranno valere sia gli obblighi

n. 3/2020 contenga ora precise indicazioni sul punto (pp. 21 s.).

[44] La cui diretta applicazione nell'ambito degli ordinamenti nazionali è stata riconosciuta da CGUE, GS, 26.2.2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org,* 15 aprile 2013, con nota di D. Vozza, *I confini applicativi del principio di ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*.

[45] Si allude, in particolare, a Cass. Sez. V, 19 novembre 2019, n. 5679, in «GiuP», 10 febbraio 2019; Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, in «GI», aprile 2020, pp. 932 ss., con nota di A.F. Tripodi, Ne bis in idem *e* insider trading: *dalla Cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*; Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 15 marzo 2019, con nota di F. Mucciarelli, *"Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e* ne bis in idem: *prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*; Sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, in «CP», 2019, pp. 643 ss.

[46] Così come avvenuto, sempre in tema di abusi di mercato, in Trib. Milano, 1° febbraio 2019, in «DPC», 15 marzo 2019, con nota di F. Mucciarelli, *"Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e* ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*.

di comunicazione tra Guardia di Finanza, Autorità giudiziaria e Agenzia delle Entrate[47] miranti ad assicurare una sostanziale contestualità dell'avvio dell'accertamento tributario e di quello penale, sia le forme di circolazione del materiale probatorio raccolto dall'indagine penale all'accertamento tributario e viceversa[48], di cui vi è ormai ampio riscontro in giurisprudenza[49].

Anche sotto questo profilo, la riforma della L. 157/2019 sembra dunque inserirsi in un sistema tutto sommato già munito degli anticorpi necessari a fronteggiare il virus del *ne bis in idem*, in una logica di "colpi e contraccolpi" risultante dalla combinazione tra determinazioni legali e criteri di commisurazione giudiziale.

Del resto, la giurisprudenza domestica è da tempo orientata nel senso di ammettere, in materia tributaria, il cumulo delle sanzioni amministrative e penali sia nei confronti della persona fisica[50] che di quella giuridica[51], escludendo l'applicazione del principio di

[47] Ai sensi, rispettivamente, degli artt. 331 c.p.p., 36 D.P.R. 600/2973 e 14, comma 4, L. 537/1993 (come modificato dall'art. 1, comma 141, L. 208/2015).

[48] Ai sensi, rispettivamente, degli artt. 63, comma 1, DPR 633/1972 e 33, comma 3, DPR 600/1973 e degli artt. 234 o 238-*bis* c.p.p. e 220 delle relative norme di attuazione, di coordinamento e transitorie.

[49] Sulla possibilità che gli elementi probatori acquisiti nel procedimento penale siano posti dal giudice tributario a base del proprio convincimento cfr. tra le tante, Cass. civ., Sez. V, 14 novembre 2012, n. 19859, in *www.dejure.giuffre.it*; Sez. V, 20 marzo 2013, n. 6918, *ivi*; nonché Cass. Sez. III, 3 dicembre 2010, n. 24587 e 22 maggio 2015, n. 10578, *ivi*, entrambe relative alla possibilità che la sentenza penale irrevocabile, pur non spiegando efficacia di giudicato, possa essere presa in considerazione come possibile fonte di prova dal giudice tributario. Per converso, sulla possibilità che gli elementi probatori acquisiti nel processo tributario facciano ingresso nel processo penale Cass. Sez. III, 21 ottobre 2008, n. 39358, in *www.dejure.giuffre.it*; Sez. III, 18 gennaio 2016, n. 1628, *ivi;* Sez. III, 5 dicembre 2018, n. 54379, *ivi*.

[50] Cfr., da ultimo, Cass. Sez. III, 22 settembre 2017, n. 6993, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 16 marzo 2018, con nota di A.F. Tripodi, Ne bis in idem *e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il* test *della* sufficiently close connection in substance and time e G. Gaeta, *Dove non arriva il principio: il* ne bis in idem *tra sanzioni tributarie e politica giudiziaria delle Corti superiori*, in «AP», 1/2018. Per una rassegna aggiornata A.M. Andronio, *Il problema del* "ne bis in idem" *tributario,* in *La disciplina penale in materia d'imposte dirette e I.V.A.*, a cura di Scarcella, Torino, 2019, pp. 393 ss.; C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 257 ss.; P. Rivello, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del* ne bis in idem, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.o rg*, 22 gennaio 2018.

[51] Basti ricordare, in tema di abusi di mercato, Cass. SU, 23 giugno 2009, n. 20935, in «BBTC», 2010, 3, II, p. 290 (s.m.) e in «FI», 2010, 11, I, p. 2138, in cui si è riconosciuta la legittimità del cumulo della responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001 col vincolo solidale stabilito dall'art. 6 l. 689/1981.

specialità di cui all'art. 19 d.lgs. 74/2000[52] che - detto per inciso - non sortirebbe comunque alcun effetto per l'ente, atteso quanto *ivi* disposto al secondo comma così come, sull'eseguibilità della sanzione amministrativa, dall'art. 21 cpv. d.lgs. 74/2000.

In conclusione, l'introduzione della responsabilità dell'ente per reati tributari non appare tale da far paventare, almeno nell'immediato, questioni di legittimità costituzionale in grado di mettere concretamente a repentaglio la tenuta dei presupposti come dei criteri di compromesso sinora utilizzati per mitigare gli effetti di un *ne bis in idem* dalla portata altrimenti esplosiva. Anche se appare ormai opportuno un intervento del legislatore che, muovendo da quanto ormai emerso nel diritto vivente a proposito di illeciti a doppio binario, introduca meccanismi in grado di garantire *ex ante* la complessiva proporzionalità della risposta sanzionatoria, tuttora rimessa all'applicazione di canoni insufficienti (come quelli desumibili dagli artt. 19-21 d.lgs. 74/2000) o indeterminati (come quello della *connessione sostanziale* e *temporale* dei procedimenti) e comunque esposti, nei singoli casi, a potenziali censure di manifesta irragionevolezza.

3. *Aporie, ambiguità e occasioni mancate*

Ciò non toglie che, pur volendo prescindere dalle modifiche apportate ai singoli delitti tributari tuttora affetti da ambiguità sintattiche, rapporti

[52] In tal senso v. nel tempo, sia pur con diverse argomentazioni connesse alla non omogeneità dei due illeciti o al loro rapporto in termini di asserita alternatività o progressione, Cass. Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 31378, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 21 settembre 2015, con nota di A. Valsecchi, *Per la Cassazione non viola il divieto di* bis in idem *la previsione di un doppio binario sanzionatorio per l'omesso versamento di ritenute certificate;* Cass. Sez. III, 15 maggio 2014, n. 20266, in «RDT», 2014, IV, pp. 55 ss., con nota di G. Cesari, *Illecito penale tributario. Il principio del* ne bis in idem *alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Cassazione* e in «Il Fisco», 2014, pp. 2503 ss., con nota di C. Santoriello, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative per la stessa condotta di omesso versamento di ritenute certificate*; Sez. III, 8 aprile 2014, n. 40526, in «Il Fisco», 2014, pp. 4083 ss., con nota di Santoriello, *Il solo modello 770 non basta per provare il reato di omesso versamento di ritenute certificate*; Sez. III, 8 maggio 2014, n. 30267, *ibidem*, con nota di C. Beccalli, *Sanzione penale e sanzione amministrativa per il mancato versamento da indebita compensazione*; nonché già SU, 28 marzo 2013, nn. 37424 e 37425, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 18 settembre 2013, con nota di Valsecchi, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10 bis e 10 ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*. Per un ampio esame, anche critico, di questo orientamento può rinviarsi ora a N. Madia, Ne bis in idem *europeo e giustizia penale*, cit., pp. 351 ss.

controversi e incertezze applicative derivanti dalla stratificazione dei plurimi interventi normativi succedutisi nel tempo[53], la l. 157/2019 non costituisce una vera e propria riforma *di* sistema.

Anzitutto, perché il legislatore ha proceduto ad una selezione dei reati-presupposto di dubbia ragionevolezza[54] che neppure trova ora rimedio nel d.lgs. 75/2020 di attuazione della Direttiva PIF 1371/2017[55] in cui si prevede sì l'introduzione, nel nuovo comma 1-*bis* dell'art. 25-*quinquiesdecies* d.lgs. 231/2001, dei delitti di cui agli artt. 4, 5 e 10-*quater*, d.lgs. 74/2000 ma solo «*se commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*» (art. 5, comma 1, lett. *c)*, n. 1), d.lgs. 75/2020): con la conseguenza dell'ennesima diversificazione della responsabilità dell'ente a seconda dell'imposta interessata e della dimensione transfrontaliera del reato-presupposto. Né, tantomeno, alcun valore di sistema può attribuirsi, ai fini di un suo inquadramento come fattispecie autonoma anziché circostanziale[56], alla previsione dell'ipotesi dell'art. 2, comma 2-*bis* d.lgs. 74/2000 nell'art. 25-*quinquiesdecies*, comma 1, lett. *b)* d.lgs. 231/2001 che, senza necessità e volontà di indicarne la qualificazione giuridica, si limita piuttosto a graduare le sanzioni pecuniarie in relazione diversa gravità dei fatti.

Sul versante della punibilità per delitto tentato, non si è poi garantito un coordinamento, quanto ai delitti dichiarativi di cui agli artt. 2 e 3 d.lgs. 74/2000, tra la disciplina dell'art. 6 d.lgs. 74/2000 - ove anche ridimensionata a fronte di reati *commessi anche nel territorio di altro Stato membro dell'Unione Europea al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*, come prevede ora l'art. 2 d.lgs. 75/2020 - e quella dell'art. 26 d.lgs. 231/2001 che si limita a stabilire una riduzione da un terzo alla metà delle sanzioni pecuniarie e interdittive in relazione alla commissione, nelle forme del tentativo, di tutti

[53] Si rinvia a Mucciarelli, *Le dichiarazioni fraudolente: fattispecie da ripensare?,* cit.; Ingrassia, *Incostituzionalità delle nuove fattispecie incriminatrici penal-tributarie?*, cit., pp. 33 s.; nonché, limitatamente al settore penale delle imposte di consumo *ex* d.lgs. n. 504/1995, a F. Donelli, *Le novità apportate dal "decreto fiscale" al diritto penale tributario delle imposte di consumo*, *ivi*, 30 gennaio 2020.

[54] Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, cit., pp. 4 s.

[55] Su cui v., già a suo tempo, E. Basile, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in «DPC-RT», 12/2017, pp. 63 ss.

[56] Come sembra peraltro preferibile stando all'analogo precedente dell'art. 2, comma 3, d.lgs. 74/2000 poi abrogato dall'art. 2, comma 36-*vicies semel* DL 138/2011 convertito in L. 148/2011.

i delitti ivi indicati, esonerando l'ente solo ove volontariamente impedisca il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento. Al riguardo, seppure non sembra sostenibile un diverso regime per la persona fisica e per l'ente dal momento che l'illecito amministrativo deve comunque dipendere da reati, né a ciò potrebbe mai condurre il principio di autonomia dell'art. 8 d.lgs. 231/2001 semmai incentrato sulle vicende (*ex post*) e non sul regime (*ex ante*) della punibilità del reato-presupposto, sarebbe stato meglio una precisazione del legislatore dato che, in teoria, neppure potrebbe escludersi a priori un diverso atteggiarsi della pretesa comportamentale dell'ordinamento nei confronti del singolo e di un'organizzazione cui, in effetti, potrebbe richiedersi di prevenire anche condotte preparatorie intervenendo, ad esempio, a livello disciplinare.

Nell'ampliare gli effetti dell'estinzione del debito tributario, si è sprecata poi l'occasione per parificarvi *expressis verbis* il caso dell'annullamento della pretesa da parte della stessa amministrazione finanziaria rispetto al quale ogni diversa soluzione in termini di punibilità, pena o accesso al rito del patteggiamento sembrerebbe porsi in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost[57].

Quanto alle interferenze tra la posizione della persona fisica e quella dell'ente, ulteriori profili di irragionevolezza si registrano, sia pur al netto dell'esercizio della discrezionalità legislativa, con riguardo alla confisca allargata di cui art. 12-*ter*, d.lgs. 74/2000[58].

In primo luogo, non si comprende il motivo per cui nell'art. 12-*ter*, rispettivamente lettere *a)* e *b)* d.lgs. 74/2000 si sia voluto fare riferimento, in relazione alla condanna o al patteggiamento per i delitti previsti dagli artt. 2 e 3 d.lgs. 74/2000, a presupposti diversi (ammontare degli elementi passivi fittizi o dell'imposta evasa) nonostante l'ormai acclarata omogeneità dei fatti rientranti nelle rispettive incriminazioni che si distinguono solo per la loro diversa espressione documentale[59].

In secondo luogo, resta da chiarire se tale confisca debba applicarsi anche ove il profitto del reato risulti appannaggio esclusivo dell'ente ovvero a fronte dell'isolata condanna per un singolo episodio che, in quanto tendenzialmente inidonea ad integrare il requisito della sproporzione e dunque a giustificare, secondo l'*id quod plerumque accidit*, il meccanismo

[57] Sul punto già Severino, *La riforma dei reati tributari: un'occasione perduta?*, cit., 9.

[58] In tema M. Bontempelli, *La confisca o le confische da illecito (penale) tributario?*, in «SP», 12/2019, pp. 23 ss.

[59] Cfr., tra le più recenti, Cass. Sez. III, 1 aprile 2020, n. 10916, in «SP», 20 maggio 2020, con nota di G. Rapella, *La Cassazione in tema di reati dichiarativi: la nozione di operazioni soggettivamente inesistenti e il regime della (in)deducibilità di costi e spese inerenti al reato*; Sez. III, 20 gennaio 2020, n. 1998; Sez. III, 25 ottobre 2018, n. 6360.

presuntivo caratterizzante la misura *de qua*, potrebbe viceversa rivelarsi mero strumento di elusione del normale procedimento amministrativo di recupero delle somme eventualmente evase.

Ma, soprattutto, nei contesti societari non (para)familiari la misura rischia di ricadere su un soggetto privo di mezzi e comunque diverso da quello nel cui patrimonio si realizza l'effettivo arricchimento[60].

Quanto alla "ragionevolezza temporale" che - stando a quanto indicato dalla Corte Costituzionale (sent. 33/2018) - costituisce uno dei presupposti di tale confisca[61], la sua efficacia differita a condotte successive all'entrata in vigore della L. 157/2019, nonostante serva a scongiurarne opportunamente ogni effetto retroattivo ai sensi dell'art. 200 c.p. per assimilazione alle misure di sicurezza, non vieta di attribuire rilevanza anche agli acquisti effettuati in precedenza con potenziali ricadute sulla prevedibilità delle relative conseguenze.

4. *Possibili riflessi sul tabù dell'indelegabilità degli obblighi tributari*

Ma è sul piano delle responsabilità individuali che la riforma del 2019 appare decisamente fuori dal sistema, contrapponendosi frontalmente al principio di indelegabilità degli obblighi tributari nell'ambito dell'organizzazione collettiva[62]. Ed è proprio qui che il pensiero corre alla celebre opera di Antonio Fiorella (1985) - cui tali scritti sono dedicati - nella quale affiora la portata necessariamente generale, salvo divieto espresso, del trasferimento di funzioni e il suo nesso di diretta derivazione dal principio di personalità della responsabilità penale.

Se, infatti, da un lato, la responsabilità dell'ente può dipendere anche dall'esercizio di fatto di poteri apicali (art. 5, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. 231/2001) o comunque dalla corrispondente qualifica di cui all'art. 2639 c.c. (o anche, in materia infortunistica, dell'art. 299 d.lgs. 81/2008) e soprattutto, dall'altro, le esigenze cui deve rispondere il modello organizzativo si raccordano anche all'"estensione dei poteri delegati" (art. 6 comma 2

[60] Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, p. 14; Bartoli, *Ancora sulle incongruenze della recente riforma in tema di reati tributari e responsabilità dell'ente,* cit., pp. 149.

[61] Per un commento Finocchiaro, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in «DPC-RT», 2/2018, pp. 131 ss.

[62] Su cui v. Scaroina (2017), pp. 105 ss.

d.lgs. 231/2001), costituendo l'adeguata articolazione delle competenze uno dei requisiti di idoneità del modello stesso[63], dovrà giocoforza tendenzialmente superarsi quel diffuso orientamento giurisprudenziale che, in virtù di generici quanto infondati richiami alla tassatività, personalità o inderogabilità dell'obbligo d'imposta, tende a negare l'efficacia della delega in materia da parte del rappresentante legale dell'ente[64]. Al contrario, potendosi auspicabilmente stabilizzarsi, pur in mancanza di una norma *ad hoc*, l'indirizzo volto ad affermare la teorica possibilità di conferire valide deleghe fiscali a dipendenti o consulenti[65] o persino a responsabilizzare l'amministratore di fatto[66], come del resto già avviene nella normativa di settore (art. 11, d.lgs. 472/1997).

Detto altrimenti: da un'altra occasione persa per un intervento *ad hoc*, un'occasione da non perdere per tornare a riflettere sulla rigidità di una soluzione che, irragionevolmente, continua a negare, in linea di principio, la possibilità di un trasferimento di funzioni quando in gioco è l'interesse fiscale e ad ammetterla, invece, sia pur a condizioni e limiti predeterminati, a fronte della tutela di beni ben più rilevanti come la vita, l'incolumità fisica o l'ambiente. E su questo - ci permettiamo di aggiungere - anche Antonio Fiorella sarebbe senz'altro d'accordo.

[63] Emblematica, al riguardo, la giurisprudenza in materia ambientale secondo cui, ai fini della responsabilità dell'ente ai sensi dell'art. 25-*undecies* d.lgs. 231/2001, la mancanza di deleghe di funzioni costituisce, di per sé prova della mancanza di un efficace modello organizzativo adeguato a prevenire la consumazione del reato da parte dei vertici societari (Cass. Sez. III, 24 febbraio 2017, n. 9137, in *www.dejure.giuffre.it*).
Ma anche quanto all'ipotesi di reato commesso dal sottoposto, può richiamarsi quell'indirizzo teso a incentrare la responsabilità dell'ente sulla mancata specifica deduzione di un assetto connotato dall'attribuzione di mirati poteri e doveri in grado di garantire l'osservanza dei medesimi obblighi di direzione e vigilanza di cui all'art. 7, comma 1, d.lgs. 231/2001 (Cass. Sez. VI, 25 maggio 2018, n. 54640, in *www.dejure.giuffre.it*).

[64] Cfr., ad esempio, Cass. Sez. III, 29 ottobre 2009, n. 9163, in *www.dejure.giuffre.it;* Cass. Sez. IV, 5 maggio 2016, n. 18845, *ivi*; Sez. III, 14 gennaio 2020, n. 9417, *ivi*.

[65] Cfr. Cass. Sez. III, 28 aprile 2015, n. 50201, in *www.dejure.giuffre.it*; Sez. III, 4 aprile 2012, n. 27720, *ivi*.

[66] Cfr. Cass. Sez. III, 14 maggio 2015, n. 38780, in *www.dejure.giuffre.it.*

Stefano Preziosi*

Nuova disciplina degli abusi di mercato e bene giuridico tutelato nella manipolazione di mercato

Sommario: 1. Regolamento e direttiva europei – 2. La normativa italiana di recepimento – 3. L'ipotesi contravvenzionale e la sua problematica interpretazione – 4. Le operazioni relative alle aste su una piattaforma d'asta autorizzata come un mercato regolamentato di quote di emissioni – 5. La mancata definizione dei rapporti fra illecito penale e illecito amministrativo – 6. Gli illeciti amministrativi di manipolazione di mercato – 7. Operazioni price sensitive, scopo di protezione e bene tutelato – 8. La seriazione dei beni e l'oggetto di tutela nel delitto di manipolazione di mercato.

1. *Regolamento e direttiva europei*

Un quadro singolare e paradossale emerge dall'innesto nella normativa domestica della nuova disciplina degli abusi di mercato – in particolare della manipolazione di mercato, di cui ci occuperemo – introdotta con il Regolamento UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, n. 596 e con la Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio[1].

Il Regolamento, *relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva*

* Ordinario di Diritto penale, Libera Università Mediterranea di Bari.

[1] Le fattispecie di illecito, come altre disposizioni, sono state integrate e modificate dal d.lgs. n. 107 del 10 agosto 2018, ma l'impianto della norme incriminatrici (artt. 184, 185, Testo Unico delle Leggi in materia di Intermediazione Finanziaria, d'ora in avanti TUF) è rimasto sostanzialmente immodificato, salvo estenderne, da un lato, l'applicazione alle condotte aventi ad oggetto un novero più ampio di strumenti finanziari, dall'altro 'degradare', come si vedrà, – con dubbia coerenza – a reato contravvenzionale (con una disposizione che costituisce un vero 'rompicapo') talune ipotesi che riguardano, essenzialmente, le operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari ammessi alla negoziazione o per i quali sia stata presentata richiesta di ammissione in un *sistema multilaterale di negoziazione*, o in un *sistema organizzato di negoziazione*. La Direttiva 2003/6/CE, cit., è stata abrogata dal Regolamento (UE) 596/2014. Cfr. anche M. Masucci, *La manipolazione del mercato*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale,* a cura di A. Fiorella, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 332 ss.

2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, interviene in materia di illeciti amministrativi e ha trovato una disciplina di adeguamento in Italia con D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 107[2].

La Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato*[3], ha trovato, a mio avviso, invece, solo un'attuazione parziale[4] (e per molti versi discutibile), sebbene prevedesse che le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarvisi dovessero adottarsi entro il 3 luglio 2016 (la Direttiva è entrata in vigore il 2 luglio 2014[5]).

Essa stabilisce «le norme minime per le sanzioni penali applicabili all'abuso di informazioni privilegiate, alla comunicazione illecita di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, al fine di assicurare l'integrità dei mercati finanziari all'interno dell'Unione e di rafforzare la protezione degli investitori e la fiducia in tali mercati». L'art. 5, avente ad oggetto la manipolazione di mercato, impone agli stati membri di adottare «le misure necessarie affinché la manipolazione del mercato di cui al paragrafo 2 costituisca reato, almeno nei casi gravi e se commessa con dolo». Analogamente dispongono gli artt. 3 e 4 in materia, rispettivamente, di *abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate*, l'uno e di *comunicazione illecita di informazioni privilegiate*, l'altro.

Si tratta, dunque, dell'enunciazione di *criteri selettivi della tutela penale* rispetto ad altre possibili forme di repressione delle condotte abusive, che operano in una duplice direzione: con riferimento, in generale, ai *casi gravi* e al *dolo*; mediante la *descrizione puntuale* di condotte che *devono* essere

[2] Cfr. S. Seminara, *Diritto penale commerciale. Il diritto penale del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 105 ss., il quale rileva che la differente misura della pena prevista per gli illeciti inseriti nel TUF rispetto a quella prevista dall'art. 2637 c.c. è resa inattuale dalla attuale disciplina europea.

[3] Cfr. F. Mucciarelli, *La nuova disciplina eurounitaria sul* market abuse*. Tra obblighi di criminalizzazione e* ne bis in idem, in «DPC-RT», IV, 2015, pp. 295 ss.

[4] Secondo M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 366: «Quanto alla direttiva MAD II deve invece registrarsi la persistente inadempienza del legislatore domestico nel recepimento della disciplina sovranazionale concernente le misure prettamente penalistiche»; cfr. anche, in tal senso, E. Basile, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in «DPC»., n. 5, 2017, pp. 271 ss.; Id., *Riforma del* Market abuse*. Quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, *Ivi*, n. 11, 2017, pp. 228 ss.; Mucciarelli, *Riforma penalistica del* market abuse*. L'attesa continua*, in «DPP»., n. 1, 2018, pp. 5 ss.

[5] In «GUUE», L. 173 del 12 giugno 2014.

perseguite penalmente, secondo quanto indicato nello stesso art. 5, par. 2 («Ai fini della presente direttiva, costituiscono manipolazione del mercato le seguenti condotte:») e, per le altre fattispecie menzionate, negli artt. 3 e 4.

Tali criteri, tuttavia, appaiono mal formulati dal punto di vista tecnico e sono presentati come *norme minime*, cioè come il *minimum* di tutela penale, tradendo con ciò una totale incomprensione dei principi penalistici da parte dei compilatori della normativa eurounitaria: stabilire dei *minimi* di tutela penale significa semplicemente ispirarsi ad una 'filosofia' penale che è l'esatto opposto dell'*extrema ratio* dell'intervento punitivo. La norma, infatti, dovrebbe semmai stabilire il contrario, cioè degli obblighi di incriminazione *soltanto in relazione a determinate condotte*, suggerendo, di contro, che rispetto a tutte le altre non venga utilizzato lo strumento penale. Del resto, ciò costituirebbe anche un requisito tanto elementare quanto indispensabile per garantire l'esigenza di *armonizzazione* che dovrebbe guidare interventi di questo tipo in ambito europeo. Non si vede, poi, per quale ragione, una volta ammessi degli *obblighi di incriminazione*, questi debbano funzionare solo come *minimi*, lasciando poi ai singoli stati aderenti la facoltà di adottare normative interne disomogenee e/o sovrabbondanti.

Ancor maggiori perplessità, inoltre, desta il versante dell'ambito di applicazione della normativa europea in esame[6].

L'art. 1 ridefinisce, ampliandolo, il novero degli strumenti finanziari oggetto delle condotte penalmente rilevanti, estendendolo in misura tale da far divenire incerti i confini della portata delle norme incriminatrici e denunciando un livello tecnico della legislazione unionale in materia penale assai discutibile e, soprattutto, assai poco consapevole delle esigenze di determinatezza e precisione che devono essere garantite in tale materia.

Inoltre, lo stesso articolo sembra includere nell'ambito di applicazione della direttiva – e, quindi, negli obblighi di incriminazione – anche *'entità' diverse dagli strumenti finanziari*.

Ed infatti, l'art. 1, par. 2, prevede che la direttiva si applichi agli *strumenti finanziari* ivi indicati – la cui definizione, peraltro, ai sensi dell'art. 2, è demandata ad un'altra direttiva, la 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, come le definizioni di «mercato regolamentato», di «sistema multilaterale di negoziazione» (MTF), di «sistema organizzato di negoziazione» (OTF), di «sede di negoziazione» (*trading venue*) – ma anche «ai contratti a pronti su merci che non sono prodotti energetici all'ingrosso, quando l'operazione, l'ordine di compravendita o altra condotta ha un

[6] Cfr., sul punto, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., pp. 373 ss.

effetto sul prezzo o sul valore di uno strumento finanziario di cui al paragrafo 2 del presente articolo» e «ai tipi di strumenti finanziari, compresi i contratti derivati o gli strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito, se l'operazione, l'ordine di compravendita, l'offerta o altra condotta ha un effetto sul prezzo o sul valore di un contratto a pronti su merci, qualora il prezzo o il valore dipenda dal prezzo o dal valore di tali strumenti finanziari» (art. 1, par. 4), la cui definizione, questa volta, è demandata al Regolamento UE n. 596/2014 (art. 2, 2).

Non solo, per complicare un po' le cose la direttiva penale include nel suo ambito applicativo anche le «condotte attinenti a indici di riferimento (*benchmark*)» (art. 1, par. 4, lett. *c)*, definiti, pure, nel Regolamento UE 596/2014, cit.

Come se non bastasse, inoltre, l'ambito penale, attraverso la direttiva 57, cit., si estende «anche alle condotte o alle operazioni, comprese le offerte, relative ad aste o a piattaforme d'asta autorizzate come un mercato regolamentato di quote di emissioni o di altri prodotti oggetto d'asta correlati, anche quando i prodotti oggetto d'asta non sono strumenti finanziari, ai sensi del regolamento (UE) n. 1031/2010 della Commissione. Fatte salve le disposizioni specifiche relative alle offerte presentate nell'ambito di un'asta, le disposizioni della presente direttiva che fanno riferimento a ordini di compravendita si applicano a tali offerte» (art. 1, par. 2, ult. cpv.).

Infine, il legislatore europeo non si lascia sfuggire che l'applicazione delle norme penali deve riguardare «qualsiasi operazione, ordine o altra condotta… indipendentemente dal fatto che [essa] avvenga in una sede di negoziazione (*trading venue*)» (art. 1, par. 5 e relativo rimando all'art. 2. 12. e, da questo, ad un'altra direttiva, la 2014/65/UE, per la definizione di *sede di negoziazione* "*trading venue*").

Solo la lettura di queste disposizioni richiederebbe una laurea in economia dei mercati finanziari, in barba al principio di accessibilità e alla 'calcolabilità/prevedibilità' della effettiva portata delle norme incriminatrici e delle sanzioni penali.

Dunque, grazie alla normativa europea, attualmente sottostanno al dominio penalistico anche le condotte manipolative *aventi ad oggetto strumenti diversi da quelli finanziari*, come contratti a pronti su merci (sebbene, in questo caso, sempre che la condotta abbia un effetto sul prezzo *o sul valore* di uno strumento finanziario); contratti derivati o strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito se la condotta ha un effetto sul prezzo o sul valore di un contratto a pronti su merci e se il prezzo o il valore di questo dipendano dal prezzo o dal valore di tali

strumenti finanziari; indici di riferimento (*benchmark*); offerte relative ad aste o piattaforme di asta autorizzate come mercato regolamentato di quote di emissione o di altri prodotti oggetto d'asta correlati, anche quando non siano strumenti finanziari.

2. *La normativa italiana di recepimento*

Il D. Lgs. n. 107, cit., in attuazione della Direttiva 2014/57/UE, cit., ha ridefinito le nozioni di strumento finanziario integrando l'art. 180 TUF, il quale, "ai fini del presente titolo", include ora anche gli strumenti finanziari (di cui all'art. 1, comma 2, TUF) ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata domanda di ammissione alla negoziazione in un *sistema multilaterale di negoziazione* (MTF), gli strumenti negoziati su un *sistema organizzato di negoziazione* (OTF), *altri strumenti*, pure diversi dai precedenti, il cui prezzo o valore dipende dal prezzo o dal valore di uno strumento finanziario ivi menzionato, ovvero abbia effetto su tale prezzo o valore, compresi, non in via esclusiva, i *credit default swap* e i contratti differenziali.

A prescindere da varie imprecisioni della normativa di recepimento, che possono dar luogo a dubbi interpretativi – più di quanti non ne possano sorgere dalle norme europee – in ordine all'oggetto materiale delle condotte, l'art. 185, TUF (e, similmente, l'art. 184, in tema di abuso di informazioni privilegiate), in combinato disposto con l'art. 180, cit., risulta così integrato, innanzitutto, in guisa di una estensione del suo ambito applicativo anche all'indirizzo di tali strumenti finanziari (comma 1).

Inoltre – ciò che appare più problematico – la fattispecie viene estesa all'indirizzo: 1) dei «fatti concernenti i contratti a pronti su merci che non sono [siano] prodotti energetici all'ingrosso, idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo o del valore degli strumenti finanziari di cui all'art. 180, comma 1, lett. *a)*» (art. 185, par. 2-*ter*, lett. *a)*), rispetto ai quali si deve osservare che il rinvio a quest'ultima disposizione fa sì che l'incriminazione sia applicabile alle condotte aventi ad oggetto *contratti a pronti su merci* idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo o del valore di strumenti finanziari *ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata domanda di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato, o in un sistema multilaterale di negoziazione, o in un sistema organizzato di negoziazione, italiani o di altro Paese dell'Unione europea*, ma anche alle condotte che, pur

avendo sempre ad oggetto un contratto a pronti su merci[7], siano idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo o del valore di *strumenti finanziari diversi (ossia non negoziati su uno di tali mercati o sistemi), ma il cui prezzo o valore dipenda da uno degli strumenti ivi ammessi o per i quali sia stata presentata richiesta di ammissione, ovvero abbia effetto su di essi*, come, ma non in via esclusiva, i *credit default swap* e i contratti differenziali; 2) in una direzione inversa, potremmo dire, rispetto a quella vista nel numero precedente, dei fatti concernenti strumenti finanziari (non necessariamente, a quanto sembra, quelli negoziati nelle predette sedi), compresi i contratti derivati o gli strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito, idonei a provocare una *sensibile alterazione del prezzo o del valore di un contratto a pronti su merci*, qualora il prezzo o il valore di questo dipendano dal prezzo o dal valore di tali strumenti finanziari (art. 185, par. 2-*ter*, lett. *b)*); 3) dei fatti concernenti gli *indici di riferimento* (*benchmark*) (art. 185, par. 2-*ter*, lett. *c)*) e consistenti – a tenore della direttiva 57, cit., ma non dell'art. 185, cit., che non contiene tale precisazione – nella «trasmissione di informazioni false o fuorvianti, o comunicazione di dati falsi o fuorvianti ovvero ogni altra condotta che manipola il calcolo di un indice di riferimento (*benchmark*)» (art. 5, par. 2, lett. *d)*, Direttiva 2014/57/UE)[8].

In tali ultime fattispecie, pertanto, le condotte abusive sono relative anche a contratti e indici, che non costituiscono strumenti finanziari o che, comunque, non sono strumenti finanziari inseriti nell'elenco di cui all'art. 180, lett. *a),* cit., ossia *ammessi o per i quali sia stata presentata richiesta di ammissione alla negoziazione in un 'mercato' italiano o di altro Paese dell'UE*.

Ciò significa, senza entrare in questioni che esulano dalle mie competenze, che le fattispecie in esame non ricoprono più in via esclusiva il campo degli strumenti finanziari, ma si estendono anche a quello, ben diverso pure per natura giuridica, costituito dai *contratti su merci.* Nel novero degli *strumenti finanziari* di cui all'All. 1, sez. C, TUF, si trovano pure *contratti* (non solo, pertanto, valori mobiliari), che, però, devono possedere uno specifico indice di finanziarietà (indicato nella normativa vigente: all. 1, cit.), mentre i *contratti a pronti su merci* non risultano inclusi fra gli strumenti finanziari

[7] La definizione di contratto a pronti su merci è data dal Regolamento UE n. 596/2014, art. 3, par. 1, punto 15): «contratto a pronti su merci: un contratto per la fornitura di una merce negoziata su un mercato a pronti che viene prontamente consegnata al regolamento dell'operazione e un contratto per la fornitura di un bene che non sia uno strumento finanziario, compreso un contratto a termine con consegna fisica del sottostante».

[8] Su tale fattispecie e sulla sua ambiguità quanto al richiamo alle "disposizioni del presente articolo", cfr. E. Amati, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di N. Mazzacuva, E. Amati, CEDAM, Milano, 2020, p. 393.

(come del resto sembra abbastanza ovvio), neanche fra quelli che vanno sotto il nome di *derivati finanziari* e di *derivati su merci*. A cosa sia dovuta e quali problemi applicativi possa generare una scelta di questo tipo non è dato comprendere, posto che, in tale settore, la fuoriuscita della tutela penale dal recinto delle negoziazioni finanziarie verso quello delle merci apre la strada a problemi finora insondati, come il possibile rilievo penale in chiave di abusi di mercato della diffusione di notizie e di altre operazioni inerenti a materie prime, metalli, prodotti agricoli o altro, quando tali condotte siano idonee ad incidere (salvo vedere in che modo) sul prezzo di uno strumento finanziario.

3. *L'ipotesi contravvenzionale e la sua problematica interpretazione*

Il D. Lgs. n. 107, cit., ha, inoltre – e, per la verità, senza che vi fosse traccia nella direttiva di una simile indicazione[9] –, sottoposto ad una disciplina di estremo favore l'ipotesi in cui le condotte manipolative (come anche quelle di *insider trading*) abbiano ad oggetto gli strumenti finanziari negoziati (*rectius*: ammessi o per i quali sia stata richiesta l'ammissione) su un MTF o un OTF, o strumenti non negoziati in tali sistemi, ma il cui prezzo o valore dipenda, però, dal prezzo o dal valore di uno strumento finanziario negoziato su un MTF o su un OTF o abbia effetto sul prezzo o sul valore di uno strumento finanziario negoziato in tali sedi (MTF, OTF), o siano «relative alle aste su una piattaforma d'asta autorizzata come un mercato regolamentato». Probabilmente – e, a mio avviso, condivisibilmente, seppure con risultati tecnicamente pessimi – ciò è stato inteso in chiave di mitigazione dell'intervento punitivo in ragione della sua parossistica estensione, secondo i dettami del legislatore europeo.

Ed infatti, in relazione a tali ipotesi, *il reato sembrerebbe divenire contravvenzionale*, punito con la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda (artt. 185, comma 2-*bis*, 184, comma 3-*bis*).

Per la verità la disposizione non è affatto chiara e appare piuttosto il frutto di un errore di compilazione legislativa, poiché l'art. 185, comma 2-*bis*, nonché il corrispondente art. 184, comma 3-*bis*, contempla il «caso di operazioni relative…» agli strumenti finanziari ammessi o per i quali è stata

[9] Secondo Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 367, il modello contravvenzionale introdotto con il d.lgs. n. 107/2018 sarebbe addirittura incompatibile con la direttiva MAD II, sia dal punto di vista sanzionatorio sia per «la necessità prevista di punire il tentativo».

presentata una richiesta di ammissione su un MTF o ammessi o per i quali sia stata presentata una richiesta di ammissione su un OTF, «limitatamente agli strumenti… il cui prezzo o valore dipende dal prezzo o dal valore di uno strumento… di cui ai numeri 2) e 2-*bis*)»: dunque, alla lettera, si tratterebbe pur sempre di operazioni su strumenti finanziari negoziati in un sistema multilaterale di negoziazione o in un sistema organizzato di negoziazione, ma il cui prezzo, a sua volta, dipenda dal prezzo o dal valore di altro strumento pure negoziato nelle stesse sedi MTF o OTF. Così intesa la disposizione non pare avere molto senso e sarebbe applicabile ai soli strumenti 'derivati', senza una plausibile giustificazione. Vale a dire, sarebbe contravvenzionale il reato solo quando la condotta abbia ad oggetto strumenti finanziari relativi ad un MTF o ad un OTF il cui prezzo o valore sia, a sua volta, dipendente dal prezzo o dal valore di uno strumento finanziario pure 'scambiato' su tali sistemi di negoziazione, ma non quando abbia per oggetto gli stessi. In sostanza, così intesa l'ipotesi contravvenzionale riguarderebbe condotte aventi ad oggetto derivati trattati in MTF o in OTF, il cui sottostante sia uno strumento finanziario pure trattato nelle stesse sedi.

La disposizione potrebbe intendersi nel senso che il legislatore voleva riferirsi a strumenti finanziari *non negoziati* nei predetti sistemi, ma il cui prezzo dipenda da strumenti in essi negoziati, secondo quanto disposto dall'art. 180, comma 1, n. 2-*ter*, il quale prevede «gli strumenti non contemplati dai precedenti numeri», ossia strumenti diversi da quelli trattati sui predetti sistemi, ma *il cui prezzo dipenda da strumenti finanziari negoziati al loro interno*. Ciò sarebbe coerente, d'altronde, al disposto dell'art. 1, par. 2, lett. *d)*, direttiva 57, cit., a tenore del quale la direttiva medesima si applica «agli strumenti finanziari non contemplati dalle lettere *a)*, *b)* o *c)*, il cui prezzo o valore dipende dal prezzo o dal valore di uno strumento finanziario di cui alle suddette lettere, ovvero ha un effetto su di essi, compresi, ma non in via esclusiva, i *credit default swap* e i contratti differenziali».

Ma, in realtà, l'ultima disposizione richiamata della direttiva penale non ha a che fare con un trattamento di favore, limitandosi a stabilire che anche tali *altri* strumenti dovrebbero essere attratti nel sistema punitivo.

Mentre l'interpretazione dell'art. 185, comma 2-*bis*, cit. in chiave restrittiva, che, cioè, ne consentisse l'applicazione relativamente alle sole condotte aventi ad oggetto gli strumenti finanziari *trattati o non trattati su MTF e OTF* ma i cui prezzi *dipendano da strumenti quivi trattati*, contrasta con la lettera della legge, che fa esplicito riferimento ad «operazioni relative agli strumenti finanziari di cui all'art. 180, comma 1, lett. *a)*, numeri 2), 2-*bis*) e 2-*ter*)» e, pertanto, a *strumenti scambiati all'interno di tali sistemi*

indipendentemente dalla circostanza che il loro prezzo o valore dipenda dal prezzo o dal valore di analoghi strumenti finanziari.

Pertanto, v'è da ritenere che la conclusione più plausibile sembra essere quella secondo cui il reato ha natura contravvenzionale quando la condotta abbia ad oggetto *strumenti 'negoziati' in tali sistemi o non negoziati in essi ma il cui prezzo o valore sia dipendente da strumenti in essi 'negoziati'*.

In sostanza, il legislatore sembra aver voluto predisporre un trattamento molto meno severo rispetto a quegli abusi di mercato che riguardino strumenti finanziari, direttamente o indirettamente, inerenti ai sistemi multilaterale (MTF) e organizzato (OTF) di negoziazione, sottraendoli alla pesante disciplina sanzionatoria complessiva prevista per il delitto di manipolazione di mercato (analogamente a quello di abuso di informazioni privilegiate). Tanto l'interpretazione restrittiva, quanto quella letterale non sembrano ammissibili, la prima perché, come si è visto, contrasta con la lettera della legge, la seconda perché sarebbe irragionevole. Certo è che in sede applicativa si porrà la questione in termini non facilmente risolvibili, se non attraverso una eccezione di legittimità costituzionale che vagliasse la ragionevolezza della norma nella sua portata letterale, considerando che essa ha un effetto fortemente di favore e, conseguentemente, le ragioni della sua non applicazione a casi che non sembrano presentare sostanziali (o così radicali) differenze, dovrebbe trovare una congrua giustificazione.

D'altronde va detto – e salve le difficoltà interpretative cui ora si è fatto cenno, dipendenti con ogni probabilità da errori tecnici dei compilatori della nuova legge – che questa previsione non appare molto comprensibile in sede di recepimento della normativa unionale, pur prescindendo da ragioni di logica economico-finanziaria, per il fatto che la disciplina europea non sembra prevedere un favore così spiccato per gli abusi che avvengano nell'ambito dei sistemi MTF e OTF e, soprattutto, perché i criteri di selezione delle fattispecie penali in senso stretto dovevano essere alquanto diversi, ossia riguardare i *casi gravi* e la loro *realizzazione dolosa* (artt. 4 e 5). Non v'è traccia di un trattamento differenziato orientato secondo questi criteri. E non v'è altresì dubbio che, volendo differenziare all'interno degli illeciti penali fra delitti e contravvenzioni, sarebbe stato necessario partire proprio da essi.

4. *Le operazioni relative alle aste su una piattaforma d'asta autorizzata come un mercato regolamentato di quote di emissioni*

La normativa di recepimento presuppone come punibili, altresì, condotte che non sembrano trovare una espressa previsione legislativa. L'art. 185, comma 2-*bis*, cit., qualifica come contravvenzionale il reato consistente in operazioni relative «alle aste su una piattaforma d'asta autorizzata come un mercato regolamentato di quote di emissioni».

Ora, se tale previsione, come si è visto, è contenuta nella direttiva penale (art. 1, par. 2, ult. cpv.) che sembra, effettivamente, voler attrarre anche tali condotte all'interno del perimetro punitivo, è pur vero che il legislatore nazionale *ha dimenticato di prevederle come reato, salvo preoccuparsi di qualificarle come contravvenzioni*. Sembra un bisticcio di parole, ma in realtà non lo è.

La questione non è soltanto formale, poiché l'art. 185, cit., incrimina la diffusione di notizie false o la realizzazione di operazioni simulate o gli altri artifizi concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari. Mentre il significato di tale fattispecie è 'comprensibile' se riferito agli strumenti finanziari, non pare altrettanto chiaro se riferito «alle aste su una piattaforma d'asta»: quale connotazione tipica assume, in tal caso, il fatto costituente reato? Cosa potrebbe significare diffondere notizie false o compiere operazioni simulate o altri artifici relativi «alle aste su una piattaforma d'asta»? Quale sarebbe l'oggetto materiale della condotta criminosa?

Dunque, sembrerebbe che, in relazione a quest'ultima ipotesi, ancorché il legislatore si preoccupi di stabilirne la natura contravvenzionale, non venga definita la fattispecie tipica, con tutte le conseguenze che ciò, ovviamente, comporta.

5. *La mancata definizione dei rapporti fra illecito penale e illecito amministrativo*

Ma è in relazione ad una ridefinizione dei rapporti fra illecito penale ed amministrativo, che è mancato completamente l'adeguamento alla normativa europea, laddove questa, nella sua ultima versione, sembra chiaramente indicare – seppure con tutti i limiti di ordine tecnico e di totale inadeguatezza rispetto ai principi del diritto penale – al legislatore nazionale la strada di una revisione di tali rapporti nel senso di riservare all'illecito

penale le sole condotte dolose *più gravi*, anche nella consapevolezza dei problemi inerenti al doppio binario sanzionatorio segnalati in sede CEDU e di Corte di Giustizia.

Sicché può dirsi che la Direttiva, *relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato*, non ha trovato, sostanzialmente, alcuna attuazione, se non per aspetti meramente formali.

Il quadro normativo, dunque, che viene ora a prospettarsi appare *singolare*, come si diceva. Recepimento delle nuove disposizioni contenenti gli illeciti amministrativi – nei termini che vedremo di qui a poco – disinteresse per l'impianto penale, che rimane *strutturalmente* tale quale era[10] (per la verità non essendo stato mai modificato, almeno in materia di manipolazione di mercato, neanche dopo la prima direttiva in materia di abusi di mercato, MAD 2003/6/CE, in quanto l'art. 185 TULF – inserito *ex novo* con L. n. 62/2005 – la recepiva limitandosi a mutuare la definizione del reato dal 'vecchio' art. 2637 c.c.)[11]. Con ciò determinandosi un effetto *paradossale*, ossia un profilo normativo dettagliato, preciso e orientato alla effettiva tutela del mercato finanziario (salvo profili critici, che, ovviamente, pure ci sono), per l'illecito ammnistrativo (punitivo) e, invece, per l'illecito penale uno spettro applicativo e un contenuto indeterminati, imprecisi e scarsamente orientati ad una effettiva tutela del mercato[12]. Rendendo ancora più incerti i confini fra i due illeciti e demandando definitivamente al 'diritto' giurisprudenziale la soluzione delle delicate questioni in materia di *ne bis in idem*[13].

[10] Sulla genesi e gli sviluppi delle fattispecie di manipolazione di mercato, anche con riferimento alla normativa comunitaria, cfr. S. Preziosi, *La manipolazione di mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Cacucci, Bari, 2008, spec. pp. 18 ss. e pp. 175 ss.; nonché, Id., *L'aggiotaggio (art. 2637 c.c.)*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, UTET, Torino, 2005, pp. 459 ss.

[11] Su questi temi di carattere generale cfr., diffusamente, E. Mezzetti, in *Diritto penale dell'impresa*, a cura di E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, Zanichelli, Bologna, 2016, pp. 231 ss.

[12] Cfr. su questi aspetti già Preziosi, *La manipolazione di mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, cit., spec. pp. 187 ss.

[13] Si rimanda a N. Madia, Ne bis in idem *europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, CEDAM, Milano, 2020, pp. 21 ss., pp. 296 ss. In giurisprudenza su questo tema cfr. Cass. civ. Sez. I, 21 dicembre 2018, n. 5679.

6. *Gli illeciti amministrativi di manipolazione di mercato*

L'art. 187-*ter*, TULF, fermo restando il doppio binario sanzionatorio[14] («Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato») stabilisce, nella nuova versione, che «è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila euro a cinque milioni di euro chiunque viola il divieto di manipolazione del mercato di cui all›articolo 15 del regolamento (UE) n. 596/2014». Dunque, opera un rinvio secco alla normativa eurounitaria, recependone le fattispecie ivi individuate come *manipolazione di mercato*.

L'art. 15, cit., infatti, recita: «Non è consentito effettuare manipolazioni di mercato o tentare di effettuare manipolazioni di mercato». Tale lapidario precetto si riempie di contenuto attraverso l'art. 12, (reg. cit.), il quale, «ai fini del presente regolamento», definisce come manipolazioni di mercato una serie di attività *ivi tassativamente* indicate e descritte. L'all. 1, inoltre, reca un *elenco non tassativo di indicatori connessi all'utilizzo di artifici o di qualsiasi altra forma di inganno o espediente e un elenco non tassativo di indicatori connessi a segnali falsi o fuorvianti e alla fissazione dei prezzi* (art. 12, cit., comma 3).

Senza entrare in una disamina esaustiva delle singole ipotesi e degli indicatori forniti dal Regolamento, in sintesi è sufficiente rilevare che si tratta di condotte tipizzate (e di indicatori elaborati) sulla base di parametri tecnico-finanziari, che individuano comportamenti *operativi* e *informativi* i quali, in ragione della *tecnica operazionale* del mercato, sono qualificati come manipolativi.

Inoltre, come si vedrà a breve, aspetto di grandissima importanza e che differenzia la struttura di questi illeciti da quelli previgenti, è che le rispettive condotte sono *collocate* nel *contesto operazionale* del mercato finanziario e, più precisamente, in quello relativo alla *formazione dei prezzi* degli strumenti finanziari.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la manipolazione di mercato è illecito che offende non il 'mercato', quale *luogo* indefinito, inafferrabile e scarsamente oggettivabile e, dunque, in ultima analisi, per niente idoneo, a mio parere, a rappresentare un bene giuridico: bensì il 'mercato' in una sua specifica componente, quella del meccanismo di formazione dei prezzi, che viene in rilievo, nel caso di specie, quale 'interesse' al *mantenimento dei prezzi degli strumenti finanziari ad un livello fisiologico*.

[14] Cfr., con riferimento alla normativa previgente, D. Fondaroli, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in *Diritto penale del mercato finanziario*, a cura di F. Sgubbi, D. Fondaroli, A.F. Tripodi, CEDAM, Padova, 2008, pp. 124 ss.

Tale interesse, in verità, rappresenta (e non può che rappresentare) più propriamente lo *scopo* delle fattispecie. Dunque, esso designa non un *bene/interesse* ma un mero *profilo teleologico della tutela*.

7. *Operazioni* price sensitive*, scopo di protezione e bene tutelato*

Se di *bene* vero e proprio si vuole parlare, si deve guardare *all'informazione finanziaria*, e innanzitutto a quell'insieme di informazioni che sono alla base delle decisioni di negoziazione finanziaria e di relativo investimento[15].

Ma per poter realmente individuare in tale ambito un *bene giuridico*, che abbia le caratteristiche di *oggettivazione* e di *afferrabilità* senza le quali questa nozione non può assumere alcuna valenza denotativa, è indispensabile stabilire di quali informazioni debba trattarsi e, all'interno di tale insieme, quale sia il sottoinsieme rappresentato dalle informazioni che vengono in rilievo ai fini della manipolazione di mercato.

Ciò si rende necessario per due fondamentali ragioni.

a) *In primis*, alcuna teoria o alcuna tesi che goda di un minimo di attendibilità, può individuare tutte le informazioni in grado di determinare una decisione di investimento o di negoziazione finanziaria. È stato sostenuto – e anche dimostrato – che le decisioni di investimento in strumenti finanziari possono essere dettate dalle più diverse ragioni e che in ultima analisi esse non sono interamente (o non sono necessariamente) decisioni razionali. Pertanto, non si può parlare genericamente di informazioni che siano alla base delle decisioni di negoziazione, altrimenti la norma sarebbe del tutto indeterminata non potendosi tradurre in elementi suscettibili di verifica empirica e processuale, ma occorre circoscrivere il campo a quelle informazioni che siano valide secondo un ragionamento economico razionale: soltanto alcune informazioni, perché attinenti agli elementi di valutazione che, *secondo il sapere e la razionalità economico-finanziaria*, vengono apprezzati dagli investitori nel mercato finanziario, possono annoverarsi fra le informazioni che *verosimilmente* rappresentano la *base economico-finanziaria delle decisioni di negoziazione e di investimento*. In

[15] Sui rapporti fra informazione finanziaria e informazione societaria e sulla mancata coordinazione dei loro ambiti di disciplina e tutela, cfr. Preziosi, *Corporate information and financial transparency in the light of regulation of criminal market abuse: story of a failure that carries the EC trademark*, in «Megatrend Review», 2009, pp. 200 ss.; S. Seminara, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in «DPP», n. 5, 2006, pp. 549 ss.

questo senso – e solo in questo senso – si può parlare di informazioni *price sensitive*.

Si deve a tal proposito rilevare che troppo spesso, in materia di manipolazione di mercato, si parla di informazioni *price sensitive* in modo improprio ed arbitrario, ossia senza alcun riferimento normativo[16].

Questa categoria di informazioni, infatti, trova il suo referente nell'art. 114, TULF, ossia nella disciplina degli *obblighi di comunicazione al pubblico*: nozioni che facciano a meno di tale disciplina per individuare questa categoria di informazioni – come spesso usa fare la giurisprudenza – sono semplicemente arbitrarie e prive di base giuridica.

È bene, quindi, richiamarne la disciplina e le definizioni in essa contenute. Ai sensi dell'art. 114, cit., «1. Gli emittenti quotati comunicano al pubblico le informazioni privilegiate ai sensi dell'articolo 17 del regolamento (UE) n. 596/2014", il quale, a sua volta, stabilisce all'art. 7 che, in linea generale, "Ai fini del presente regolamento per informazione privilegiata si intende: a) un'informazione avente un carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti o uno o più strumenti finanziari, e che, se resa pubblica, potrebbe avere un effetto significativo sui prezzi di tali strumenti finanziari o sui prezzi di strumenti finanziari derivati collegati» e, inoltre, «4. Ai fini del paragrafo 1, per informazione che, se comunicata al pubblico, avrebbe probabilmente un effetto significativo sui prezzi degli strumenti finanziari, degli strumenti finanziari derivati, dei contratti a pronti su merci collegati o dei prodotti oggetto d'asta sulla base di quote di emissioni, s'intende un'informazione che un *investitore ragionevole probabilmente utilizzerebbe* come *uno* degli elementi su cui basare le proprie decisioni di investimento».

Pertanto, come dovrebbe essere evidente, vi è una indiscutibile circolarità definitoria fra *informazione privilegiata* e *informazione price sensitive* rilevante nell'ambito dei comportamenti manipolativi, di guisa che le disposizioni appena richiamate, a dispetto di opinioni interessate solo a sfuggire da ogni vincolo normativo, non sono pertinenti soltanto al campo dell'abuso di

[16] Si veda, con riferimento alla giurisprudenza meno recente già immediatamente dopo l'entrata in vigore della nuova normativa, Cass. Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 2063. Cfr. sul tema A. Rossi, *Le fattispecie penali di aggiotaggio e manipolazione del mercato (artt. 2637 c.c. e 185 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): problemi e prospettive*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2671 ss.; F. Mucciarelli, *Art. 185 – Manipolazione del mercato*, in *Il testo unico della finanza,* a cura di M. Fratini, G. Gasparri, UTET, Padova, 2012, pp. 2401 ss. Più di recente in giurisprudenza di particolare interesse, in materia di manipolazione informativa, Cass. Sez. V, 21 novembre 2019, n. 15.

informazioni privilegiate, ma anche a quello della manipolazione di mercato.

Per informazione *price sensitive* dovrebbe intendersi, pertanto, ciò che abbiamo precisato poc'anzi, cioè un'informazione che *verosimilmente* rappresenta la *base economico-finanziaria delle decisioni di negoziazione*, laddove la "ragionevolezza" sembra doversi declinare quale *calcolo* determinato da un *sapere economico-finanziario*, che si esplica (e si spiega), quindi, secondo una *razionalità* economico-finanziaria, distinta, pertanto, da *altre possibili ragioni di scelta da parte dell'investitore* ("*uno degli…*) non ispirate a criteri oggettivi di razionalità economico-finanziaria. Solo circoscrivendo, nel novero di informazioni così definito, la nozione di *price sensitive* si può pervenire ad un concetto *normativo* (fondato su *norme positive*) di informazione che *probabilmente ha un effetto significativo sui prezzi* degli strumenti finanziari, escludendo, conseguentemente, tutte quelle informazioni le quali, ancorché possano essere in astratto o in concreto determinanti nella formazione del prezzo di uno strumento finanziario, non devono rilevare ai fini della manipolazione di mercato in quanto, per espresso disposto, *non sono price sensitive* e non lo sono perché altrimenti ogni informazione potrebbe esserlo e con ciò sia la disciplina degli obblighi di comunicazione sia quella degli abusi di mercato sarebbero del tutto indeterminate e rimesse in ultima istanza al libero apprezzamento del giudice, ossia all'arbitrio giudiziale.

b) *In secundis*, all'interno di quest'ultimo insieme di informazioni ve ne sono soltanto alcune (quindi un sottoinsieme delle precedenti) che hanno specifica e diretta attinenza con il *prezzo anomalo* degli strumenti finanziari, poiché un'informazione *sensibile*, in quanto capace di determinare una decisione di investimento finanziario, può non tradursi affatto in una informazione *fuorviante o in un segnale falso*, cioè in un'informazione che *abbia o è probabile che abbia l'effetto di fissare il prezzo dello strumento finanziario ad un livello anormale o artificiale* (secondo i termini in cui sono formulate le fattispecie di illecito amministrativo, ai sensi dell'art. 12, Reg., cit.).

Così, ad esempio, gli utili attesi della società emittente, che sono sicuramente un possibile elemento di valutazione per gli investitori e, quindi, un'informazione *price sensitive*, possono non essere affatto fuorvianti, laddove il mercato sia invogliato ad investire in altri settori, che, per ragioni congiunturali, ad esempio, manifestino prospettive di rendimento maggiori; o perché, in un dato momento, la presenza di grandi quantitativi di derivati in scadenza può favorire i volumi sui sottostanti di quei derivati e portare a trascurare gli altri titoli che, perciò, non saranno sensibili alla predetta

informazione.

In altre parole, allo scopo di garantire *l'efficienza del mercato* sotto l'aspetto della corretta formazione dei prezzi, non solo è imprescindibile individuare – e circoscrivere – quelle tipologie di informazione che possono avere rilievo nella decisione degli investitori (*price sensitive*) nei termini di cui si è detto, ma è necessario, altresì, individuare dei criteri di selezione delle condotte manipolative.

Ed è quanto viene fatto nelle fattispecie di illecito amministrativo, le quali, *con riferimento alle manipolazioni operative*: *a*') tipicizzano direttamente il profilo finanziario dell'operazione, stabilendo specifiche tecniche operazionali che sono vietate e qualificate come manipolative (art. 12, cit., comma 2); *b*') pur prevedendo genericamente *l'avvio di un'operazione, l'inoltro di un ordine o qualsiasi altra condotta*, ne specificano l'oggetto «in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di uno strumento finanziario…» (art. 12, 1., lett. *a)*, *i)*) o connotano la condotta per il fatto di «utilizzare artifici o qualsiasi altra forma di raggiro o espediente» (art. 12, 1., lett. *b)*) o per il fatto di manipolare «il calcolo di un indice di riferimento» (art. 12, 1, lett. *d)*); *con riguardo alle manipolazioni informative*: ne specificano l'oggetto, stabilendo che le informazioni che forniscano o siano idonee a fornire segnali falsi o fuorvianti devono essere «in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di uno strumento finanziario», quindi informazioni che devono avere ad oggetto *offerta domanda o prezzo dello strumento*, non altre informazioni che pure possono riguardare indirettamente lo strumento finanziario (art. 12, 1., lett. *c)*), oppure quelle «in relazione a un indice di riferimento (*benchmark*)», sempre che la persona che ha proceduto alla trasmissione o fornito i dati sapesse o dovesse sapere che erano false o fuorvianti.

Non solo, sempre con riferimento alla manipolazione informativa rinveniamo un ulteriore aspetto di notevole rilievo. La nuova fattispecie di illecito amministrativo nella sua modalità *informativa* è collocata nell'art. 12.1., cit., lett. *c)*. In essa sono contemplate due sottofattispecie. La prima consiste nella diffusione di informazioni tramite mezzi di informazione o tramite ogni altro mezzo, che forniscano, o siano idonee a fornire, indicazioni false o fuorvianti – come si è visto – nell'altra le stesse informazioni devono essere tali che «è probabile che fissino, il prezzo di mercato… a un livello anormale o artificiale», sempre che la persona che ha diffuso l'informazione o la 'voce', sapesse o dovesse sapere che le informazioni erano false o fuorvianti.

Pertanto, se ne deduce che laddove l'informazione non abbia ad oggetto («in merito…») direttamente l'offerta, la domanda o il prezzo di

uno strumento finanziario, essa deve avere la *probabilità di fissare il prezzo dello stesso ad un livello anormale o artificiale*. Dunque, in tal caso deve trattarsi di un'informazione che possieda, sostanzialmente, il *requisito dell'idoneità alterativa*, analogamente – seppure formulato in termini diversi – a quanto richiede l'art. 185, TUF, cit. Che cosa può voler dire, infatti, che «è probabile» se non, innanzitutto, che l'informazione stessa sia idonea ad alterare il prezzo? Anzi, a rigore la probabilità del risultato esprime un nesso maggiormente significativo fra la condotta e il risultato medesimo, di quello che esprime la *concreta idoneità alterativa*, posto che una condotta può essere concretamente idonea a produrre un determinato risultato, ma, cionondimeno, può non essere probabile che quel risultato abbia a verificarsi.

Ebbene, tutto questo lo troviamo nel Regolamento UE che definisce gli *illeciti amministrativi* di manipolazione di mercato ed ora nel diritto positivo interno che recepisce tale Regolamento rinviando ad esso.

La sostanza è che le relative condotte risultano in questa sede determinate e descritte in modo sufficientemente preciso, rendendo così possibile l'applicazione tassativa delle fattispecie.

Inoltre, si può osservare che la caratteristica di queste fattispecie è di 'ambientare' le condotte tipiche all'interno del contesto operazionale dei mercati finanziari.

In altri termini, esse appaiono compenetrate all'operatività del mercato, ossia si tratta di condotte che sono poste in essere nell'istante in cui la domanda e l'offerta si manifestano all'interno del mercato finanziario, come testimoniano chiaramente le espressioni utilizzate per tipizzarle: «l'avvio di un'operazione», «in merito all'offerta alla domanda o al prezzo», «in relazione a un indice di riferimento», «l'acquisizione di una posizione dominante», le «condizioni commerciali non corrette», il riferimento ai «prezzi di apertura e chiusura».

Si è al cospetto, quindi, di condotte che investono direttamente la domanda e l'offerta, ossia il meccanismo di formazione dei prezzi; che, anzi, rappresentano essenzialmente specifiche modalità operative all'interno del mercato, che hanno direttamente a che fare con la negoziazione degli strumenti finanziari.

8. *La seriazione dei beni e l'oggetto di tutela nel delitto di manipolazione di mercato*

Non dobbiamo perdere di vista la circostanza che la manipolazione di mercato ha sempre a che fare con l'informazione[17], anche la manipolazione che va sotto il nome di *operativa.*

La garanzia che il prezzo dello strumento finanziario sia *fisiologico*, non *anomalo*, è data – come si desume dalla normativa vigente – dalla assenza di segnali falsi o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo, dunque dall'assenza di elementi (conoscitivi o di altra natura) mendaci o simulatori che possono generare, sul versante del *deceptus*, un'informazione o un quadro cognitivo ingannevoli.

Viene in rilievo l'interesse a che la negoziazione degli strumenti finanziari avvenga con prezzi fisiologici, non anomali; quindi, il valore, in termini monetari, dello strumento finanziario, in un momento essenziale per il mercato, quello della sua negoziazione.

Per tale ragione l'illecito amministrativo consiste, pertanto (e correttamente), nell'*avvio di un'operazione*, nell'*inoltro* di un ordine di compravendita o in qualsiasi altra condotta che invii, o è probabile che invii, segnali falsi o fuorvianti *in merito alla domanda, all'offerta o al prezzo* dello strumento finanziario o che consenta, o è probabile che consenta, di fissarne il prezzo ad un livello anormale o artificiale.

Ciò significa che, in questi casi, la condotta tipica si situa nel meccanismo stesso di formazione del prezzo dello strumento finanziario. In ciò la nuova normativa non sembra modificare sostanzialmente la vecchia, salvo specificare, nel Regolamento stesso, all'allegato 1, le tipologie di condotte che "possono" essere qualificate come manipolazioni di mercato, secondo gli *indicatori* ivi forniti.

In altre ipotesi, poi, si richiede pure l'avvio di un'operazione l'inoltro di un ordine o qualsiasi altra attività che *incida o sia probabile che incida sul prezzo* dello strumento finanziario, utilizzando artifici o qualsiasi forma di raggiro o espediente.

Ora, se ci chiediamo quale sia il bene tutelato in queste fattispecie, possiamo osservare che il mantenimento del livello normale o fisiologico del prezzo è il bene strumentale, che si riaggancia allo *scopo di tutela* delle norme considerate, non potendo esso qualificarsi come oggetto giuridico specifico di esse. Non avrebbe molto senso, infatti, dire che il *prezzo*

[17] Cfr., sul punto, R. Rordorf, *Importanza e limiti dell'informazione nei mercati finanziari*, in «GCM» , 2002, pp. 773/I ss.

fisiologico dello strumento finanziario sia il bene tutelato dalla norma, sia essa amministrativa o penale.

Bisogna allora cercare di mettere a fuoco l'effettivo bene tutelato nella fattispecie penale[18], che non può essere connotata da un *deficit di offensività* e che deve contenere un *quid pluris* in termini di contenuto offensivo rispetto alla omologa fattispecie di illecito amministrativo[19] e nonostante che quest'ultima, come si è visto, sia ora caratterizzata dalla *probabilità* che la condotta porti a fissare il prezzo ad un livello anomalo o artificiale.

In realtà *la 'fisiologia' dei prezzi è una condizione di efficienza del capitale di investimento*, il quale, in presenza di prezzi artificiali o anomali dovuti all'ingresso nel mercato di segnali o informazioni fuorvianti, può subire una *dispersione* in termini di valore e una *perdita di efficienza* in termini funzionali[20]. Specularmente, la fisiologia dei prezzi è la condizione (strumentale) perché il capitale finanziario venga investito in modo efficiente e senza subire dispersioni; la formazione di prezzi anormali o artificiali rappresenta il fatto in conseguenza del quale il capitale di investimento subisce una dispersione e il mercato dei capitali una perdita di efficienza allocativa.

Tuttavia, si deve precisare che il capitale è effettivamente un bene giuridico che presenta sia un aggancio costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.), sia una chiara afferrabilità empirico-sociale. Esso si riconduce al *patrimonio degli investitori* ed è pertanto da considerarsi *bene finale*[21] della fattispecie di

[18] È utile richiamare a questo proposito le sentenze Grande Stevens Cass. Sez. V, 15 ottobre 2012, n. 40393, con nota di V. Notargiacomo, *La manipolazione del mercato informativa. Nota a Cass. Sez. V pen. 15 ottobre 2012, n. 40393,* in «CP», 2013, XII, pp. 4627 ss.; T. Torino, 21 dicembre 2010, in «CP», 2011, p. 3565, con nota di E. Molinaro; S. Preziosi, *Il pericolo come evento e l'abbandono dello schema di accertamento prognostico nei reati di pericolo concreto*, in «GCM», 2012, n. 2. Sulla nozione di pericolo cfr. anche E. Musco, M.N. Masullo, *I nuovi reati societari,* Giuffrè, Milano, 2007, p. 281.

[19] Sui confini fra illecito penale e illecito amministrativo cfr. per un'ampia e approfondita sintesi del tema, Mezzeti in *Diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 250 ss.

[20] Sulle conseguenze, anche in chiave di mutate esigenze di tutela, della finanziarizzazione dell'economia in ambito penale cfr. F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 5 ss.; sui rapporti fra mercato finanziario e risparmio, cfr. F. Sgubbi, *Riflessioni introduttive*, in *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., pp. 1 s.; A.F. Tripodi, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 9 ss.

[21] Ed è proprio ad Antonio Fiorella che dobbiamo la distinzione fra beni giuridici strumentali e beni giuridici finali nell'ambito della c.d. *seriazione dei beni giuridici*: cfr., più di recente, Fiorella, *L'economia pubblica e privata quale oggetto dell'offesa e parametro del campo di matria*, in «RTDPE», n. 3-4, 2017, spec. p. 464. L'insigne Autore richiama anche la tematica degli abusi di mercato a tal proposito, con riferimento esplicito alla

manipolazione del mercato.

La perdita di efficienza allocativa, invece, non ha tali caratteristiche e non può essere considerata un bene giuridico. Essa, piuttosto, in quanto valore strumentale di un sistema economico e del valore che questo produce, costituisce lo *scopo della norma*, che è quello di conferire efficienza al mercato attraverso la garanzia della correttezza dei meccanismi di formazione dei prezzi.

La condotta manipolativa è, poi, il *punto di emersione dell'offesa tipica del reato*, in quanto rappresenta, cioè, quella condotta che possiede una *particolare attitudine offensiva*, un grado specialmente elevato di attitudine lesiva[22], rispetto al capitale di investimento, il quale si trova esposto al pericolo di dispersione in conseguenza delle condotte manipolative.

Ed invero, la corretta formazione del prezzo rappresenta, come si è detto, il bene strumentale della norma, che assume il valore di mezzo a fine, rispetto ad un bene di natura patrimoniale, che è costituito dal capitale di investimento, mentre l'efficienza allocativa del capitale costituisce lo scopo della norma, che, in questo senso, ma solo in questo senso, può inscriversi nell'ambito dei delitti contro l'economia.

Il punto di rilevanza dell'offesa/contenuto di tali fattispecie è rappresentato da quelle condotte (tipiche) che, incidendo direttamente sui meccanismi di formazione dei prezzi (offerta/domanda), ledono (o mettono in pericolo) il *capitale di investimento finanziario*.

Di qui dovrebbero discenderne molte implicazioni, sia per quanto riguarda la tipicità delle condotte manipolative, che relativamente alla concreta idoneità alterativa di esse[23]. In primo luogo circa la spiccata

necessità «che si chiarisca il modo e i limiti in cui la legge voglia tutelare il patrimonio dell'investitore attraverso la tutela dell'affidamento dei partecipi al mercato in un certo controllato funzionamento dello stesso che implica anche la parità di informazione tra i partecipi medesimi» *Ivi*, p. 471. Dello stesso Autore, fondamentale, Id., *Reato in generale*, in «ED», XXXVIII, Milano, 1987.

[22] Su tali nozioni cfr. R. Rampioni, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione* tipiche: *l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in «RIDPP», 2013, spec. p. 596.

[23] Si segnala, di notevole interesse, la recente Cass. Sez. V, 21 novembre 2019, n. 15, in tale pronuncia, prendendo in esame una complessa vicenda riguardante il settore assicurativo e confermando la decisione assolutoria della Corte d'Appello di Milano, la Suprema Corte chiarisce: «È certo vero che questa Corte ha precisato che il delitto di aggiotaggio manipolativo è un reato di mera condotta e di pericolo concreto, per la cui integrazione è sufficiente che siano posti in essere comportamenti diretti a cagionare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, senza che sia necessario il verificarsi di tale evento (Sez. V, n. 54300 del 14/09/2017, Banchero, Rv. 272083; Sez. V, n. 4619 del 27/09/2013, dep. 30/01/2014, Compton, Rv. 258708) ma è altrettanto vero che una forte discesa dei

prossimità delle condotte penalmente rilevanti rispetto alla lesione di tale bene, ossia la necessaria concreta minaccia che dalla condotta manipolativa sia derivata al capitale di investimento, il quale, seppure vada considerato un bene di natura patrimoniale, deve qui essere inteso come un *bene patrimoniale superindividuale*, per integrare la lesione o la messa in pericolo del quale, pertanto, è necessaria una attitudine lesiva particolarmente elevata, e, più precisamente, tale che la condotta sia in grado di dirottare risorse finanziarie consistenti, rappresentate da una platea di investitori, che si sarebbe determinata (o si è effettivamente determinata) verso l'offerta o la domanda di uno strumento finanziario a condizioni di prezzo o per volumi che, in mancanza della predetta condotta, non sarebbero stati realizzati.

corsi della azioni Fondiaria SAI e Milano Assicurazioni dopo il comunicato del 23 marzo 2011 che comunque dava conto di una perdita consolidata di 928,9 milioni di Euro (in forte crescita rispetto all'anno precedente, pari ad Euro 391,5 milioni) così che non vi era prova persuasiva del fatto che il prezzo delle azioni sarebbe ulteriormente calato qualora la posta della riserva sinistri fosse stata aumentata (in una misura peraltro non definita, in considerazione di quanto si è sopra affermato), tanto più che, sempre secondo la Corte, il suo riflesso sul risultato economico finale sarebbe stato contenuto alla ridetta minima percentuale (dello 0,1 % per Fondiaria SAI e dell'1,26 % per Milano Assicurazioni); la Corte aveva contrastato l'argomento della sussistenza della prova della *price sensivity* della notizia sulla base degli effetti del comunicato del dicembre del 2011, ricordando che quella nota stampa conteneva numerose altre notizie negative sull'andamento economico delle società di assicurazioni in oggetto; e nel ricorso non si controdeduce adeguatamente, illustrando, invece, come gli ulteriori motivi di allarme (rispetto alla insufficienza della riserva sinistri) lanciati con l'avviso del dicembre fossero stati tali da non prevalere, ancora una volta, sulla denunciata sottoriservazione, rendendola sostanzialmente, come si è ipotizzato per il comunicato del marzo, ininfluente».

Alessandra Rossi*

La responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di vigilanza

Sommario: 1. Tre ipotesi di esclusione della responsabilità penale autonoma dei componenti dell'Organismo di vigilanza – 1.1. I limiti di applicazione dell'art. 5 D.lgs. 231 – 1.2. I limiti di applicazione del combinato disposto degli artt. 16 e 30 D.lgs. 81/2008 – 1.3. I limiti di applicazione della normativa antiriciclaggio – 2. Il concorso eventuale nel reato presupposto commesso da soggetti qualificati – 2.1. I soggetti titolari di posizioni di garanzia: organo gestorio e organo di controllo – 2.2. La teoria dei meri doveri di sorveglianza... – 2.3. …e quella dei poteri impeditivi – 2.4. L'Organismo di vigilanza ha meri doveri di sorveglianza – 2.4.1. L'esclusione della posizione di garanzia anche con riferimento ai reati presupposto di cui all'art. 25-*septies* D.lgs. 231 – 2.5. Riflessioni in punto elemento soggettivo – 2.6. Un (curioso) arresto giurisprudenziale a conferma della teoria dei meri doveri di sorveglianza – 3. Conclusioni.

1. *Tre ipotesi di esclusione della responsabilità penale autonoma dei componenti dell'Organismo di vigilanza*

1.1. *I limiti di applicazione dell'art. 5 D.lgs. 231*

Prima di prendere in considerazione la questione (centrale) relativa alla sussistenza di una posizione di garanzia gravante sui soggetti qui considerati, con la conseguente configurabilità della particolare fattispecie di concorso eventuale di persone nel reato-presupposto realizzato materialmente dai soggetti apicali ovvero sottoposti di cui all'art. 5, lett. *a*) e lett. *b*) D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, con (cor)responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di vigilanza caratterizzata e perfezionata mediante apporto omissivo, pare utile una precisazione inerente la (possibile o meno) 'autonoma' realizzazione, da parte dei soggetti in parola, dei reati-presupposto di cui alla 'parte speciale' del D.lgs. 231/2001, con allora diretto 'coinvolgimento' dell'ente nell'interesse o a vantaggio del quale il fatto potrebbe essere stato appunto perfezionato.

Al riguardo, va ricordato che la fattispecie determinante la responsabilità

* Ordinario di Diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

amministrativa degli enti nasce dalla realizzazione di preindividuati reati, ai quali consegue la naturale forma di responsabilità. Non vi è dicotomia di condotta tra il reato e l'illecito amministrativo: il fatto è sempre il medesimo, unico nella realtà fenomenica, ma duplice nelle 'qualificazioni giuridiche', con il comportamento tenuto che appunto assume *e* la natura di condotta di reato nei confronti dell'autore-persona fisica *e* la natura di parte della condotta di illecito amministrativo per le soggettività collettive, ove l'ulteriore *tranche* di questa seconda complessa modalità si enuclea nelle antecedenti omessa attuazione/inidonea elaborazione/inefficace applicazione del 'piano di prevenzione' dei reati di riferimento (come noto, il Modello di organizzazione, gestione e controllo), quale 'onere organizzativo' dell'ente appunto finalizzato all'impedimento dei reati "*della specie di quello verificatosi*". La scelta del legislatore (artt. 5, 6, 7 del D.lgs. 231) risulta caratterizzata dalla previsione di due punti fermi: la doverosa presenza nell'autore del reato-presupposto di una qualifica o di una posizione soggettiva determinata o di fatto (ma in questo caso soltanto per ciò che concerne i soggetti apicali, stante il tenore dell'art. 5, lett. *a*) ed il particolare collegamento della condotta con l'organizzazione di impresa. Individuato il reato, attribuita rilevanza al legame fra il soggetto attivo e l'ente, considerata l'interconnessione tra illecito (penale) del primo ed illecito (amministrativo da reato) del secondo, accertata infine l'omissione della predisposizione o valutate negativamente l'effettività della adozione o l'efficacia della attuazione del Modello organizzativo, dal legame *de quo* nasce la responsabilità diretta dell'ente. L'ente sarà responsabile "*per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio*"; non risponderà qualora i soggetti di riferimento abbiano "*agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*" (art. 5, 2° comma D.lgs. 231).

A prescindere dalla particolare qualifica soggettiva che deve essere sostanzialmente accertata in capo ai soggetti attivi di reati-presupposto di tipo proprio, a soggettività ristretta preindividuata normativamente (qualifica che si potrebbe considerare 'di secondo livello', con il pensiero che corre, a titolo esemplificativo, alla fattispecie di concussione di cui all'art. 25 od ai reati societari di cui all'art. 25 *ter* D.lgs. 231), come appena evidenziato la possibilità di riconoscere una responsabilità dell'ente dipende dal fatto che l'illecito penale sia stato commesso da un soggetto-persona fisica il quale, in virtù delle funzioni esercitate, abbia un rapporto qualificato (che potremmo definire 'di primo livello') con la persona giuridica, rientrando appunto nel novero dei soggetti apicali o dei soggetti sottoposti.

Va esclusa ovviamente *a priori* la rapportabilità dei componenti

dell'Organismo di vigilanza alla categoria dei soggetti sottoposti alla direzione e vigilanza degli apicali: l'indipendenza e la loro autonomia 'gerarchica' rientrano, come noto, nel novero dei requisiti indispensabili per la corretta costituzione dell'Organismo di vigilanza stesso, quali concreta libertà di iniziativa e assenza di qualsivoglia condizionamento od interferenza nelle attività di competenza da parte dei 'gestori' dell'ente. Ma analoga considerazione vale in riferimento alla eventuale ricomprensione nella categoria degli apicali: come correttamente posto in evidenza in dottrina, la loro posizione "all'interno della persona giuridica non risulta funzionale ad una gestione dell'ente né consente loro di intromettersi nelle scelte dell'imprenditore circa le modalità di conduzione dell'impresa"[1], con estraneità ai processi operativi aziendali e stante la 'titolarità', invece, di funzioni di verifica/ispettive in uno con funzioni informative (in 'entrata' ed in 'uscita'), sullo schema operativo di un 'ufficio di supporto/organo di *staff*'. "Dall'applicazione del criterio del 'dominio sull'impresa' discende la conseguenza che l'organismo di vigilanza, per il difetto della sfera funzionale che radica la posizione dell'apice, non può in via di principio rientrare tra gli autori del reato 'suscettibili' di trasmettere la responsabilità all'ente. Il che sembra condurre ad escludere la 'trasmissibilità' della responsabilità all'ente per il fatto di reato commesso dal titolare dell'organismo di vigilanza a titolo monosoggettivo, cioè non in concorso con altro esponente dell'ente"[2]. E si può aggiungere che non risulta conferente neppure una possibile soggettività fattuale, escludendosi che i componenti dell'Organismo di vigilanza possano essere qualificati apicali 'di fatto', giusto il tenore al riguardo dell'art. 5 lett. *a*), trattandosi di soggetti, mi permetto ribadirlo, 'estranei' a determinazioni della politica aziendale.

Ancora, quand'anche si volessero 'assimilare' i componenti dell'Organismo di vigilanza ai soggetti componenti degli organi di controllo societario (ma così attraverso un procedimento analogico *in malam partem*, precluso sia a livello costituzionale, ai sensi dell'art. 25, 2° comma Cost., sia dallo stesso D.lgs. 231, in virtù dei contenuti dell'art. 1 – asserzione, questa, che ha valore quand'anche l'Organismo di vigilanza, ai sensi dell'art. 6, comma 4 *bis* D.lgs. 231, sia il collegio sindacale, trattandosi di una 'saldatura' che però obbliga i componenti a modalità di attività del tutto differenti e prive di sovrapposizione), comunque in

[1] Cfr. C. Santoriello, *La responsabilità penale dei componenti l'Organismo di Vigilanza*", in *Itinerari di diritto penale dell'economia,* a cura di R. Borsari, Padova University Press, Padova 2018, p. 361 ss.

[2] Testualmente A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Jovene, Napoli, 2019, p. 325.

proposito ben chiaro appare l'assunto *in parte qua* di cui alla Relazione governativa al D.lgs. 231 (punto 3.2), laddove viene evidenziato come "*non sia possibile riferire una responsabilità all'ente per illeciti relativi allo svolgimento di una funzione che si risolve in un controllo sindacale*". Detto assunto, chiaramente escludente la posizione (dei componenti) del collegio sindacale, il quale, in ragione delle competenze allo stesso attribuite, non può esprimere, con la propria condotta, un 'agire delittuoso' dell'ente, non può non 'estendersi' ed avere valenza del pari (e viepiù) escludente nei confronti (dei componenti) dell'Organismo di vigilanza.

Va peraltro precisato che certamente potrà invece sussistere una responsabilità penale per apporto commissivo/attivo dei componenti dell'Organismo di vigilanza in concorso eventuale di persone nei reati-presupposto di cui agli artt. 24 ss. del D.lgs. 231, realizzati dai soggetti (qualificati) apicali ovvero sottoposti, nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Saranno comunque necessari tutti gli accertamenti 'penalistici' relativi al perfezionamento di detto tipo di coinvolgimento (portata ed efficacia causale dell'apporto attivo in parola del concorrente componente dell'Organismo di vigilanza; accertamento della opportuna copertura soggettiva). Aggiungendosi in dottrina – a mio pensare, quale massimo allargamento dei limiti/confini accettabili e così 'legittimi' di una applicazione (estensiva) delle regole di cui all'art. 110 c.p. – che "ferma restando la molteplicità di forme che, in concreto, può assumere la 'condotta attiva' dell'organismo di vigilanza nel concorrere in un reato, occorre considerare che, tra i contributi da considerarsi 'attivi' rientrano non soltanto le 'azioni' dell'organismo che costituiscano una 'condotta attiva' in senso stretto, ma anche tutti quei casi in cui sia possibile riscontrare una 'dolosa inerzia' dell'organismo di vigilanza nell'esercizio delle proprie funzioni, rispetto a reati che vengano realizzati attraverso una calcolata inosservanza del Modello preventivo di cui l'organismo sia consapevole. Là dove tale condotta inerte del sorvegliante abbia determinato, o istigato, l'esponente a commettere il reato, facendone insorgere o rafforzandone il proposito criminoso, possono configurarsi gli estremi di un 'concorso attivo' mediante un contributo di tipo 'morale'"[3].

1.2. *I limiti di applicazione del combinato disposto degli artt. 16 e 30 D.lgs. 81/2008*

Una particolare riflessione merita la posizione dei componenti

[3] Così ancora Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, cit., p. 333 ss.

dell'Organismo di vigilanza in relazione ai reati-presupposto di cui all'art. 25 *septies* – *Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, chiedendosi se essi possano essere chiamati a rispondere nel caso in cui si verifichino le fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p. derivanti dalla violazione della normativa in parola[4]. È stato infatti affermato che, rispetto ai suddetti illeciti, la posizione dei componenti dell'Organismo di vigilanza si atteggerebbe in maniera diversa rispetto a quanto può sostenersi per le altre tipologie di illeciti ricomprese nel novero dei reati che fondano la responsabilità delle società. Dal tenore degli artt. 2, 55 e 56 del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e succ. mod. si evince che i possibili soggetti attivi delle fattispecie possono essere il datore di lavoro, il dirigente, il preposto ed il Responsabile del servizio di prevenzione e protezione: non ritengo azzardato affermare con determinazione che in nessuna di tali figure possono essere sussunti i componenti dell'Organismo di vigilanza, come può desumersi dalle definizioni che di detti soggetti il D.lgs. 81/2008 fornisce; con sicura esclusione altresì dell'ingresso di una possibile soggettività fattuale, ai sensi del disposto di cui all'art. 299 D.lgs. 81.

Nonostante appunto nessuna di tali qualifiche possa essere riferita ai componenti dell'Organismo di vigilanza, una linea interpretativa perviene ad una conclusione diversa sulla base di due considerazioni: si richiama in prima istanza il disposto di cui all'art. 30, 3° e 4° comma del D.lgs. 81/2008, in base ai quali l'Organismo di vigilanza deve provvedere alla verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio di infortuni nei luoghi di lavoro gestiti dall'impresa collettiva e deve controllare l'efficace funzionamento del Modello organizzativo adottato dall'ente onde prevenire sinistri ed incidenti alla salute dei lavoratori ed in secondo luogo si fa riferimento all'art. 16 – *Delega di funzioni* del D.lgs. 81. Così, la possibile responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di vigilanza viene ricostruita sul presupposto che, seppur il datore di lavoro abbia delegato ad un terzo il profilo della sicurezza del lavoro, egli rimane comunque titolare di un obbligo di vigilanza circa la corretta esecuzione dei propri compiti da parte del soggetto delegato, di tale che in presenza di una violazione delle prescrizioni di cui al D.lgs. 81/2008 possono rispondere tanto il delegato che il datore di lavoro delegante. Tuttavia, l'obbligo di vigilanza di cui si discute può essere assolto – secondo quanto prevede l'art. 16 – attraverso l'adozione ed efficace attuazione del Modello di cui al sopra citato art. 30, 3° e 4° comma

[4] V. sul punto C. Santoriello, *La posizione dei componenti dell'organismo di vigilanza rispetto agli infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in «Rivista 231», Interventi, 2015.

D.lgs. 81/2008 e, posto che l'Organismo di vigilanza svolge un ruolo determinante nella efficace attuazione del Modello, laddove i componenti non adempiano in modo corretto a tale compito, la loro negligenza può avere un'efficacia impeditiva sulla vigilanza che il datore di lavoro deve costantemente esplicare sulla condotta del soggetto delegato alla sicurezza. Con la conseguenza che qualora dall'omessa vigilanza del datore di lavoro derivasse la violazione della normativa antiinfortunistica, con conseguente verificarsi di un omicidio o di lesioni colpose, dei reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p. dovrebbero rispondere – oltre al datore di lavoro ed al delegato per la sicurezza – anche i componenti dell'Organismo di vigilanza, laddove si dimostri che non abbiano saputo controllare l'efficace funzionamento del Modello organizzativo adottato dall'ente e tale circostanza abbia, a sua volta, determinato un comportamento negligente da parte degli altri soggetti presenti in azienda.

Tali considerazioni non risultano tuttavia convincenti e non paiono idonee a superare l'affermazione di irrilevanza della condotta omittente dei componenti dell'Organismo di vigilanza in caso di commissione dei reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p. Il punto critico della tesi pare da rinvenire nelle finalità che si assegnano al controllo che l'Organismo di vigilanza deve svolgere in ordine all'efficace funzionamento del Modello organizzativo adottato dall'ente. Infatti, si ritiene che il suddetto obbligo di vigilanza gravi sull'Organismo di vigilanza non in quanto ad esso competa la prevenzione degli eventi negativi di reato, posto che il combinato disposto di cui agli artt. 25 *septies* del D.lgs. 231/2001, 589 e 590 c.p., 30, D.lgs. 81/2008 non fonda certo una responsabilità dei componenti dell'Organismo di vigilanza per i reati di lesioni od omicidio colposi, indicando invece le disposizioni, le modalità e le condizioni in presenza delle quali la persona giuridica possa andare esente da responsabilità nonostante l'addebitabilità dei fatti ad un atteggiamento negligente di uno dei dirigenti. Come asserito in dottrina, "in via conclusiva, in base ai citati artt. 25 *septies,* 589 e 590 c.p., i componenti dell'Organismo di vigilanza devono operare per garantire e controllare il corretto funzionamento del Modello di organizzazione e gestione per la prevenzione dei rischi contro la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro: tuttavia, se non adempiono a tali obblighi e si verifica un infortunio a carico di uno dei dipendenti dell'impresa, nei loro confronti può maturare una ipotesi di responsabilità civile nei confronti dell'ente collettivo nel cui ambito operano, ma nessuna contestazione di violazione delle previsioni penali di cui agli artt. 589 e 590 c.p. può essere loro mossa. Quand'anche si ritenga che questi soggetti non abbiano adempiuto correttamente agli obblighi di

controllo e sorveglianza sull'efficace attuazione del Modello organizzativo, non può ritenersi che tale inosservanza abbia avuto efficacia causale sul verificarsi dell'infortunio, giacché gli stessi – laddove avessero registrato una qualche criticità nel funzionamento del Modello organizzativo – in nessun modo avrebbero potuto porvi rimedio, salvo segnalare la carenza al datore di lavoro, il quale rimane l'unico soggetto in grado di farvi fronte e la cui inerzia certo non è surrogabile da un intervento fattivo e operativo dell'Organismo di vigilanza. Peraltro, la circostanza che i soggetti qui considerati possano svolgere – quando riscontrino l'insufficienza del Modello organizzativo o la sua carente implementazione in azienda – solo una funzione di suggerimento o di sollecito nei confronti del datore di lavoro e dei suoi collaboratori potrebbe consentire – anche se formuliamo tale conclusione in via dubitativa – comunque di rinvenire un'ipotesi di responsabilità di questi soggetti a titolo di cooperazione colposa con la condotta del datore di lavoro, del dirigente, del preposto, ai sensi dell'art. 113 c.p."[5], ad esempio allorquando l'intervento attivo/commissivo dell'Organismo di vigilanza riveste una ben determinata e significativa valenza causale rispetto al verificarsi dell'infortunio. E su questo assunto occorre porre all'attenzione come altra dottrina ritenga che la posizione dell'Organismo di vigilanza possegga "molti caratteri che indiziano la presenza di una responsabilità concorsuale colposa", individuabili nell'operatività dell'Organismo di vigilanza nell'ambito pluripersonale e procedimentalizzato del diritto dell'impresa, ove si verifica "un totale abbattimento del principio di affidamento, sostituito dall'obbligo di prevedere l'imprudenza altrui", nelle funzioni, nelle aspettative collettive, essendo considerato "centro di garanzia del rispetto delle procedure, quale istanza autonoma ed accessibile a tutti per la segnalazione di disfunzioni organizzative e dalla quale ci si attende l'adozione di provvedimenti conseguenti alla funzione di tutela svolta" e nella capacità di indurre e modulare la percezione del rischio, così ritenendosi l'Organismo di vigilanza non responsabile direttamente o 'semplicemente' per il proprio 'disimpegno' nella funzione affidata rispetto al Modello, ma solo in quanto, in modo interattivo e con un comportamento attivo, definibile "di tipo agevolativo speciale per specificazione rispetto a quella dell'ente"[6] abbia determinato nei garanti normativamente istituiti dal

[5] Testualmente Santoriello, *La posizione dei componenti dell'organismo di vigilanza rispetto agli infortuni sul lavoro e malattie professionali,* cit.

[6] Tutte le affermazioni testuali sono di F. Consulich, Vigilantes puniri possunt. *I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, a cura di R. Borsari, Padova University Press, Padova, 2016, p. 209 ss.

D.lgs. 81 un (ulteriore) comportamento negligente, ad esempio inducendoli ad omettere od aggiornare i presidi-sicurezza.

1.3. *I limiti di applicazione della normativa antiriciclaggio*

A titolo meramente 'informativo', mi piace ricordare come sia ormai 'storia' l'ascrizione diretta di responsabilità penale, con ipotesi a natura di delitto omissivo proprio, oltre ai componenti degli organi di controllo societario quali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza ed il comitato interno per il controllo sulla gestione, anche ai componenti dell'Organismo di vigilanza degli enti sottoposti all'operatività della normativa 'antiriciclaggio', per inottemperanza alle prescrizioni di vigilanza e di comunicazione, nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze, di notizie e fatti di cui fossero venuti a conoscenza nella propria specifica attività, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 52 e 55 della precedente versione del D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 in materia di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio[7]. Con la riforma di cui al D.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, *Attuazione della Direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi delle attività criminose e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del Regolamento (UE) 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006*, l'art. 46, nel quadro degli obblighi di comunicazione, precisa che grava sui componenti del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione (e così con mantenuta diretta attenzione ai componenti degli organi di controllo societario) un obbligo di tempestiva comunicazione delle operazioni ritenute potenzialmente sospette, di cui abbiano avuto conoscenza nell'esercizio della propria funzione, nonché di segnalazione alle autorità di vigilanza del settore dei fatti che possano integrare violazioni gravi, ripetute, sistematiche o plurime delle disposizioni del decreto, di cui traggano conoscenza nell'esercizio delle rispettive funzioni: in questo contesto, merita di essere segnalata l'esclusione invece del coinvolgimento specifico e diretto dei componenti dell'Organismo di vigilanza (seppur sempre presente la 'particolare' situazione di cui all'art. 6, comma 4 *bis* D.lgs. 231, che si riscontra con frequenza proprio negli istituti di credito, giusta la previsione in tal senso).

[7] V. Mongillo, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in «Rivista 231», 4/2015, p. 103 ss.

2. *Il concorso eventuale nel reato presupposto commesso da soggetti qualificati*

Come *supra* già posto all'attenzione, continua ad essere attuale la *querelle* sulla sussistenza di una posizione di garanzia sui soggetti qui considerati, con la conseguente configurabilità della particolare fattispecie di concorso eventuale di persone nel reato-presupposto realizzato da uno dei soggetti apicali ovvero sottoposti, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, con responsabilità penale (concorsuale) dei componenti dell'Organismo di vigilanza caratterizzata e perfezionata però mediante apporto omissivo (ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 110 ss. c.p.).

In termini schematici ed assai ristretti, si ha concorso mediante omissione quando – primo requisito – attraverso un comportamento omissivo si fornisce un contributo ad un reato commissivo da altri posto in essere, a condizione che l'omissione sia 'condizione necessaria', per cui il fatto di reato in concorso non si sarebbe perfezionato se il soggetto avesse compiuto l'azione doverosa impeditiva (che ha invece omesso di realizzare).

Quale secondo requisito, deve sussistere in capo all'omittente una posizione di garanzia/obbligo giuridico di impedire il fatto stesso, ove la mancanza di detto indefettibile presupposto esclude la partecipazione criminosa (con, al massimo, semplice connivenza o mera adesione morale, 'di regola' non punibili). Ciò, anche considerato che nel nostro sistema penale l'omissione penalmente rilevante non consiste in un mero 'non fare', ma nel non compiere un'azione doverosa.

In forza dell'art. 40, 2° comma c.p. il non impedimento di un evento – in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi volto in tale direzione – è equiparato alla sua attiva causazione, cioè ad un apporto attivo a carattere condizionalistico: la norma va estesa al di là della sola operatività come norma regolante la causalità nei reati omissivi impropri, ma considerata quale unica, possibile norma limitante, nel concorso di persone, in chiave garantistica, una eccessiva, deregolamentata ed incondizionata rilevanza penale di qualsivoglia comportamento omissivo, anche e soprattutto nell'eventualità di un concorso di persone nel reato. Da cui il conseguente assunto: non impedire un fatto di reato che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a permettere agli altri concorrenti di realizzarlo.

La posizione di garanzia può essere inquadrata nella posizione di protezione e nella posizione di controllo. Al paradigma delle posizioni di controllo su fonti di pericolo può essere ricondotto il caso nel quale il garante è obbligato ad impedire l'agire illecito di un terzo; situazione, questa, ove talora – caso per noi in questa sede rilevante – la posizione di

garanzia si fonda sull'esistenza di un potere giuridico che pone determinati soggetti in condizione di impedire la commissione di reati da parte di altri soggetti.

Presupposto della qualificazione del contenuto della garanzia e della delimitazione della sua ampiezza è la preliminare individuazione del titolare della posizione, da prospettarsi in relazione allo specifico illecito concretizzatosi nel contesto imprenditoriale, in prima istanza e nell'ambito dell'attività (di impresa), in seconda battuta. Ciò vale soprattutto per le condotte omissive, ferma la sua conferenza altresì per quelle commissive. Stante la ben nota spersonalizzazione delle strutture imprenditoriali, la questione non è di immediata risoluzione, non ultimo perché il percorso ricostruttivo viene a svilupparsi attraverso l'applicazione delle 'regole interne' dell'ente che costituiscono la disciplina dell'organizzazione, così informando i poteri ed i correlativi doveri dei soggetti in esso inseriti; ove la parcellizzazione delle responsabilità sia in orizzontale, sia in verticale, obbliga ad una verifica viepiù minuziosa, anche considerate la natura e le caratteristiche di reati qualificati normativamente reati-presupposto. Si evidenzia, comunque, il disagio nell'ovviare ad una certa qual indeterminatezza nell'individuazione dei garanti, con l'incertezza del dato normativo che si riverbera sull'incertezza della prassi applicativa. Il che aumenta il rischio che, stanti le 'oscure' realtà delle dinamiche societarie, si disattenda l'accertamento concreto e si presuppongano, in relazione alla funzione ricoperta dai soggetti, astratte, automatiche e presunte responsabilità.

Va aggiunto che la posizione di garanzia, a fronte della presenza di un organo collegiale, deve essere ravvisabile sui singoli componenti lo stesso e non già sul 'collegio', posto che, dovendo fondare una responsabilità personale, deve rilevare su posizioni individuali; e ciò, anche al fine di evitare quei rischi di 'responsabilità diffusa', che ricada, indistintamente, su tutti i membri del collegio per il solo fatto di appartenervi.

La provata sussistenza concreta in capo allo specifico soggetto di riferimento della posizione di garanzia, in uno con le prove degli altri elementi essenziali di fattispecie, porta a legittimare, in caso di violazione, un'imputazione appunto a titolo di concorso omissivo nel reato non impedito. Il che significa, al contrario, che, mancando in capo al soggetto l'obbligo in parola, non essendo egli titolare di una posizione di garanzia, la sua omissione non costituirà condotta di partecipazione rilevante nel reato in concorso.

2.1. *I soggetti titolari di posizioni di garanzia: organo gestorio e organo di controllo*

In questo quadro, pare utile, come esegesi sistematica, portare all'attenzione la configurazione e le interne caratteristiche delle più classiche e consolidate presenze di posizioni di garanzia nelle imprese.

Il primo fattore di enucleazione di sussistenza di una posizione di garanzia in capo a soggetti persone fisiche viene a riguardare i componenti dell'*organo gestorio*, all'interno del quale comunque si evidenziano figure assai diverse, modulate tra soggetti (totalmente o parzialmente) 'operativi' e soggetti privi di deleghe, ove la complessa analisi della correlativa normativa civilistica gioca un ruolo di spicco non solo per l'individuazione dei titolari della posizione di garanzia, ma altresì per la migliore costruzione della sua ampiezza. Si evidenziano in concreto due categorie di doveri di garanzia: i doveri relativi alla amministrazione ampiamente intesa, finalizzati alla protezione 'della società' e 'del patrimonio sociale', dai quali discende per i garanti l'obbligo di impedire (tra gli altri) i reati societari; i doveri correlati alla gestione tecnica, operativa e commerciale, che incombono sulle persone fisiche che occupano i vertici dell'impresa e dell'organizzazione, ai quali la legge ed eventualmente lo statuto societario affidano il compito di organizzare la struttura e l'attività dell'impresa in modo adeguato alla salvaguardia degli interessi dei singoli e della collettività che possono essere messi in pericolo dall'attività di impresa.

Il secondo fattore di enucleazione di sussistenza di una posizione di garanzia in capo a soggetti persone fisiche viene a riguardare i componenti dell'*organo di controllo*. Dottrina e giurisprudenza da tempo individuano i sindaci (ma, oggi, il discorso si estende ai componenti degli organi di controllo nei sistemi di governo societario monistico e duale) come titolari di una posizione di garanzia che si fonda sugli artt. 2403, 2403 *bis* e 2407 c.c.: sulla base dell'obbligo di vigilare sul rispetto della legge e in ragione della responsabilità civile condivisa con gli amministratori, i sindaci avrebbero un obbligo di vigilanza consistente nel dovere di impedire che gli amministratori stessi, nell'esercizio delle loro funzioni, commettano fatti penalmente rilevanti 'connessi' all'attività d'impresa.

A livello generale, va ricordato che ai sindaci si richiede un controllo assai articolato e complesso, che vede in un 'intrecciarsi' di dati (normativi e non) la propria base giuridica. In termini sintetici e riassuntivi, nelle 'attività' dei componenti gli organi di controllo si possono distinguere un momento ricognitivo, nel quale viene 'conosciuto' quanto da controllare;

un momento valutativo, di verifica della conformità dell'oggetto del controllo ai parametri di riferimento; un momento reattivo, di intervento sulle irregolarità 'scoperte'. È alla globalità di detti doveri che occorre riferirsi per 'quantizzare' il contenuto della posizione di garanzia, nel contesto penalistico, ricordandosi come non sia corretto 'trasformare' gli obblighi di controllo in altrettanti 'obblighi di impedimento del reato', trascurando che il riconoscimento di obblighi di vigilanza è prodromico alla costituzione di posizioni di garanzia, ma i primi non si traducono necessariamente nelle seconde.

Specificamente in punto responsabilità penale, per fissare qualche 'regola', il passaggio attraverso l'analisi delle regole civilistiche deve essere utile esclusivamente per fissarne l'operatività 'piena' al solo settore civile, 'abbandonandosi' poi l'astrattezza della posizione di garanzia 'civilmente' letta e addivenire alla concretezza della 'situazione di garanzia', 'penalmente' rivisitata nei suoi reali ed operativi contenuti ed obbligatoriamente ancorata e limitata dal singolo e specifico accadimento.

Occorre poi che la violazione dell'obbligo di vigilanza abbia conseguenze appunto penali solo allorquando i fatti non impediti rientrino tra ipotesi rapportabili nell'ambito delle istituzionali attività gestorie dei componenti dell'organo di amministrazione sottoposte e sottoponibili al sindacato dell'organo di controllo, posto che la posizione di garanzia si perfeziona in una presa di posizione difensiva dell'ordinamento a favore degli interessi implicati nella gestione della società. E grande attenzione dovrà essere dedicata al momento causale.

Non va inoltre dimenticato come non vi sia completa rispondenza tra i doveri di controllo, di norma diretti su attività degli organi amministrativi già realizzate ed i doveri di impedimento, caratterizzati dall'esercizio di poteri volti appunto ad impedire l'evento temuto e quindi proiettati verso un evento futuro. Nel primo caso, quando cioè il fatto illecito si sia compiutamente già realizzato, bisogna escludere l'ammissibilità di un concorso tra componenti dell'organo di controllo e componenti dell'organo gestorio in un reato totalmente perfetto al momento della presa di cognizione da parte dei componenti l'organo di controllo. Nel secondo caso, quando cioè il dovere di controllo si specifichi in un dovere di impedimento, in quanto riferibile e suscettibile di intervento su un'attività dei componenti l'organo di amministrazione *in itinere* o addirittura futura, al fine di evidenziare la loro responsabilità penale *ex* artt. 110/40, 2° comma c.p. occorrerà accertare sia l'esistenza dei poteri di intervento, sia il loro riconoscimento da parte dell'ordinamento, sia l'idoneità dell'intervento stesso ad evitare l'evento

temuto. Ed a tale proposito, ribadita la complessità della prova sul nesso di causa, si deve opportunamente distinguere tra 'obbligazioni di mezzi' ed 'obbligazioni di risultato', poste esattamente per impedire quell'evento: nel contesto penalistico saranno le seconde che – sole – potranno rilevare.

2.2. *La teoria dei meri doveri di sorveglianza…*

Venendo al nucleo della problematica che qui si intende affrontare, esso si incentra sulla eventuale individuazione di una posizione di garanzia di cui siano titolari (*rectius,* gravati) i componenti dell'Organismo di vigilanza, tale per cui possano essere chiamati a rispondere, quali concorrenti nel reato, per omesso intervento impeditivo del reato presupposto perfezionato dai soggetti di cui all'art. 5, lett. *a)* e lett. *b)* del D.lgs. 231.

Sull'argomento in dottrina si registrano due posizioni differenziate.

Da una parte, si esclude che in capo all'Organismo di vigilanza possa configurarsi un obbligo di impedire l'evento-reato, con l'insorgenza della conseguente corresponsabilità dei componenti dello stesso. Si argomenta in tal senso che l'obbligo gravante sull'Organismo di vigilanza è un obbligo di sorveglianza sulla funzionalità del Modello organizzativo che non comporta, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., in combinato disposto con i principi del concorso eventuale di persone nel reato ai sensi degli artt. 110 ss. c.p., alcun obbligo di impedire la commissione di reati. Si usa distinguere anche in detto particolare ambito soggettivo l'obbligo di garanzia, che fonda la responsabilità omissiva per concorso nel reato commissivo, dall'obbligo di sorveglianza, inteso come l'obbligo giuridico gravante su specifiche categorie di soggetti, privi dei poteri giuridici impeditivi, di vigilare sull'attività altrui per conoscere dell'eventuale commissione di fatti offensivi e di informare il titolare o il garante del bene, obbligo che esula dall'ambito di applicazione di tale norma. Da ciò deriverebbe che l'Organismo di vigilanza avrebbe esclusivamente compiti di controllo in ordine al funzionamento e all'osservanza del Modello, mentre risulterebbe privo di alcun potere di interdizione e quindi non gravato di un obbligo di impedire l'altrui reato.

Ritengo che questa conclusione (peraltro prevalente in dottrina) poggi su solide basi argomentative: al di là della sempre dibattuta questione del confine tra effettivi doveri-poteri di impedimento e 'meri' doveri-poteri di sorveglianza, le funzioni (di vigilanza) caratterizzanti l'incarico dell'Organismo di vigilanza non riguardano direttamente l'attività della persona giuridica ed i comportamenti dei suoi componenti al fine di prevenire concreti fatti penalmente illeciti, quanto invece la verifica della

cosiddetta 'tenuta' del Modello 231, nel senso della costante osservanza e della concreta idoneità dello stesso a minimizzare il rischio-reato. E non pare azzardato concordare con chi osserva come sia "proprio la connotazione *sui generis* dell'Organismo di vigilanza sul piano strutturale e funzionale, la sua natura ibrida rispetto sia ad un *manager* addetto alla *compliance* sia ad un tradizionale organo sociale di controllo (collegio sindacale) ad avere … schermato i suoi componenti dall'eventualità di addebiti in sede penale"[8].

Più nello specifico, permettendomi una brevissima 'disgressione' finalizzata alla 'dimostrazione' degli obblighi normativamente previsti per i componenti dell'Organismo di vigilanza, il 'sistema 231' si presenta 'basato' sul Modello di organizzazione e gestione, documento a struttura caleidoscopica che, nelle sue declinazioni tra parte generale, parte speciale, protocolli e procedure operative, presenta le concrete scelte comportamentali della persona giuridica dirette ai soggetti alla stessa 'legati', destinatari delle regole di cui al Modello, in relazione alla prevenzione dei reati che potrebbero trovare terreno fertile nell'ambito strutturale della persona giuridica appunto.

Quanto alle modalità operative, si evidenzia in riferimento al Modello 231 la necessità/opportunità dei seguenti elementi caratterizzanti:

- *adeguatezza*, quale condizione di coerenza degli strumenti preventivi da adottarsi in base alle effettive dimensioni ed alle caratteristiche di complessità operativa dell'ente e come rispondenza reale alla natura delle problematiche e del perimetro dei rischi che contraddistinguono la specifica entità e le sue funzioni interne. Si tratta del principio più articolato, sul quale si fonda e si regge l'impianto preventivo e che ne implica la validità e l'effettiva utilità strumentale;
- *predittività*, quale principio fondamentale della finalità preventiva, che si concretizza nella predisposizione di meccanismi anticipatori basati su modalità di segnalazione anticipata dei potenziali fenomeni, in grado di fornire ai soggetti responsabili della prevenzione elementi di controllo della tenuta del Modello *ex ante*;
- *efficacia*, intesa come rispondenza alla soluzione delle problematiche di rischio di illeciti nelle condizioni di specificità della persona giuridica;
- *articolazione*, che si estrinseca nella scomposizione analitica dei processi e delle aree di responsabilità, con un livello di dettaglio consono alle

[8] Testualmente Mongillo, *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 102. V. anche E. Napoletano, *Omesso impedimento del reato e illecito amministrativo dell'ente: quale responsabilità per l'Organismo di Vigilanza nel caso di omesso o insufficiente controllo?*, in «GiuP», 3/2020, *passim.*

caratteristiche dell'ente, al fine di localizzare e moltiplicare le informazioni, i presidi e gli attori dei controlli;

- *rilevanza*, quale pregio dei flussi informativi che interessano le persone giuridiche nel loro complesso, ma, soprattutto, lo specifico segmento interno di riferimento: il processo, l'area di responsabilità, la funzione, come variamente individuati nella progettazione dell'articolazione del Modello stesso;
- *responsabilizzazione formale*, come necessario presupposto per un effettivo impegno organizzativo da parte del *management*, attraverso la formale attribuzione di responsabilità e di poteri di controllo sui rischi, con un chiaro, esplicito e 'codificato' riferimento a soggetti individualmente identificati;
- *relatività*, considerata in funzione della diversa idoneità del Modello alle finalità in generale previste dal legislatore, ma con la precisazione dei contenuti in ordine al perseguimento degli obiettivi di prevenzione dei reati e dei comportamenti illegali oggetto della mappatura del rischio;
- *dinamicità*, atta ad una verifica periodica della validità del Modello; principio che si concretizza, di fatto, in una doverosa *riprogettazione*, con il Modello che dovrà essere implementato in rispondenza ad interventi normativi quali, ad esempio, la previsione di ulteriori reati e dovrà in parallelo evolversi in base alle modifiche organizzative della persona giuridica.

Su queste premesse, gli obblighi normativamente previsti in capo ai componenti dell'Organismo di vigilanza sono enucleabili in prima istanza nell'obbligo/dovere di vigilanza sull'efficace operatività funzionale e sull'osservanza del Modello, tramite il controllo altresì sulla concreta applicazione delle regole cautelari e sulla loro adeguatezza preventiva, nonché nell'obbligo di curare la validazione e l'aggiornamento delle stesse, in uno con obblighi informativi; unitamente ad altri eventuali obblighi stabiliti da fonti differenti da quelle normative. Ne conseguono/risultano correlati poteri di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza delle regole preventive per verificare l'attuazione e l'adeguatezza dei presidi cautelari, poteri di attivarsi per richiedere e ottenere opportune informazioni 'interne' all'ente ed eventuali altri poteri modulati e declinati sulla base delle possibili fonti differenti da quelle normative. Si tratta, come ben sostenuto[9], "di poteri giuridici di tipo 'valutativo' (i poteri di controllo), il cui esercizio può presupporre i poteri giuridici di natura 'ricognitiva' e 'ispettiva'"

[9] Così Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato,* cit., p. 387-389.

che "certamente non possono qualificarsi di tipo 'impeditivo' dell'altrui comportamento illecito", non avendo i componenti dell'Organismo di vigilanza "il potere di 'inibire' e 'impedire' l'altrui attività illecita, ovvero il suo effetto dannoso o pericoloso". Mancano infatti i presupposti necessari per la costituzione normativa di una posizione di garanzia, fondata (come richiesto) su obbligazioni di risultato impeditivo e, ancor prima, su poteri di intervento, escludendosi così il concorso omissivo del componente dell'Organismo di vigilanza sul reato 'altrui'. Aggiungendosi che neppure un trasferimento 'negoziale' dall'organo amministrativo/gestionale della persona giuridica all'Organismo di vigilanza dei poteri (al primo spettanti) della 'propria' posizione di garanzia potrebbe comportare il dovere impeditivo, posto che l'Organismo di vigilanza verrebbe ad assumere operatività atipiche, deviando dal suo ruolo di semplice 'sorvegliante' sull'applicazione delle regole preventive, per trasformarsi, attraverso una sorta di 'mutazione genetica', in un 'garante' dell'altrui lecito condursi nell'esercizio delle attività dell'ente[10]. E ancora, ugualmente inconferente si presenta, come *supra* già prospettato, seppur in un quadro più generale, la affermazione che l'obbligo di impedimento dell'altrui reato in capo all'Organismo di vigilanza possa aver origine dall'esercizio di fatto di poteri giuridici di intervento.

2.3. …*e quella dei poteri impeditivi*

L'opposto orientamento rileva che la distinzione *supra* assunta e sottoscritta risulta estranea al diritto vigente e vivente, non trovando alcun valido appiglio normativo. Se, dunque, l'Organismo di vigilanza è chiamato a vigilare sui modelli organizzativi che hanno un preciso scopo preventivo nei confronti degli illeciti aziendali, l'obbligo giuridico rilevante ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 40, 2° comma c.p. non può essere escluso in radice. Viene inoltre aggiunto che proprio la completa disamina del D.lgs. 231 consente di profilare "una autonoma responsabilità dell'impresa e una distinta responsabilità dei membri dell'Organismo di vigilanza",

[10] Ci si può inoltre interrogare sulla valenza di un'attribuzione di obblighi di garanzia in capo ai componenti dell'Organismo di vigilanza attuata attraverso un'espressa previsione del Modello adottato dal singolo ente. La problematica non appare di poco momento perché con l'incremento dei processi a carico di enti è ragionevole pensare ad un prossimo coinvolgimento dei 'vigilanti' sul rispetto del Modello, anche se va il più possibile rifuggita qualunque prassi che porti dalla commissione del reato al coinvolgimento, pressoché automatico, del reo, dell'ente, fino ad arrivare ai componenti dell'Organismo di vigilanza. Sul punto v. specificamente F. Mastro, M.F. Artusi, *La costante evoluzione dell'organismo di vigilanza: multiformità della struttura e responsabilità dei suoi membri*, in «Rivista 231», 3/2012, p. 67 ss.

potendosi "discutere sulla reale portata applicativa di una responsabilità individuale del singolo componente dell'Organismo di vigilanza, ma una sua esclusione teorica pare non conforme al generale impianto normativo nel quale il D.lgs. 231 viene a inserirsi e contestualizzarsi"[11]. Nel senso che si possa ritenere individuabile una posizione di garanzia diretta, considerato lo specifico ruolo di prevenzione dei reati-presupposto ascritto all'Organismo di vigilanza, o, quantomeno, indiretta, atteso che "la macro-posizione di garanzia, l'obbligo per così dire collettivo, di impedimento dell'attività criminosa, che l'ente ha l'onere di accollarsi, se vuole evitare di rispondere del reato commesso da vertici o da sottoposti, non può non trasmettersi alla posizione giuridica delle persone fisiche"[12]. L'art. 6 del D.lgs. 231 costituirebbe una fonte sufficientemente determinata e precisa e, dunque, idonea a fondare la responsabilità penale per omessa vigilanza, aggiungendosi che, ad ogni modo, la fonte dell'obbligo di impedire l'evento potrebbe ravvisarsi nei modelli 231 e verrebbe assunta in forza del 'contratto di lavoro', per l'eventuale componente dell'Organismo di vigilanza interno o dell''incarico professionale' per il componente esterno con l'ente. E se anche questa conseguenzialità di ampliamento della responsabilità di persone fisiche per omesso impedimento di fatti di reato non era nella logica della riforma, i fautori della impostazione qui in esame ritengono che, alla luce dell'impianto costituzionale e del codice penale, non pare condivisibile una aprioristica esenzione della responsabilità dell'Organismo di vigilanza per non aver impedito il comportamento penalmente rilevante dei soggetti qualificati nell'ente. Tuttavia – e tale 'mitigazione' dell'assolutezza dell'esistenza di una posizione di garanzia merita attenzione – dovendosi verificare ed accertare che "affinché possa profilarsi un'autonoma responsabilità, non è conferente il mero riferimento alla funzione svolta o la semplice constatazione che il Modello anti-reato non ha funzionato. Occorrerà accertare (e a tale proposito è da escludere che operi il regime di inversione dell'onere probatorio di cui all'art. 6 del D.lgs. in favore dell'accusa) che l'Organismo di vigilanza era stato in grado di operare adeguatamente, attraverso la dotazione di poteri e mezzi che consentivano ai sorveglianti di agire in piena autonomia". Non è dunque sotto il profilo della astratta previsione, bensì sul piano concreto dell'effettivo contributo sinergico alla consumazione del reato che dovrebbero confrontarsi le tesi circa la responsabilità dei membri dell'Organismo di vigilanza"[13].

[11] Testualmente F. Vignoli, *Profili critici della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza*, in «Rivista 231», 2/2009, p. 97.

[12] Testualmente A. Gargani, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irreali?*, in «DPP», 2002, p. 1065.

[13] Così ancora Vignoli, *Profili critici della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza*,

2.4. *L'Organismo di vigilanza ha meri poteri di sorveglianza*

Pur nell'assenza al momento della redazione di questo scritto di decisioni giurisprudenziali specificamente 'favorevoli' o 'sfavorevoli' all'individuazione della posizione di garanzia dell'Organismo di vigilanza, ci sembra comunque doveroso porre in evidenza quanto asserito dalla dottrina (peraltro contraria a ritenere l'Organismo di vigilanza gravato dall'obbligo giuridico di cui è causa) in riferimento ai rischi derivanti da un arresto giurisprudenziale. Secondo tale esegesi, la V Sezione della Suprema Corte, nella sent. 30 gennaio 2014, n. 4677 (sentenza Impregilo) , richiedendo al Modello 231 della società, per accertarne ed 'accettarne' l'idoneità esimente, contenuti, protocolli e procedure molto stringenti e corposi, avrebbe alterato "*vistosamente il disegno normativo in materia di competenze e metodologie dell'attività di controllo dell'Organismo di vigilanza*", determinando in pratica l'attribuzione all'Organismo di vigilanza di poteri che lo renderebbero di fatto partecipe dei processi decisionali, investendolo di una funzione per un verso di controllo sulla legalità degli atti di gestione dell'organo amministrativo e per altro verso di tutela di interessi addirittura esterni alla società (quali, nel caso di specie, relativo ad una ipotesi di aggiotaggio, quelli dei risparmiatori e di tutti gli *stakeholders* interessati alla veridicità delle comunicazioni sociali). Così determinandosi, secondo questa analisi dottrinale, la titolarità in capo all'Organismo di vigilanza di poteri (ancorché indiretti) di natura impeditiva e pertanto una posizione di garanzia[14]. Pur tenendo in debita considerazione tale *alert* interpretativo, non ci pare però certa l'effettività dell'assunto.

Peraltro, altra dottrina[15] in relazione alla medesima decisione sottolinea – qualificando l'asserzione un *obiter dictum* – come a sostegno della tesi contraria alla configurabilità di una posizione di garanzia in capo all'Organismo di vigilanza, la Corte di Cassazione nella sentenza Impregilo abbia invece enunciato il seguente principio "la responsabilità dell'ente, ai sensi della Legge 231/2001, non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato ai sensi del comma 2 dell'art. 40 c.p.".

cit., p. 100.

[14] Così Mongillo, *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 102. V. anche Napoletano, *Omesso impedimento del reato e illecito amministrativo dell'ente: quale responsabilità per l'Organismo di Vigilanza nel caso di omesso o insufficiente controllo?* cit., p. 105 ss.

[15] D. Sacchi, *La responsabilità penale, civile e disciplinare dell'Organismo di Vigilanza*, in «Rivista 231», 1/2019, p. 171 ss.

2.4.1. *L'esclusione della posizione di garanzia anche con riferimento ai reati presupposto di cui all'art. 25*-septies *D.lgs. 231*

Per completezza, ancora un richiamo alla eventualità, affrontata dalla dottrina[16] in chiave prognostica ed interrogativa, su un possibile, futuro coinvolgimento dell'Organismo di vigilanza nei peculiari compiti di garantire la sicurezza dell'ambiente di lavoro, di tale che una trasgressione degli stessi, che si manifestasse eziologicamente connessa all'evento-morte/infortunio, ne potrebbe appunto comportare il coinvolgimento per omesso intervento impeditivo nel giudizio di attribuzione di responsabilità penale, considerandolo pertanto investito di una 'mirata' posizione di garanzia. E ciò sul presupposto della sufficienza, a riprova della sussistenza dei canoni dimostranti la posizione di garanzia, di un potere di interferenza in un contesto 'cooperativo', tendendosi a valorizzare una funzione di prevenzione indiretta, seppur nell'assenza conclamata di un potere di ingerenza proprio dell'Organismo di vigilanza. Il pensiero è al raffronto tra il Responsabile del servizio di prevenzione e protezione e l'Organismo di vigilanza, in riferimento all'avvenuto 'inquadramento' del primo nel novero dei garanti, 'inquadramento' che potrebbe 'estendersi' nella materia di cui è causa appunto ai componenti dell'Organismo di vigilanza. In realtà, mi pare che tra le due 'figure' corrano differenze di non poco conto, differenze che tra il resto, pur presente l'opinione opposta fondata sulla loro coincidenza, connotano i due 'documenti' connessi all'operatività dei soggetti in parola e precisamente il Sistema di gestione della sicurezza del lavoro – SGSL (tra il resto, obbligatorio in punto adozione) ed il Modello di organizzazione in relazione alla parte 'dedicata' alla prevenzione delle fattispecie di cui all'art. 25 *septies* (come noto, facoltativo). E se anche l'Organismo di vigilanza, vigilando sul Modello 231, prende inevitabilmente contezza dei contenuti del SGSL perché necessario ai fini delle valutazioni alle quali è chiamato, comunque l'alterità complementare tra SGSL e Modello 231 conferma che l'Organismo di vigilanza non viene ad avere rapporti di *intraneus* con il SGSL.

Altri, sempre con l'obiettivo di rinvenire il riconoscimento normativo del ruolo di garante dell'Organismo di vigilanza nel D.lgs. 81/2008, fanno leva sul combinato disposto di cui agli artt. 16, 3° comma e 30, 4° comma, che contiene una esimente invocabile dal datore di lavoro, il quale risulta sollevato dall'obbligo di vigilanza che residua a seguito della nomina di un soggetto delegato *ex* art. 16, nel caso in cui adotti un Modello 231 che soddisfi

[16] Cfr. S. Dovere, *Riflessioni in merito al rischio penale per i componenti dell'organismo di vigilanza per il caso di grave infortunio sul lavoro*, in «Rivista 231», 1/2016, p. 77 ss.

i requisiti indicati dall'art. 30. Articolo che, di conseguenza, attribuirebbe all'Organismo di vigilanza una posizione di garanzia quantomeno in materia di salute e sicurezza sul lavoro, determinando così nei componenti una responsabilità in concorso, per apporto omissivo, in caso di omessa vigilanza dell'operato degli altri soggetti deputati all'attuazione dei doveri precauzionali in via diretta. A ben vedere, però, la norma in questione, seppur in alcune parti evocante una serie di attività legate al Modello che competono all'Organismo di vigilanza, non si rivolge in modo esplicito ai componenti dello stesso, il che sarebbe sufficiente a smentire la tesi favorevole alla sussistenza della posizione di garanzia in parola. "Se così invece fosse, portando alle estreme conseguenze il ragionamento, dovrebbe sostenersi che il Legislatore, con l'introduzione dell'art. 30, abbia consentito la traslazione dell'obbligo di vigilanza – e con esso della posizione di garanzia in materia penale – dal datore di lavoro all'Organismo di vigilanza. Tale assunto appare censurabile nella misura in cui sostiene che il Legislatore abbia consentito di trasferire il potere/dovere di vigilanza, che incombe *ex lege* sul datore di lavoro, mediante la semplice adozione di un adeguato Modello organizzativo e dell'annesso sistema di controllo, a un organismo che, salvo eccezioni, non ha le necessarie conoscenze e competenze tecniche idonee e corretta gestione diretta del rischio-infortuni"[17]. Dall'art. 16, comma 3, l'adozione e l'efficace attuazione del sistema di verifica, di cui all'art. 30 comma 4, non escludono *ex ante*, ma fanno ritenere assolto *ex post*, il dovere di vigilanza. Questo, pertanto, resta un obbligo personalissimo del datore di lavoro, di cui deve essere verificato il diligente adempimento in caso di reato imputabile al delegato o di verificazione di un evento lesivo. "Tanto basta a non accogliere la linea interpretativa che, dal tenore letterale dell'art. 30, desume l'esistenza di una posizione di garanzia in capo all'Organismo che, per sua natura, non si occupa della diretta gestione di un'attività, di un processo e, quindi, di un rischio"[18].

2.5. *Riflessioni in punto elemento soggettivo*

Appare utile a questo punto effettuare qualche riflessione sulla problematica attinente alla copertura soggettiva del fatto di reato a completamento dell'impostazione, qui esclusa, che riconosce la sussistenza di una posizione di garanzia in capo ai componenti dell'Organismo di vigilanza. Accedendo

[17] Così Sacchi, *La responsabilità penale, civile e disciplinare dell'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 174.
[18] Testualmente *Ibid.*

a tale impostazione ci si troverebbe infatti a dover dar prova del dolo di concorso per omissione nel reato da altri materialmente realizzato.

Il mancato impedimento del reato può essere penalmente sanzionato solo quando il partecipe abbia fornito un contributo oggettivamente rilevante alla realizzazione dell'illecito ed abbia anche avuto coscienza di cooperare a tale realizzazione. Il soggetto deve cioè essersi astenuto dall'intervenire, essendo consapevole di consentire in tal modo la commissione dell'illecito.

Si osservi come la prassi giudiziaria ricorra spesso in ambito di illeciti societari al controverso istituto del dolo eventuale. Istituto che alleggerisce notevolmente l'onere probatorio spettante in capo all'accusa. È dunque possibile che le categorie concettuali del dolo eventuale verrebbero a trovare ingresso anche nel presente campo di analisi. L'elemento rappresentativo del dolo potrebbe allora essere ritenuto sussistente qualora vengano individuati indici di allarme del fatto di reato; segnali più o meno precisi del rischio di illecito la cui conoscenza i componenti dell'Organismo di vigilanza potrebbero ricavare dall'analisi del flusso informativo di cui risultano destinatari *ex* art. 6, D.lgs. 231/01.

Si renderebbe ancora necessaria una minuziosa ricerca dell'effettività di tale conoscenza in capo a ciascun componente dell'Organismo di vigilanza. Sul punto la giurisprudenza che ha risolto casi riguardanti la responsabilità di componenti di organi di gestione e di controllo non può tuttavia essere ritenuta rassicurante, essendosi spesso accontentata di una prova relativa alla situazione obiettiva del contesto societario nel cui ambito l'illecito sia stato realizzato. Per quanto attiene all'elemento volitivo, esso potrebbe invece esser individuato nella decisione del componente dell'Organismo di vigilanza di non osservare gli obblighi di sorveglianza imposti dalla legge, in un quadro di allarmante evidenza oggettiva di rischio di illecito. In tale atteggiamento psicologico sarebbe insita l'accettazione del rischio di verificazione del fatto di reato. Che l'impostazione appena descritta comporti il rischio di 'oggettivazione' dell'elemento soggettivo del reato risulta evidente. Essa tende infatti a standardizzare l'accertamento del fatto di reato doloso, secondo un procedimento tipico dell'accertamento del fatto di reato colposo (c.d. concezione normativa della colpa). Poiché tuttavia percorsi argomentativi come questo sono stati più volte sviluppati dalla giurisprudenza anche della Suprema Corte, è corretto tenerne conto per completezza di analisi.

Facendo riferimento alle tipologie ed alle caratterizzazioni delle 'pacifiche' posizioni di garanzia presenti in ambito imprenditoriale avanti evidenziate, a livello di esegesi sistematica esse si presentano differenti rispetto alla possibile costruzione di una posizione di garanzia in capo ai componenti

dell'Organismo di vigilanza. A mio parere, pur nella variegata morfologia dei *compliance officers*, pare corretto escludersi che in capo all'Organismo di vigilanza autonomamente considerato possa configurarsi un obbligo di impedire l'evento-reato, con l'insorgenza della conseguente corresponsabilità dei componenti dello stesso qualora un soggetto qualificato – con particolare preminenza dei soggetti societari apicali e soprattutto componenti dell'organo gestorio – compia uno dei reati-presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Infatti, l'obbligo gravante sull'Organismo di vigilanza è un obbligo di sorveglianza sulla funzionalità, sulla potenzialità preventiva e, come *supra* già evidenziato, sulla 'tenuta' del Modello 231 che non comporta, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. e dell'art. 110 c.p., alcun obbligo di impedire la commissione di reati, non competendo ai *compliance officers* funzioni operative effettive alle quali possano ricollegarsi poteri di intervento tali da fondare una posizione di garanzia e da consentire ai componenti del medesimo di disporre di un reale potere di ingerenza-interferenza nella condotta criminosa altrui.

L'omessa o la carente vigilanza sul Modello da parte dell'Organismo di vigilanza, pertanto, se determinerà l'impossibilità per l'ente di beneficiare dell'esonero da responsabilità alla stregua del diritto punitivo degli enti, non renderà comunque punibili i suoi componenti a titolo di concorso omissivo nel reato-presupposto. "Detto altrimenti, è vero che la posizione dei componenti dell'Organismo di vigilanza ha una funzione di garanzia, ma la stessa va riferita alla correttezza del Modello organizzativo adottato dall'azienda in relazione alla prescrizioni presenti nel decreto n. 231 del 2001, mentre non assume alcun rilievo con riferimento ad eventuali illeciti commessi da soggetti appartenenti alla persona giuridica sottoposta a controllo: ciò significa, quindi, che i componenti dell'Organismo di vigilanza saranno civilmente responsabili verso la persona giuridica ed i soci della stessa tutte le volte in cui dal mancato adempimento degli obblighi sugli stessi gravanti sia derivata un'inadeguatezza del Modello organizzativo dell'ente ed una condanna dello stesso ai sensi del decreto n. 231, mentre nessun rimprovero penalmente rilevante potrà muoversi a quei soggetti quando il loro inadempimento abbia reso possibile la commissione di reati"[19] da parte dei soggetti qualificati.

In sintesi:

a) l'Organismo di vigilanza esercita un controllo meno capillare e

[19] Così Santoriello, *La posizione dei componenti dell'organismo di vigilanza rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, cit.

invasivo sulla gestione dell'ente, essenzialmente finalizzato a individuare le carenze nei sistemi di prevenzione e non anche a evitare il verificarsi o il protrarsi delle conseguenze pregiudizievoli derivanti da condotte delittuose altrui. Dalla lettura complessiva delle disposizioni che disciplinano l'attività e gli obblighi dell'Organismo di vigilanza sembra evincersi che ad esso siano devoluti compiti di controllo in ordine non alla realizzazione dei reati, ma al funzionamento e all'osservanza del Modello, curandone, altresì, l'aggiornamento e l'eventuale adeguamento ove vi siano modificazioni degli assetti aziendali di riferimento. Una diversa lettura, che attribuisse all'Organismo di vigilanza compiti di impedimento dei reati, mal si concilierebbe con la sostanziale assenza di poteri impeditivi, giacché l'Organismo di vigilanza non può neppure modificare di propria iniziativa i modelli esistenti e assolve, invece, a un compito consultivo dell'organo dirigente. Detto altrimenti, è vero che l'Organismo di vigilanza assolve a una funzione di controllo e vigilanza, ma la stessa va riferita esclusivamente all'oggetto dell'attività e cioè alla correttezza e alla 'tenuta' del Modello 231 adottato dall'ente, mentre non assume alcun rilievo con riferimento alla diretta gestione dell'attività sociale e a eventuali illeciti commessi da soggetti appartenenti alla persona giuridica sottoposta a controllo;

b) la sussistenza di una posizione di garanzia presuppone che al dovere giuridico di intervenire per proteggere il bene corrisponda l'attribuzione di poteri che pongano il garante non solo in condizione di realizzare una delle condotte indispensabili per evitare l'offesa, ma altresì e soprattutto di provvedere alla salvaguardia dell'integrità del bene di cui è causa e l'Organismo di vigilanza non appare dotato di poteri impeditivi autonomi, tali da qualificarlo effettivo garante. Ribadendosi come la previsione normativa di cui agli artt. 6 e 7 D.lgs. 231 di obblighi di controllo e verifica in capo ai componenti dell'Organismo di vigilanza rappresenta 'soltanto' un presupposto per escludere, in caso di corretto adempimento di essi, la responsabilità dell'ente in relazione ai reati-presupposto commessi dai soggetti qualificati ai sensi dell'art. 5, lett. *a*) e lett. *b*), in 'connessione' con quanto previsto negli artt. 6 e 7 D.lgs. 231[20].

[20] Cfr. Santoriello, *Vent'anni di giurisprudenza in tema di responsabilità da reato degli enti collettivi. Le pronunce più importanti, i dubbi risolti e le questioni ancora aperte*, in «Rivista 231», 4/2018, p. 248 ss.

2.6. *Un (curioso) arresto giurisprudenziale a conferma della teoria dei meri poteri di sorveglianza*

Infine, pare interessante portare all'attenzione una decisione della I Sezione della Suprema Corte, 20 gennaio 2016, n. 18168[21], che interviene sul tema in una situazione, peraltro, che mi permetto definire 'curiosa', considerato che, nell'escludere la sussistenza di una posizione di garanzia dei componenti dell'Organismo di vigilanza, il riferimento è alla fattispecie di cui all'art. 437 c.p. – *Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro,* ipotesi che peraltro non rientra tra i reati-presupposto di cui alla parte speciale del D.lgs. 231 del 2001.

Riassumendo con rapidità i passaggi del procedimento conferenti per quanto qui di interesse, la decisione consegue all'impugnazione proposta dalla Procura avverso una sentenza di non luogo a procedere in relazione all'imputazione *ex* art. 437 c.p. nei confronti dei componenti del Consiglio di amministrazione e dei componenti dell'Organismo di vigilanza di una società (un cantiere navale). A questi ultimi veniva contestata l'omissione della segnalazione al Consiglio di amministrazione ed ai Direttori generali e di non aver preteso che si ponesse rimedio ad una serie di carenze in tema di prevenzione dagli infortuni segnalate dai *report* di sicurezza all'interno del cantiere, ma recepiti passivamente dall'Organismo di vigilanza, che tra il resto non aveva approfondito gli aspetti di gestione delle attrezzature di lavoro e l'utilizzo di appositi accessori a potenzialità preventiva (quali nello specifico baie o ceste). La decisione del Giudice dell'udienza preliminare si fondava sul principio che il reato *de quo*, nella sua forma omissiva, poteva essere ascritto ai soggetti atti a predisporre le cautele omesse, escludendo così sia i componenti del Consiglio di amministrazione, sia i componenti dell'Organismo di vigilanza, sottolineando che la funzione tipica dell'Organismo di vigilanza è quella di vigilare e curare l'aggiornamento del Modello organizzativo, ma l'Organismo di vigilanza non ha poteri impositivi. I giudici di legittimità confermano l'impianto contenuto nella sentenza del G.u.p. e rigettano, per l'effetto, il ricorso della Procura. Ricorso nel quale, tra le obiezioni alle argomentazioni addotte nella sentenza di non luogo a procedere, si asseriva come sia il Consiglio di amministrazione, sia l'Organismo di vigilanza, avevano piena contezza delle manchevolezze in punto sicurezza,

[21] Cfr. M. Montesano, *Una prima pronuncia di legittimità che interviene sul tema più volte sollevato in dottrina del possibile coinvolgimento dei componenti dell'organismo di vigilanza nel caso di illeciti commessi all'interno dell'ente: un 'caso particolare' di esclusione*, in «Rivista 231», 3/2016, p. 163 ss.

con l'Organismo di vigilanza che era venuto meno alla propria funzione di "*sollecitazione ad assumere iniziative concrete per la sicurezza*". Osserva la Suprema Corte che la comunicazione al Consiglio di amministrazione delle problematiche sulla sicurezza afferenti i cantieri navali da parte dei membri dell'Organismo di vigilanza non può integrare un profilo di responsabilità diretta in capo agli stessi per omessa collocazione di impianti o apparecchi destinati a prevenire infortuni sul lavoro. Si osserva, tra l'altro, che per stessa iniziativa dell'organo inquirente, nel corso dell'udienza preliminare, era stato espunto dal capo di imputazione il riferimento all'art. 40 cpv. c.p., in uno con il richiamo all'art. 110 c.p. La Cassazione, con sforzo apprezzabile, contiene i limiti della responsabilità attribuibile all'organo dirigente per arrivare ad escluderla allorché "*la problematica si fa di natura eminentemente organizzativa*", non potendosi dilatare i compiti e, dunque, le responsabilità dei membri del C.d.A. "*sino a decidere se nell'ambito di una singola operazione di carico di tubi, andasse utilizzata una cesta*» e, cosa ancor più rilevante per i temi trattati in questo contributo "*parimenti, nemmeno poteva gravare siffatto obbligo sui componenti dell'Organismo di Vigilanza*".

3. *Conclusioni*

In conclusione, va evidenziato che la problematica della responsabilità dei componenti dell'Organismo di vigilanza potrebbe assumere delle interessanti variabili determinate dalla particolare composizione dell'Organismo di vigilanza stesso. Come noto, il legislatore ne ha lasciato imprecisati i connotati strutturali, come la composizione e ciò appare in grado di influenzare anche l'enucleazione dei canoni di responsabilità. La questione riguarda essenzialmente la sovrapposizione di ruoli di sindaco e di componente dell'Organismo di vigilanza. In detta ipotesi, pur ribadita l'esclusione di una diretta e specifica posizione di garanzia dei componenti dell'Organismo di vigilanza in quanto tale, non si può però tacere sul fatto che "la partecipazione alle funzioni di controllo esercitate anche in seno ad un altro organo, oltre ad ampliare i doveri conoscitivi di tali soggetti, porta inevitabilmente ad una moltiplicazione delle occasioni in cui si attiva per il garante un obbligo di impedimento"[22].

Mi sembra comunque corretto ribadire, in conclusione, che, ferma la

[22] Testualmente F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 414.

cruciale importanza dell'Organismo di vigilanza all'interno del sistema preventivo 231, potrebbe essere proprio l'importanza dello stesso a 'fomentare' tensioni sul versante della responsabilità penale, "alimentando le incipienti spinte ad attrarre anche questa struttura di controllo nella sfera della responsabilità penale"[23]. Rimango però convita che questa strada sia perigliosa, né tanto meno appaia corretta e ragionevole per promuovere una migliore e forte prevenzione del rischio-reato. Va quindi ribadito il principio dell'insussistenza di una posizione di garanzia penalmente rilevante in capo ai suoi componenti.

[23] Così Mongillo, *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 102. V. anche Napoletano, *Omesso impedimento del reato e illecito amministrativo dell'ente: quale responsabilità per l'Organismo di Vigilanza nel caso di omesso o insufficiente controllo?,* cit., p. 107.

Elisa Scaroina[*]

Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse

Sommario: 1. Il ruolo del datore di lavoro nell'evoluzione della grande e media impresa – 2. Datore di lavoro e datori di lavoro nelle organizzazioni complesse – 3. Datore di lavoro e responsabili delle unità produttive nella giurisprudenza – 4. Il ruolo del datore di lavoro di vertice nei modelli c.d. multidatoriali – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Il ruolo del datore nell'evoluzione della grande e media impresa*

L'individuazione del perimetro della responsabilità del *datore di lavoro* nel contesto degli enti collettivi rappresenta tradizionalmente un importante banco di prova dei principi fondamentali del diritto penale.

Sul campo si confrontano infatti due opposte esigenze. Da un lato vi è quella di individuare, anche nel contesto di organizzazioni complesse, centri d'imputazione delle responsabilità, anche penali, cui affidare la protezione di beni giuridici – quali la vita, l'integrità fisica e la pubblica incolumità – ritenuti meritevoli di particolare tutela[1]. In questa prospettiva, dunque, il legislatore identifica specifici "garanti"[2] – datore di lavoro, dirigente, preposto – in ragione della loro (presunta) capacità di dominare, neutralizzandoli, i fattori di rischio potenzialmente idonei a mettere in pericolo i beni in questione, pericoli che, d'altra parte, trovano la loro

[*] Associata di Diritto penale, Università degli Studi di Roma Link Campus.

[1] B. Deidda, in *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia,* a cura di B. Deidda, A. Gargani, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore,* Giappichelli, Torino, 2012, p. 40, evidenzia che «il datore di lavoro si trova al centro del sistema di prevenzione, quale garante ultimo della sicurezza aziendale».

[2] Come noto, il termine garante, originariamente riferito ai reati colposi, ha subito nel tempo un'importante evoluzione di cui ha dato conto la stessa giurisprudenza di legittimità: Cass. SU, n. 38343 del 24.04.2014, rv. 261108, imp. Espenhahn e altri, *caso Thyssen*, p. 101 e ss. In dottrina si veda R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro,* Giappichelli, Torino, 2020, 22.

fonte proprio nell'attività imprenditoriale[3]. Le strutture sociali complesse rappresentano dunque «il tradizionale campo di sperimentazione dei reati propri»[4]. In tale contesto, viene in particolare considerazione quella specifica categoria di reati propri in cui le qualifiche soggettive esprimono la peculiare posizione di dovere attribuita dalla fonte extrapenale al soggetto cui esse si riferiscono in ragione della sua vicinanza al bene, situazione che gli attribuisce una più marcata attitudine all'offesa e, insieme, alla difesa del bene medesimo (c.d. *Pflichtdelikte*)[5].

Senonché, si è correttamente osservato che l'imputazione di una proposizione normativa ad una persona giuridica è necessariamente una «imputazione incompleta» perché essa individua il comportamento imposto o vietato, ma non – o almeno non sempre agevolmente – il soggetto cui detto comando è rivolto[6]. Di qui l'esigenza, quanto meno in materia penale, «di conciliare questa "spersonalizzazione" con il carattere "personale" che tale forma di responsabilità esige, escludendo da un lato la possibilità di uno iato tra soggetto concretamente agente, o inadempiente, e soggetto destinatario degli effetti conseguenziali all'azione o all'omissione, e salvando dall'altro il carattere di reato "proprio" delle violazioni penalmente sanzionate»[7]. A differenza di quanto infatti avviene in ambito civilistico, il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1, Cost.) non consente scissioni tra l'autore della condotta illecita e il soggetto cui viene imputata la conseguente responsabilità[8].

È dunque in questi termini che il problema dell'imputazione diviene il «cuore del diritto penale dell'impresa»[9] e non è un caso che, in virtù di tale spinta, la materia del diritto penale del lavoro ha finito col rappresentare il

[3] T. Vitarelli, *Delega di funzioni e responsabilità penale,* Giuffrè, Milano, 2006, p. 26.

[4] A. Gullo, *Il reato proprio. Dai problemi «tradizionali» alle nuove dinamiche d'impresa,* Giuffrè, Milano, 2005, p. 121 e ss.; M. Pelissero, *Il concorso nel reato proprio,* Giuffrè, Milano, 2004, p. 137 e ss.; K. Volk, *Sistema penale e criminalità economica,* Esi, Napoli, 1998, p. 43 e ss.

[5] D'obbligo il riferimento a C. Roxin (tra gli altri v. *Politica criminale e riforma del diritto penale,* Esi, Napoli, 1998, p. 53 e ss.). Nella dottrina italiana v. A. Gullo, *Il reato proprio,* cit., p. 19 e ss.; Pelissero, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 208. Si veda anche A. Bonfiglioli, *Reato proprio, posizione di "garanzia" e trasferimento di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro,* in *Il diritto penale del lavoro,* a cura di N. Mazzacuva, E. Amati, VII, Giuffrè, Milano, 2007, p. 18.

[6] F. D'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio. Studi in memoria di Tullio Ascarelli,* I, Giuffrè, Milano, 1969, p. 280.

[7] T. Padovani, *Diritto penale del lavoro. Profili generali,* Giuffrè, Milano, 1976, p. 25.

[8] S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili,* in «DPSL», Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 63.

[9] C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale d'impresa,* in «RTDPE», 1998, p. 127.

terreno di elezione per lo sviluppo di teorie che hanno poi avuto importanti riflessi sulle tematiche del diritto penale generale, quali in particolare quella relativa alla delega di funzioni.

Si tratta, come noto, di figura inizialmente frutto di elaborazione giurisprudenziale e, in seguito, elevata a rango di istituto normativo dall'art. 16 del d.lgs. n. 81 del 2008 (TUSL), ove se ne che individuano forma, condizioni di ammissibilità e limiti[10]. Senonché tale riconoscimento non ha sopito il dibattito riguarda la capacità dello strumento della delega di assicurare un'imputazione veramente personale.

Il tema è venuto all'evidenza in particolare rispetto alle funzioni c.d. non delegabili: il riferimento è all'art. 16, co. 3, TUSL, che contempla il residuale obbligo di vigilanza sul delegato, nonché all'art. 17 dello stesso TUSL che pone a esclusivo carico del datore di lavoro sia la valutazione dei rischi, con la conseguente elaborazione del relativo documento descrittivo (c.d. DVR), sia la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP).

Salvo la nomina del RSPP, si tratta all'evidenza di compiti estremamente delicati e per di più connotati da ampia discrezionalità e significativi margini di valutazione, elementi che rendono particolarmente accentuato il pericolo di interpretazioni giurisprudenziali eccessivamente rigorosi che rischiano di vanificare l'efficacia dello strumento della delega. In tema di predisposizione del DVR, ad esempio, la giurisprudenza tende a valutare in una prospettiva marcatamente *ex post* le eventuali carenze del documento o delle procedure che ad esso si riferiscono e, soprattutto, è incline a caricare il datore di lavoro di una capacità di analisi e valutazione del rischio più propriamente riferibile ai consulenti tecnici di cui è solito avvalersi a tal fine[11]; analogamente, per

[10] Sul tema si veda Vitarelli, *Delega di funzioni,* cit., cui si rinvia anche per gli ulteriori, ampi riferimenti bibliografici.

[11] Si è ad esempio affermato che «il conferimento a terzi della delega relativa alla redazione del documento di valutazione dei rischi non esonera il datore di lavoro dall'obbligo di verificarne l'adeguatezza e l'efficacia, di informare i lavoratori dei rischi connessi ai lavori di esecuzione e di fornire loro una formazione sufficiente ed adeguata in materia di sicurezza e salute, con particolare riferimento al proprio posto di lavoro e alle proprie mansioni»: Cass. Sez. IV, n. 22147, 11.02.2016, rv. 266859-01. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* il Mulino, Bologna, 2010, p. 185, sottolinea la sostanziale "inattendibilità" della norma in ragione della realistica presa d'atto del fatto che la predisposizione del DVR richiede, di regola, competenze molto specialistiche che nella maggior parte dei casi non fanno parte della preparazione del *manager* modello. Si ritiene dunque che al "datore di lavoro" competa esclusivamente un giudizio complessivo avente ad oggetto la metodologia impiegata e l'affidabilità degli autori materiali del lavoro. In argomento si vedano anche R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro,*

quanto riguarda l'obbligo di vigilanza, nella prassi applicativa è frequente l'attribuzione al datore di lavoro compiti di controllo quanto mai ampi e penetranti che si estendono, come noto, fino a ricomprendere la prevenzione di comportamenti negligenti o imprudenti del lavoratore[12].

Ne consegue una responsabilizzazione del massimo vertice societario anche rispetto a compiti che, aventi natura operativa e/o altamente specialistica, realisticamente, in un'ottica di effettività, dovrebbero essere imputati a soggetti direttamente e costantemente coinvolti nell'attività produttiva, comunque, prossimi alla fonte di rischio che viene in considerazione. La scelta operata dal legislatore del 2008 di escludere espressamente la delegabilità di tali mansioni ha sostanzialmente condotto la prassi a imputare disinvoltamente la responsabilità in virtù della posizione rivestita dal soggetto apicale[13].

Situazione che non ha registrato sostanziali variazioni nemmeno a seguito dell'introduzione della responsabilità della persona giuridica ai sensi dell'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231 del 2001 che pure, nelle aspettative generali, avrebbe dovuto – quanto meno – attenuare la tendenza ad attingere il vertice societario rispetto a pressoché tutti i reati commessi nel contesto dell'impresa[14].

Giappichelli, Torino, 2020, p. 32; D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza (tutela penale),* in «DDP», Utet, Torino, 2000, p. 393.

[12] Cfr. V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione,* in *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente,* a cura di A. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Esi, Napoli, 2014, p. 28; N. Pisani, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche,* Jovene, Napoli, 2012, p. 195 e ss. e p. 208 e ss. È nota la posizione sul punto della giurisprudenza: il rispetto della normativa di sicurezza da parte del datore di lavoro «mira a salvaguardare l'incolumità del lavoratore anche dai rischi derivanti dalle sue stesse disattenzioni, imprudenze disubbidienze, purché connesse allo svolgimento dell'attività lavorativa»: Cass. Sez. IV, n. 18998, 27.03.2009, rv. 244005.

[13] In giurisprudenza si è peraltro osservato che non è esigibile dal vertice aziendale la vigilanza in merito alla «concreta, minuta conformazione delle singole lavorazioni», ovvero il «monitoraggio "momento per momento" delle lavorazioni e dell'ottemperanza alle prescrizioni antinfortunistiche da parte dei lavoratori e degli altri soggetti obbligati»: Cass. Sez. IV, n. 22837 del 21.04.2016, rv. 267319, Visconti. Non si può in sostanza pretendere dal vertice aziendale un – inesigibile, irrealistico e dunque inefficace – controllo sulla concreta operatività dei lavoratori rispetto ad attività di natura specifica e puntuale, quali, ad esempio, la manutenzione degli impianti e l'esecuzione delle ordinarie lavorazioni. Nello stesso senso, Cass. Sez. IV, n. 10712 del 14.02.2012, Mastropietro, non massimata; Cass. Sez. IV, n. 10702 del 01.02.2012, rv. 252675, Mangone.

[14] Tale preoccupazione era, come noto, posta a fondamento della posizione di coloro

Da qui la constatazione che, nel contesto soprattutto della media e grande impresa, nonché in quella caratterizzata da un elevato grado di specializzazione e parcellizzazione della produzione, la delega rappresenta soltanto uno – e nemmeno il principale – degli strumenti tramite il quale ripartire la responsabilità, dovendosi altresì tener conto e valorizzare modelli di organizzazione che, anche a prescindere dall'esigenza di far fronte agli adempimenti in materia di sicurezza sul lavoro e ambiente, l'impresa assume per il più efficace perseguimento del proprio scopo sociale[15]. Ancora una volta la prospettiva è quella di rendere effettivo e non solo potenziale e ancorato al mero dato formale della qualifica extrapenale quel "dominio sull'impresa" che rappresenta l'essenza stessa della posizione di garanzia del datore di lavoro[16].

L'obiettivo del lavoro è affrontare questi temi dal particolare angolo visuale della nozione di datore di lavoro e, in particolare, dell'attribuzione di tale qualifica al soggetto a capo di una unità organizzativa 'autonoma'. Si tratta di un campo di osservazione quanto mai interessante, nella prospettiva sopra delineata, e rispetto al quale sono sempre in agguato i rischi sopra paventati; rischi e problemi che il Prof. Fiorella non ha mancato di lumeggiare con scritti innovativi e che hanno rappresentato una guida sicura per i successivi sviluppi dottrinali[17].

che, in passato, si erano espressi a favore dell'introduzione nel nostro ordinamento della responsabilità degli enti: F. Bricola, *Il costo del principio* «societas delinquere non potest» *nell'attuale dimensione del fenomeno societario, Il diritto penale delle società commerciali – Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale,* Giuffrè, Milano, 1971, p. 75 e ss. Ricorda Padovani, *Diritto penale del lavoro,* cit., 26, che negli ordinamenti di *common law* fu proprio la problematica responsabilizzazione del datore di lavoro rispetto ai reati omissivi impropri ad aprire la strada al riconoscimento dell'ammissibilità della responsabilità delle persone giuridiche. Per una compiuta disamina dei rapporti tra responsabilità dell'ente e responsabilità degli individui in questa materia si veda l'approfondita analisi di V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione,* cit., p. 19 e ss.

[15] F. Giunta, D. Guerri, *Il datore di lavoro,* in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro,* a cura di F. Giunta, D. Michelletti, Giuffrè, Milano, 2010, 5. In giurisprudenza si è affermato che «nei casi in cui l'azienda sia stata preventivamente suddivisa in distinti settori, rami o servizi ed a ciascuno di essi siano in concreto preposti soggetti qualificati ed idonei, dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la gestione di quel settore o servizio», «l'esigenza della delega è superata ed assorbita dalla predeterminata suddivisione dei servizi, delle attribuzioni e dei compiti»: Cass. Sez. III, 28541, 16.02.2021, in *www.lexambiente.it*.

[16] N. Pisani, *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro,* in «RTDPE», 2009, p. 123 e ss.

[17] Il riferimento è, per tutti, al fondamentale lavoro sulla delega di funzioni: *Il trasferimento di funzioni in diritto penale*, Nardini, Firenze, 1984.

2. *Datore di lavoro e datori di lavoro nelle organizzazioni complesse*

Il datore di lavoro s'identifica di regola nell'imprenditore che rappresenta il principale centro d'imputazione delle responsabilità in materia di sicurezza sul lavoro. È, infatti, all'imprenditore, in coerenza con i vincoli posti dall'art. 41 Cost. alla libertà di iniziativa economica[18], che l'art. 2087 c.c. affida la tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei prestatori di lavoro, sul presupposto che, a norma degli artt. 2086 e 2094 c.c., a lui spetta il potere direttivo sull'attività dei subordinati e quindi, in ultima analisi, il compito e la concreta possibilità di dominare le fonti di pericolo imponendo le proprie determinazioni[19].

Senonché è noto che tale originaria impostazione ha subito significative evoluzioni in ragione della complessità e delle dimensioni dei processi produttivi moderni in cui progressivamente il decentramento delle attività supera la logica propriamente esecutiva per attuare una dislocazione dei poteri. In tali contesti, dunque, la figura tradizionale dell'imprenditore si frammenta in una pluralità di centri decisionali rispetto ai quali il vertice societario esercita, di regola, soltanto un potere di indirizzo strategico e di coordinamento[20]. In questi scenari «un monopolio della garanzia sarebbe non solo incompatibile con la personalità della responsabilità penale, ma anche operativamente impari alla necessità di tutela»[21] posta la distanza – spesso anche molto rilevante – che separa la vittima dall'agente[22].

[18] D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza,* in «DDP»., vol. VI, Giappichelli, Torino, 1992, p. 104, ravvisa nell'art. 41 Cost. il fondamento costituzionale del sistema di tutela penale della sicurezza e igiene sul lavoro.

[19] Padovani, *Diritto penale del lavoro,* cit., p. 71, individua proprio nell'art. 2086 c.c. la fonte della posizione di garanzia dell'imprenditore in quanto "capo dell'impresa".

[20] Osserva Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* cit., p. 189, che «il modo organizzato di gestire l'impresa, qualora scelto dall'imprenditore o imposto dalla natura delle attività da svolgere e delle professionalità da impiegare, non può che assumere rilevanza a fronte dell'ordinamento penale solo nella misura in cui la dislocazione dei poteri costituisca nuclei autonomi. Se si tratta solo di un *decentramento esecutivo,* esso non è capace di generare dei garanti secondari, neppure parzialmente, dal momento che, come ricordato, in base all'art. 27 Cost., comma 1, l'ambito delle eventuali responsabilità ha la stessa ampiezza del potere di controllo, inteso come scelta autonoma delle condotte e dei mezzi da impiegare». Anche V. Mongillo, *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico,* in «RTDPE», 2005, p. 325 e ss., valorizza la prospettiva decisionale come criterio di differenziazione delle posizioni di garanzia all'interno dell'impresa.

[21] Pedrazzi, *Profili problematici,* cit., 134.

[22] Gullo, *Il reato proprio*, cit., 122.

L'individuazione dei soggetti cui imputare responsabilità, anche penali, in materia di gestione della sicurezza sul lavoro si prospetta in termini sostanzialmente diversi rispetto al tradizionale tema della delega di funzioni, con cui ha sostanzialmente in comune unicamente l'esigenza di fondo, ovverosia quella di isolare centri d'imputazione reali e non soltanto formali. Si parla in tali contesti di modelli di gestione della sicurezza c.d. *multidatoriali*, in cui cioè convivono una pluralità di datori di lavoro e, dunque, garanti a titolo originario, in quanto preposti a distinte unità produttive[23].

Com'è stato efficacemente evidenziato, le unità produttive rappresentano «sviluppo evolutivo della divisione del lavoro nella produzione industriale» che da «pura disciplina dell'esecuzione» trascolora in «modelli di *decentramento decisionale*»[24]. Infatti, «l'incremento delle dimensioni o del raggio di azione, la molteplicità degli impegni e dei fronti sui quali l'impresa è chiamata a operare e, per quello che qui più conta, a rispettare gli interessi altrui, hanno contribuito a stimolare la progettazione della struttura d'impresa nella quale fosse inserita la distribuzione periferica (in senso lato) dei poteri di intervento»[25].

Il d.lgs. n. 81 del 2008 prende espressamente in considerazione dette realtà all'art. 2, lett. *t),* definendo l'unità produttiva come «stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale»[26]. Indicazioni più specifiche si rinvengono nella normativa lavoristica anche su impulso della riforma del lavoro operata dal d.lgs. n. 148 del 2015 in attuazione della l. n. 78 del 2014 (c.d. *Jobs act*) che ha per la prima volta valorizzato,

[23] Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro,* cit., p. 28.

[24] Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* cit., p. 173, che al riguardo ricorda l'esempio di Adam Smith che individuava nella divisione della produzione «la causa principale del progresso nelle capacità produttive del lavoro».

[25] Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* cit., p. 174. L'Autore evidenzia anche che «è in sostanza l'eterogeneità e complessità dei compiti da svolgere, con adeguata esperienza e professionalità, inevitabilmente differenziate, che porta alla creazione di poteri decentrati, unica forma nella quale possono essere svolte in modo efficiente attività impossibili da accentrare al vertice dell'impresa».

[26] La realtà delle unità produttive era peraltro presente anche al legislatore del codice civile che, pur non dettandone una disciplina organica, fa ad esse riferimento agli artt. 2103, in tema di luogo di lavoro assegnato, 2112, in materia di trasferimento d'azienda, laddove si estende la relativa disciplina anche alla «parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento». Riferimenti alla nozione si trovano anche all'art. 19 della l. n. 300 del 1970 (Statuto dei lavoratori), rispetto alle rappresentanze sindacali e agli artt. 4 e 24 della l. n. 223 del 1991 in tema di mobilità dei lavoratori.

seppure nella ristretta prospettiva dei trattamenti di integrazione salariale, le unità produttive. L'INPS, in sede di normativa secondaria, ha ad esempio specificato la differenza tra *unità operativa*, ovvero il luogo dove si svolge stabilmente l'attività lavorativa di uno o più dipendenti oppure la sezione produttiva aziendale avente caratteristiche di omogeneità, e la vera e propria *unità produttiva,* identificata nello stabilimento o struttura finalizzata alla produzione di beni o all'erogazione di servizi che presenti i seguenti requisiti: sia dotata di autonomia finanziaria o tecnico funzionale; sia idonea a realizzare l'intero ciclo produttivo o una fase completa dallo stesso; abbia maestranze adibite in via continuativa[27].

Per quanto in particolare riguarda il primo requisito, si specifica che esso sussiste qualora «il plesso organizzativo» presenti «una fisionomia distinta ed abbia, in condizioni di indipendenza, un proprio riparto di risorse disponibili così da permettere in piena autonomia le scelte organizzative più confacenti alle caratteristiche funzionali e produttive dello/a stabilimento/struttura»[28]. Quest'ultimo riferimento – presente anche nel TUSL[29] – orienta l'interprete verso una concezione evoluta dell'unità produttiva, che può anche prescindere dal tradizionale riferimento allo "stabilimento" come entità fisica distinta e delocalizzata della sede principale dell'impresa ed estende la definizione anche a quelle entità che, pur nel contesto del medesimo sito, siano caratterizzate dallo svolgimento di attività (aventi ad esempio natura immateriale) connotate da una loro autonoma e distinta identità. Ancora degna di nota è la precisazione compiuta dall'INPS quanto al requisito – come noto assai rilevante nella prospettiva del penalista – dell'autonomia finanziaria. Fornendo una realistica interpretazione di tale elemento[30], si specifica infatti che la norma non presuppone una radicale

[27] Particolarmente rilevanti sono le circolari nn. 172 del 2010, 9 e 56 del 2017 e il messaggio n. 1444 del 31.03.2017 dove vengono specificati i criteri per la compilazione da parte dell'impresa delle autocertificazioni relative alla articolazione in unità produttive. In tale ultimo contesto si precisa che l'unità operativa e l'unità produttiva possono anche coincidere, come in particolare avviene nel caso della sede di lavoro principale. Con la circolare INPS n. 139 del 2016 sono stante anche precisate le caratteristiche dell'unità produttiva nel settore edile e nell'impiantistica industriale (costituzione e mantenimento dei cantieri per l'esecuzione di un contratto di appalto e i lavori con una durata minima di almeno un mese).

[28] Cfr. messaggio n. 1444 del 31.03.2017, nonché circolare n. 9 del 2017, § 2.1.

[29] In effetti già l'art. 2, lett. *i)* del d.lgs. n. 626 del 1994 definiva unità produttiva «stabilimento o struttura finalizzata alla produzione di beni o servizi, dotata di autonomia finanziaria e tecnico funzionale».

[30] La giurisprudenza penale ha mostrato non poche incertezze sul tema. A fronte di iniziali prese di posizione in cui sembrava mostrarsi favorevole alla necessità che il dirigente risulti titolare di una incondizionata autonomia finanziaria (Cass. 26.03.2004,

e assoluta indipendenza finanziaria dalla sede centrale – e men che meno un distinto bilancio, requisito che invero rimanda al gruppo d'imprese, più che al modello imprenditoriale delocalizzato – ma soltanto un'autonomia di scelte d'investimento nell'ambito di uno specifico *budget* che viene pur sempre determinato – tenendo conto delle esigenze operative dell'unità produttiva – dal consiglio di amministrazione della società nell'ambito delle sue scelte di indirizzo strategico e della visione d'insieme degli obiettivi sociali.

La peculiare natura di autonomo centro decisionale delle unità produttive fa sì che il responsabile di detti stabilimenti/strutture debba essere individuato quale datore di lavoro e, quindi, garante a titolo originario della protezione dei beni giuridici riferibili all'unità cui è preposto. In tali ipotesi, si è osservato, «non si riscontra un'ipotesi di delega in senso stretto, poiché i potenziali autori dei reati propri sono individuati, in *astratto,* dallo stesso legislatore e, in *concreto,* in base alla divisione del lavoro»[31].

Depone per questa lettura la stessa definizione normativa di datore di lavoro che, anche alla luce della sua evoluzione nel tempo, palesa la progressiva presa di consapevolezza della complessità dell'organizzazione imprenditoriale moderna. Originariamente, infatti, l'art. 2 del d.lgs. n. 626 del 1994 individuava il datore di lavoro in «qualsiasi persona fisica o giuridica o soggetto pubblico che è titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore *e* abbia la responsabilità dell'impresa ovvero dello stabilimento»: tale definizione era dunque imperniata sul dato formale del rapporto di subordinazione che, in virtù del contratto di lavoro, legava il lavoratore

in *Igiene e sicurezza del lavoro,* 2004, p. 316), ha successivamente assunto posizioni più realistiche affermando che «non basta che il dirigente responsabile di tali dependance aziendali sia provvisto, come un qualsiasi altro delegato, di un'autonomia decisionale e di spesa proporzionata all'entità dell'incarico ricevuto, ma sarà necessario, perché possa assumere altresì la veste di datore di lavoro, che l'organismo da lui diretto, pure restando un'emanazione della stessa impresa, abbia una sua fisionomia distinta, presenti un proprio bilancio e possa deliberare, *in condizioni di relativa indipendenza*, il riparto delle risorse disponibili, operando così le scelte organizzative ritenute più confacenti alle proprie caratteristiche funzionali e produttive»: Cass. Sez. IV, n. 45068, 30.03.2004, rv. 230279. Al di là dell'erroneo riferimento all'autonomo bilancio, proprio, come detto, più di una società controllata, che di un'unità produttiva, il giudice di legittimità sembra qui condividere la posizione della dottrina che si era pronunciata nel senso di non ritenere necessario che il responsabile dell'unità produttiva, per assumere la veste di datore di lavoro, disponga di un'assoluta autonomia finanziaria: F. Basenghi, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici,* in *La sicurezza del lavoro. Commento ai decreti legislativi 19 settembre 1994, n. 626 e 19 marzo 1996, n. 242*, a cura di L. Galantino, Giuffrè, Milano, 1996, p. 117; D'Alessandro, *La delega di funzioni,* cit., p. 1125.

[31] Vitarelli, *Delega di funzioni,* cit., p. 34.

all'imprenditore. Successivamente il d.lgs. n. 242 del 1996 modificava parzialmente, in senso sostanzialistico, detta definizione, attribuendo la qualifica al «soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa, ha la responsabilità dell'impresa stessa ovvero dell'unità produttiva […], in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa». In questo modo – in applicazione del principio di effettività[32] – il ruolo del datore di lavoro quale garante primario della sicurezza viene definitivamente sganciato dalla figura civilistica del "titolare del rapporto di lavoro"[33].

La scissione tra la figura dell'imprenditore *ex* art. 2082 c.c. e quella di datore di lavoro è stata definitivamente sancita dal d.lgs. n. 81 del 2008 che, nel definire la figura del principale debitore della sicurezza sui luoghi di lavoro, indirizza nel senso della valorizzazione dell'effettivo contesto organizzativo al fine di individuare la specifica area di rischio nel contesto della quale si è verificato l'infortunio e di chi quel rischio era chiamato a governare: "*datore di lavoro*" ai sensi dell'art. 2, lett. *b)* TUSL non è soltanto – e non tanto – il «soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore», ma il «soggetto che, *secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione* nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa».

In tal senso depone altresì l'art. 299 TULS, ai sensi del quale «le posizioni di garanzia» rilevanti in materia di sicurezza sul lavoro, e tra queste, *in primis,* quella di datore di lavoro, «gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti»[34]. È, dunque, anzitutto lo stesso legislatore a richiamare l'interprete a una rigorosa analisi della concreta realtà organizzativa nel contesto della quale si è verificato l'evento al fine di

[32] A. Bonfiglioli, *Alcune riflessioni in tema di sicurezza del lavoro (d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, come modificato dal d.lgs. 19 marzo 1996, n. 242,* in «CD» 1997, p. 26 e ss., p. 31.

[33] Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza,* cit., 2000, p. 392. Già all'epoca la giurisprudenza rilevava che «nel definire all'art. 2, 1° co., lett. *b)*, il concetto di datore di lavoro, il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 codifica il principio di effettività, e, in particolare, rende possibile la coesistenza all'interno della medesima impresa, di più figure aventi la qualità di datore di lavoro perché accanto al datore di lavoro inteso nel senso civilistico tradizionale quale titolare di rapporti di lavoro, possono esservi coloro che hanno la responsabilità dell'impresa o di una o più unità produttive che non sono invece titolari del rapporto di lavoro, sempre che, beninteso, siano titolari dei poteri decisionali e di spesa»: Cass. Sez. VI, n. 4981, 05.12.2003, in «DPL»*.,* 2004, p. 1919.

[34] D'Alessandro, *La delega di funzioni,* cit., 1125.

individuare compiutamente le diverse sfere di responsabilità gestoria[35].

Il rischio connesso alla specifica attività diventa dunque momento centrale ed elemento interpretativo fondamentale ai fini della corretta ricostruzione delle posizioni di garanzia all'interno dell'impresa e alla conseguente imputazione della responsabilità penale[36]. Il legislatore ha dunque recepito l'orientamento per cui il ruolo di garante «dipende dalla titolarità effettiva dell'esercizio della funzione munita di rilievo penalistico» e, quindi, dalla riferibilità o meno dell'imperativo penale di esercitarla correttamente[37]. In sostanza, nel modello delineato dal legislatore del 2008, il responsabile dell'unità produttiva è destinatario diretto del precetto penale perché è a lui riferibile – in questo caso, a differenza di quanto avviene per la delega, in via originaria – la qualifica di datore di lavoro[38].

Tale definizione attesta la presa di consapevolezza da parte del legislatore che l'esercizio dell'attività d'impresa si attua tramite il decentramento dei centri decisionali, di talché si ritiene di attribuire prevalenza al dato contenutistico su quello formale in virtù del quale, nelle organizzazioni a struttura complessa, «datore di lavoro è, in sostanza, colui che detiene i poteri decisionali e di spesa, poiché grazie ad essi è in grado di elaborare le strategie e di realizzarle», derivandone la conseguenza che «possano coesistere nell'ambito della stessa struttura organizzativa una *pluralità di datori di lavoro*»[39]. D'altra parte, è evidente come la posizione di garanzia presupponga non soltanto un'investitura formale, ma anche il conferimento di effettivi poteri di decisione e di intervento[40].

In tale scenario, distonica risulta la disciplina del datore di lavoro in ambito pubblicistico, laddove, all'art. 2, lett. b), TUSL, si stabilisce che,

[35] In argomento, si veda Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro,* cit., p. 22.

[36] Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 22. Su posizioni analoghe è la giurisprudenza di legittimità. Di particolare interesse è una recente decisione della Suprema Corte nel contesto della quale si è affermato che «ai fini dell'individuazione del garante nelle strutture aziendali complesse occorre fare riferimento al soggetto espressamente deputato alla gestione del rischio con la conseguenza che è riconducibile alla sfera gestionale del direttore di stabilimento, con delega in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, la sottoposizione degli impianti a regolare manutenzione, al fine di rilevare ed eliminare eventuali difetti pericolosi per la sicurezza e la salute dei lavoratori»: Cass. Sez. IV, n. 18409 del 28.03.2018, rv. 272802, Oberti.

[37] Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., p. 353.

[38] Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro,* cit., p. 25.

[39] Tordini Cagli, *I soggetti responsabili,* cit., 69; Pulitanò, *Igiene e sicurezza,* cit., p. 392; P. Veneziani, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali,* in «RTDPE», 1998, p. 513; Vitarelli, *Delega di funzioni,* cit., p. 145-147.

[40] Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza,* cit., 1992, p. 109.

nel caso in cui l'organo di vertice delle singole amministrazioni ometta di individuare il dirigente al quale spettano i poteri di gestione preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa, sarà lo stesso organo di vertice ad essere gravato dei compiti e delle responsabilità riferibili al datore di lavoro. La – discutibile – scelta di prescindere, in caso di mancata attivazione del responsabile dell'amministrazione, dalla valorizzazione dell'effettiva organizzazione degli uffici tradisce lo spirito sostanzialista della disciplina in materia di soggetto garante nelle strutture complesse ed è suscettibile di creare evidenti frizioni con il principio della personalità della responsabilità penale. Non si può dunque non condividere la posizione di chi ha osservato che «tale previsione sembra dar vita ad una inedita figura di datore di lavoro, fondata sull'"inadempienza organizzativa"»[41].

3. *Datore di lavoro e responsabili delle unità produttive nella giurisprudenza*

In coerenza con tale chiara indicazione, la giurisprudenza di legittimità ha in più occasioni ribadito la necessità di procedere a una effettiva individuazione delle diverse posizioni di garanzia all'interno di strutture aziendali articolate e complesse, rifuggendo da addebiti fondati su responsabilità di tipo oggettivo legate alla mera carica rivestita e procedendo, viceversa, in ossequio all'art. 27 Cost., alla puntuale identificazione dei soggetti in concreto gestori del rischio.

Il principio è stato autorevolmente fissato anzitutto dalle Sezioni Unite nel caso Thyssen, laddove si è evidenziato che è imprescindibile «*una accurata analisi delle diverse sfere di competenza gestionale ed organizzativa all'interno di ciascuna istituzione*. Dunque, rilevano da un lato le categorie giuridiche, i modelli di agente, dall'altro i concreti ruoli esercitati da ciascuno. Si tratta, in breve, di una ricognizione essenziale per un'imputazione che voglia essere personalizzata, in conformità ai sommi principi che governano l'ordinamento penale; per evitare l'indiscriminata, quasi automatica attribuzione dell'illecito a diversi soggetti»[42].

[41] R. Acquaroli, *"Il datore di lavoro"*, in *La nuova sicurezza sul lavoro. Norme penali e processuali*, a cura di G. Insolera, vol. III, Bologna, 2011, p. 10. In argomento, in giurisprudenza, si veda Cass. Sez. 4, sent. n. 43829, 20.04.2018, rv. 274263, con nota di Pedicini (2019), pp. 3015 ss.

[42] Cass. SU, n. 38343 del 24.04.2014, rv. 261108, imp. Espenhahn e altri, *caso Thyssen*, p. 102.

La successiva giurisprudenza di legittimità si è costantemente allineata a tale insegnamento, rimarcando che «in tema di individuazione delle responsabilità penali all'interno delle organizzazioni complesse, non può attribuirsi, in via automatica, all'organo di vertice la responsabilità per l'inosservanza della normativa di sicurezza, *dovendosi sempre considerare l'effettivo contesto organizzativo* e le condizioni in cui detto organo ha dovuto operare»[43]. In definitiva, quanto maggiore è la complessità dell'organizzazione, tanto più necessaria ed approfondita deve essere l'indagine sul ruolo svolto da ciascun agente: diversamente opinando si finirebbe con l'addebitare all'organo di vertice una sorta di responsabilità oggettiva rispetto a situazioni ragionevolmente non controllabili perché troppo distanti dalla sua possibilità di intervento nonché devolute alla cura ed alla conseguente responsabilità di altri.

Ancorché non molto frequenti, ci si imbatte anche in pronunce che prendono espressamente in considerazione la realtà delle unità produttive. Così, si è ad esempio osservato che «il problema della individuazione dei soggetti responsabili della sicurezza del lavoro nell'ambito di imprese di grandi dimensioni, la cui attività si esplichi in distinti stabilimenti, è sicuramente connotato da profili particolari che derivano dalla dimensione stessa della struttura e dalla complessità della sua organizzazione» e ciò in quanto «il principio di personalità della responsabilità penale impone all'interprete di compiere ogni sforzo per adeguare la realtà di fatto a quella normativa»[44].

Anche la giurisprudenza di legittimità sembra così aver preso atto della circostanza che, di regola, le imprese di particolare complessità e/o di rilevanti dimensioni sono caratterizzate da una capillare organizzazione e dalla frammentazione dei centri decisionali, constatazione da cui derivano importanti riflessi quanto alla responsabilità dei soggetti posti al vertice dell'impresa: «il legale rappresentante di una società di notevoli dimensioni non è responsabile allorché l'azienda sia stata preventivamente suddivisa in distinti settori, rami o servizi ed a ciascuno di questi siano stati in concreto

[43] Cass. Sez. IV, n. 13858 del 24.02.2015, rv. 263286, Rota e altro. Nel testo della sentenza si specifica che «nelle imprese di grandi dimensioni non è possibile attribuire *tout court* all'organo di vertice la responsabilità per l'inosservanza della normativa di sicurezza, occorrendo sempre apprezzare non solo l'apparato organizzativo che si è costituito, sì da poter risalire, all'interno di questo, al responsabile di settore […]. Diversamente opinando, del resto, si finirebbe con l'addebitare all'organo di vertice quasi una sorta di responsabilità oggettiva».

[44] Cass. Sez. IV, n. 7402 del 26.04.2000, rv. 216475, Mantero. Nella vicenda oggetto della decisione, la definizione di «impresa di grandi dimensioni» viene riferita a una società che «occupava più di 1000 dipendenti, distribuiti in quattro stabilimenti».

preposti soggetti qualificati ed idonei, nonché dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la completa gestione degli affari inerenti a determinati servizi»[45].

Quanto alla fonte di detta responsabilità, si segnala un'importante e positiva presa di consapevolezza in merito alla rilevante distinzione concettuale tra la delega di funzioni – istituto che trasferisce alcuni compiti dal garante primario ad altro soggetto, in partenza privo della qualifica rilevante – e l'assunzione a titolo originario, in virtù di quanto disposto dall'art. 2, lett. *b)*, TUSL, del ruolo di garante "primario" della salute e integrità fisica dei lavoratori operanti nell'ambito del perimetro di rischio affidato al dominio del responsabile dell'unità produttiva. Al riguardo, in linea con le considerazioni sopra espresse, si è così affermato che «il direttore dello stabilimento di una società per azioni è destinatario *iure proprio,* al pari del datore di lavoro, dei precetti antinfortunistici, indipendentemente dal conferimento di una delega di funzioni, in quanto, in virtù della posizione apicale ricoperta, assume una posizione di garanzia in materia antinfortunistica a tutela della incolumità e della salute dei lavoratori dipendenti»[46]. Conclusione che determina importanti conseguenze quanto alla definizione dell'ambito di operatività degli obblighi gravanti sul datore di lavoro preposto all'unità produttiva e alla stessa organizzazione dell'impresa: ciascun stabilimento/struttura dovrà dunque essere dotato – previa analisi condotta alla luce della specificità dell'attività svolta – di un proprio documento di valutazione dei rischi e dovrà nominare un proprio responsabile del servizio di prevenzione e protezione. D'altra parte, il datore di lavoro periferico potrà – in via originaria – delegare taluni compiti a soggetti che posseggano i requisiti di cui all'art. 16 TUSL, fermo restando in capo a lui l'obbligo di vigilare sull'operato dei delegati, compito che, in questa diversa dimensione e contesto, risulterà certamente più praticabile ed esigibile.

[45] Cass. Sez. IV, n. 2592 del 28.09.2006, rv. 235564, Di Lorenzo e altro.

[46] Cass. Sez. IV, n. 41981 del 07.02.2012, rv. 255001, Pittis. Nello stesso senso, si vedano anche Cass. Sez. IV, n. 24452 del 19.03.2015, rv. 263726; Cass. Sez. IV, n. 13858 del 24.02.2015, rv. 263286, Rota e altro. Nello stesso senso, si veda anche Cass. Sez. IV, n. 33417 del 26.06.2014, in«DG», 30.07.2014.

4. *Il ruolo del datore di lavoro di vertice nei modelli c.d. multidatoriali*

La fondamentale funzione di garanzia che il legislatore comunque attribuisce, anche in materia di sicurezza del lavoro, all'imprenditore e la constatazione che, soprattutto negli enti di grandi dimensioni, il decentramento delle funzioni (anche) decisionali rappresenta un'esigenza funzionale al perseguimento di una molteplicità di interessi impongono ora di interrogarsi in merito al ruolo e alle eventuali responsabilità che, anche in materia penale, residuano in capo al massimo vertice della società articolata in una pluralità di unità produttive[47]. La fonte primaria di tali posizioni di garanzia è da rinvenire nello stesso art. 2, lett. *b)*, TUSL che, come detto, contempla la possibilità che, all'interno dell'impresa, convivano una pluralità di "datori di lavoro" a titolo originario i cui ambiti di responsabilità dovranno essere distinti sulla base dello specifico profilo di rischio alla cui gestione ciascuno di essi è preposto in base all'organizzazione aziendale.

L'esame della giurisprudenza in materia mostra che, respingendosi l'idea che, nelle imprese organizzate in unità produttive, il centro decisionale originario della società possa disinteressarsi del tutto della gestione della sicurezza dei dipendenti, l'affermazione della responsabilità del datore di lavoro "sommo" derivi più che altro da una mera «sensazione che una responsabilità comunque debba ammettersi»[48], senza tuttavia individuarne in termini chiari contenuti e fonte. Resta dunque attuale la constatazione per cui tuttora «molto spesso, in maniera più o meno esplicita, più o

[47] Nelle società di capitali, come noto, il datore di lavoro è identificato nell'intero consiglio di amministrazione, salvo il caso di delega – ai sensi dell'art. 2381 c.c. – dei relativi compiti a uno dei singoli consiglieri ovvero a un comitato esecutivo composto da uno o più amministratori delegati: cfr. Deidda, *I soggetti tenuti alla prevenzione,* cit., p. 44; Pedrazzi, *Profili problematici,* cit., p. 129; in giurisprudenza, si veda, da ultimo, Cass. Sez. IV, n. 8118, 01.02.2017, rv. 269133, in «RTDPE», 2017, p. 295, con nota di M. Zalin. È opportuno rimarcare che, in tal caso, non viene in considerazione la tradizionale figura della delega in ambito lavoristico, posto che il trasferimento della funzione avviene, nel contesto di un organo collegiale, a favore di un garante originario e non, come nel caso previsto dall'art. 16 TUSL, da un soggetto qualificato a un terzo privo della relativa qualifica. Si è peraltro specificato che «la delega di gestione in proposito conferita ad uno o più amministratori, se specifica e comprensiva dei poteri di deliberazione e spesa, può ridurre la portata della posizione di garanzia attribuita agli ulteriori componenti del consiglio, ma non escluderla interamente, poiché non possono comunque essere trasferiti i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega»: Cass. Sez. IV, n. 988, 11.07.2002, rv. 226999.

[48] Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., p. 351.

meno assoluta si tende a negare l'efficacia esonerante che è tipica del vero e proprio incarico di funzioni»[49], ritenendo in sostanza che, pur di fronte a organizzazioni caratterizzate da elevata complessità organizzativa, l'imprenditore mantenga il suo ruolo di riferimento primario della responsabilità penale. Così, nella – comprensibile – prospettiva di «evitare che il soggetto titolare di una posizione di garanzia possa *ad libitum* sottrarsi alle sue responsabilità, riversandole su altri»[50], si tende a ricondurre anche il vero e proprio incarico di funzioni alla categoria del (mero) incarico di semplice esecuzione, con conseguente permanere in capo al dante incarico di una responsabilità – rimodulata – in termini di controllo sull'adempimento affidato all'incaricato[51]. Tale schema viene peraltro applicato dalla giurisprudenza anche rispetto a situazioni in cui, attesa la complessità dell'impresa o della specificità delle mansioni assegnate, risulta all'evidenza del tutto irrealistico pretendere dal garante primario una concreta, costante ed effettiva vigilanza sull'adempimento delle funzioni attribuite all'incaricato.

Senonché così facendo si finisce con il configurare una forma di responsabilità di posizione per di più mobile, dai contenuti vaghi e indeterminati, individuabili all'occorrenza e in relazione al caso concreto. Le lacune presenti dell'ordinamento – che non prende in considerazione in maniera compiuta il fenomeno della grande e media impresa – oggi come in passato «vengono nella pratica colmate mediante ricorso al buon senso giuridico nella logica di una rigoristica tutela del bene giuridico»[52].

Ora, non pare potersi dubitare del fatto che, in linea di principio, la pluralità di garanti non esonera da responsabilità il datore di lavoro di vertice: «l'assunzione di tale qualifica implica una connessione ineludibile con gli obblighi afferenti alla gestione del rischio lavorativo, che costituisce uno dei cardini del sistema»[53].

Si tratta, semmai, di ridefinire il perimetro della – residua – responsabilità del datore di lavoro di vertice rispetto a quella del datore di lavoro decentrato

[49] Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 349.

[50] Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., *ibidem*.

[51] Come noto secondo la tesi di Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., p. 43 e ss., il trasferimento di funzioni può assumere due possibili forme: il vero e proprio incarico di funzioni e l'incarico di semplice esecuzione. Soltanto il primo implica il passaggio dal dante incarico all'incaricato della sua posizione rilevante per il diritto penale, situazione cui dovrebbe conseguire l'esonero da responsabilità penale del dante incarico a (s)favore dell'incaricato.

[52] Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., p. 382.

[53] Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro,* cit., p. 28.

che potranno essere concorrenti, ma comunque di diverso contenuto. Si prospetta, in definitiva, una frantumazione del concetto e della qualifica del datore di lavoro fra più soggetti per cui ciascun responsabile delle varie unità produttive diventa rispetto ad esse datore di lavoro, senza però che venga meno l'unitarietà della qualifica in capo all'imprenditore.

Già in passato, autorevole dottrina aveva individuato i termini in cui impostare il problema della responsabilità dei vari garanti originari nel contesto delle imprese *multidatoriali* in modo da renderla coerente con il principio posto dall'art. 2087 c.c. che, come detto, assegna all'imprenditore la posizione di garante dell'incolumità dei lavoratori: «all'integrità dei beni a lui affidati l'imprenditore può provvedere anche per mezzo dell'organizzazione aziendale; anzi lo deve, nelle imprese appena complesse, non strettamente artigianali, ogni volta che l'adempimento personale risulti impossibile o inadeguato. L'onnipresenza che si esige dalla garanzia, dato il rango degli interessi in gioco, postula una risposta articolata, che valorizzi un complesso di risorse umane»[54].

E si deve certamente alla teoria funzionale della posizione di garanzia il merito di aver spinto l'interprete a non soffermarsi al mero e rassicurante dato normativo, ma a penetrare nella struttura organizzativa adottata dall'impresa, per individuare i reali centri d'imputazione delle decisioni e, quindi, delle responsabilità.

In questa prospettiva, il problema dell'imputazione nel contesto del diritto penale d'impresa «deve essere collocato, e risolto, assumendo come mappa l'ordinamento dell'impresa, il suo reticolo organizzativo»[55]. L'approntamento di un'adeguata organizzazione – tramite la creazione di una rete capillare di attribuzioni assegnate a soggetti qualificati – diventa dunque il contenuto del (mutato, ma permanente) obbligo di garanzia del datore di lavoro di vertice, ovvero del consiglio di amministrazione o dell'amministratore delegato.

In tale contesto, «la regolamentazione interna dell'impresa (sovente formalizzata in documenti come organigrammi, mansionari, ordini di servizio) si eleva dal piano della mera autonomia privata per assurgere a rilevanza e assumere forza cogente nell'ordinamento generale»[56]: le procure e gli ordini di servizio interni con cui vengono individuati i responsabili delle unità produttive diventano, dunque, fonte – mediata – della loro posizione di garanzia che trova in realtà primario riferimento normativo nello stesso

[54] Pedrazzi, *Profili problematici,* cit., p. 137.
[55] Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* cit., p. 187.
[56] Pedrazzi, *Profili problematici,* cit., p. 138.

art. 2, lett. *b)*, TUSL, che li definisce "datori di lavoro".

Questo approccio è stato recepito in alcune decisioni della giurisprudenza di legittimità nel contesto delle quali si è evidenziato che «le responsabilità del datore di lavoro relative a società di rilevanti dimensioni possono concernere solo i profili organizzativi nell'ambito dei quali sono da comprendere anche la predisposizione di adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'imprenditore da responsabilità di livello intermedio e finale»[57]. Nello stesso senso, si è osservato che, nelle realtà societarie di rilevante complessità, il garante non può individuarsi, «automaticamente, in colui o in coloro che occupano la posizione di vertice, occorrendo un puntuale accertamento, in concreto, dell'effettiva situazione della gerarchia delle responsabilità all'interno dell'apparato strutturale, così da verificare l'eventuale predisposizione di un adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'organo di vertice da responsabilità di livello intermedio e finale»[58].

Tale lettura sembra peraltro trovare un solido ancoraggio normativo nell'art. 16, co. 3, d.lgs. n. 81 del 2008, laddove si afferma che l'obbligo di vigilanza gravante sul datore di lavoro «si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4», ovvero il modello organizzativo previsto dall'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001[59]. Nel rimarcare «la valenza intrinsecamente "organizzativa" del dovere di vigilanza»[60], è dunque lo stesso legislatore a riconoscere che l'obbligo di vigilanza non ha più, di regola, una dimensione necessariamente personale e che il massimo vertice aziendale

[57] Cass. Sez. IV, n. 20176 del 27.03.2001. Nello stesso senso si è affermato che la responsabilità del vertice aziendale riguarda le ipotesi in cui la violazione degli obblighi in materia di salute e sicurezza dei luoghi di lavoro «derivi da scelte gestionali di fondo ovvero dall'inadeguatezza o inefficacia preventiva del modello di organizzazione e gestione adottato dalla impresa»: Cass. Sez. IV, n. 25977 del 13.02.2019, in «FI», 2019, 10, II, 603. In dottrina, si veda R. Acquaroli, *Il datore di lavoro,* a cura di G. Insolera, *La nuova sicurezza sul lavoro. Norme penali e processuali,* III, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 8.

[58] Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro,* cit., p. 40.

[59] Per un commento della disposizione si veda Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione,* cit., p. 35 ss., cui si rinvia anche per l'individuazione delle differenze tra obblighi individuali e collettivi in materia di organizzazione della sicurezza sul lavoro.

[60] F. D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009,* in «RIDPP», 2010, p. 1125 e ss., che evidenzia anche come le modifiche introdotte dalla novella del 2009 – che ha introdotto una presunzione di assolvimento dell'obbligo di vigilanza tramite l'adozione e attuazione di un idoneo modello organizzativo – ha contribuito a chiarire ulteriormente la natura e il perimetro dell'obbligo residuo gravante sul datore di lavoro. In argomento si veda anche Cfr. Pisani, *La "colpa per assunzione",* cit., p. 199 e ss.

adempie al proprio obbligo prevenzionale mediante un *sistema organizzato di controllo,* ovvero «una costruzione ordinamentale e procedurale, composta di diversi individui, costruita appositamente per prevenire epiloghi temuti e, contemporaneamente, permettere di verificare lo stato di adeguatezza e di efficacia dei presidi a questo fine introdotti»[61]. Significativa, a tale riguardo, è anche la disciplina del datore di lavoro in ambito pubblicistico, laddove, all'art. 2, lett. *b)*, TUSL, si stabilisce che, nel caso in cui l'organo di vertice delle singole amministrazioni ometta di individuare il dirigente al quale spettano i poteri di gestione preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa, sarà lo stesso organo di vertice ad essere gravato dei compiti e delle responsabilità riferibili al datore di lavoro. In tal modo, si è osservato, «tale previsione sembra dar vita ad una inedita figura di lavoro, fondata sull'"inadempienza organizzativa"»[62].

Si tratta di un adempimento – senza dubbio riferibile al perimetro di gestione del rischio afferente ai compiti del massimo vertice aziendale – che presenta adeguati margini di determinatezza, anche alla luce della possibilità, cui in particolare proprio le imprese di rilevanti dimensioni fanno sovente ricorso, di valorizzare – quanto meno in chiave di presunzione semplice e rispetto al disegno astratto della struttura organizzativa – le eventuali specifiche certificazioni ottenute alla luce delle *best practice*[63].

Dare rilievo all'organizzazione dell'ente non significa – si badi – privare l'ordinamento giuridico dell'imprescindibile ruolo di localizzazione delle responsabilità all'interno dell'impresa, ma piuttosto valorizzare l'assunto per cui nei reati funzionali la particolare condizione personale, espressa dalla legge tramite il riferimento a una qualifica soggettiva extrapenalistica, «consiste nella titolarità di esercizio di una determinata funzione e quindi nella titolarità di determinati poteri e doveri»[64]. In questa prospettiva l'organigramma della società diventa la mappa della ripartizione – sulla base

[61] A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* cit., p. 183.

[62] R. Acquaroli, *Il datore di lavoro,* cit., p. 10.

[63] Come noto l'art. 30 pone una presunzione di adeguatezza dei modelli ove siano conformi alle Linee Guida UNI-INAIL del 28 settembre 2009 o al *British Standard OHSAS 18001:2007*. La certificazione dei modelli in materia di sicurezza è stata in particolare valorizzata dalla giurisprudenza di merito: si veda ad esempio Trib. Catania, Sez. IV, 14.04.2016, in <*www.penalecontemporaneo.it*> 13 gennaio 2017, con nota di A. Orsina, *Il caso "Rete Ferroviaria Italiana»: un'esperienza positiva in tema di colpa di organizzazione.* Per un'analisi dell'efficacia esimente della certificazione e dei suoi limiti, cfr. R. Lottini, *I modelli di organizzazione e gestione,* in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro,* cit., p. 192.

[64] Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., p. 364.

di disposizioni di servizio e dunque atti di autonomia privata aventi valenza negoziale – dei poteri all'interno dell'impresa[65].

È peraltro evidente che «la funzione organizzativa non si esaurisce in un impulso iniziale»[66]: dal datore di lavoro di vertice si deve infatti pretendere che, nel contesto dell'assetto organizzativo delineato, sia prevista anche un'ulteriore articolazione che assicuri il controllo costante e puntuale dell'attività dei soggetti preposti ai ruoli decisionali nonché il rapido adeguamento delle strutture ove si renda necessario in ragione di eventi significativi o emersione di criticità che palesino le carenze del sistema adottato.

D'altra parte, un primo, fondamentale indice dell'adeguatezza dell'organizzazione delineata dal datore di lavoro di vertice attiene alla individuazione dei soggetti preposti alla gestione delle singole unità produttive che – sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 16, co. 1, lett. *b)* – dovranno possedere i necessari "requisiti di professionalità ed esperienza". Si potrebbe dunque configurare, in tale prospettiva, in capo al datore di lavoro di vertice una responsabilità derivante da *culpa in eligendo* nell'ipotesi in cui il responsabile della singola unità produttiva (e quindi datore di lavoro periferico) non possegga le qualità adeguate allo svolgimento dell'incarico. Al riguardo deve peraltro essere ben presente il rischio, paventato da accorta dottrina in materia di delega di funzioni, che la categoria della *culpa in eligendo* possa essere strumentalizzata per avallare forme di attribuzione di responsabilità per fatto altrui[67]. La valutazione di idoneità dovrà dunque essere fatta in una prospettiva *ex ante,* valorizzando i requisiti professionali (di natura manageriale e organizzativa) coerenti con l'incarico che – in particolare per quanto riguarda il responsabile dell'unità produttiva e al pari di quanto avviene per il datore di lavoro di vertice – non dovranno necessariamente investire specifiche competenze in materia di sicurezza sul lavoro, essendo sempre possibile, in tale ambito, il ricorso all'istituto della delega[68].

[65] Già Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., p. 389, aveva suggerito di prevedere a carico dell'imprenditore adempimenti nella conduzione dell'azienda volti a facilitare l'accertamento delle reali responsabilità, tra cui, per l'appunto, quello relativo alla predisposizione di precisi organigrammi da cui risulti esattamente la ripartizione delle competenze dei singoli funzionari. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro,* cit., p. 24.

[66] Pedrazzi, *Profili problematici,* cit., p. 139.

[67] Pulitanò, *I soggetti attivi e l'imputazione psicologica nelle organizzazioni complesse e nel lavoro esternalizzato, Relazione all'incontro di studio sul tema "Tutela della sicurezza sul lavoro",* C.S.M. Roma, 23-25 maggio 2007, p. 16.

[68] In questo senso Pisani, *La "colpa per assunzione",* cit., p. 218.

Più problematico appare il tentativo di fondare la responsabilità del datore di lavoro di vertice per eventi lesivi occorsi nel contesto di imprese articolate e complesse in ragione dell'attribuibilità all'organo dirigente di «scelte gestionali di fondo» in materia di sicurezza[69].

Anche a prescindere dal fatto che sembrano invero limitati i casi in cui possa individuarsi un concreto collegamento causale tra decisioni che attengono al generale andamento dell'impresa, come per l'appunto quelle di natura strategica, e lo specifico evento in cui si concretizza il reato di omicidio o lesioni colpose, si tratta, all'evidenza, di un riferimento dai contenuti vaghi, indeterminati e, in ultima analisi, mobili, suscettibile cioè di essere riempito di contenuto a secondo delle specifiche contingenze. Ancora una volta il rischio è quello di sottovalutare «le interdipendenze comportamentali e gli intrecci di obblighi che in un'organizzazione si realizzano, in senso sia verticale che orizzontale, tra vari garanti», finendo, ancora una volta, a responsabilizzare il vertice per comportamenti ed omissioni che attengo piuttosto alla gestione corrente dell'impresa[70].

Occorre dunque fare riferimento alle concrete caratteristiche dell'organizzazione oggetto di giudizio: nelle società di grandi dimensioni, dislocate sul territorio ed eventualmente con sedi anche all'estero, con numerosi dipendenti ovvero elevato grado di specializzazione delle attività, l'addebito riferibile alle «scelte gestionali di fondo» dovrà necessariamente ancorarsi a determinazioni effettivamente idonee a esporre a concreto rischio la vita o l'incolumità fisica del lavoratore o dei terzi, ad esempio limitando le risorse messe a disposizione delle singole unità produttive per il perseguimento degli obiettivi di sicurezza[71].

[69] Cass. SU, n. 38343 del 24.04.2014, cit., p. 107. Tale posizione è ripresa pressoché testualmente da Cass. Sez. IV, n. 24136 del 06.05.2016, rv. 266853, Di Maggio ed altri, e da Cass. Sez. IV, n. 22606 del 04.04.2017, rv. 269972, Minguzzi.

[70] Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione,* cit., 28. Su tale aspetto si veda anche F. Sgubbi, *I reati in materia di sicurezza e igiene del lavoro: connotati del sistema, Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi del lavoro,* a cura di L. Montuschi, Giappichelli, Torino, 1997, p. 262.

[71] Emblematico è il caso relativo all'incidente ThyssenKrupp, laddove l'evento lesivo (morte e lesioni dei lavoratori a seguito di una vasta esplosione) è stato ritenuto causalmente collegato alla scelta assunta dal consiglio di amministrazione della società di differire l'adeguamento del sistema antincendio, le cui carenze erano da tempo note, in attesa del trasferimento dello stabilimento da Torino a Terni: Cass. SU, n. 38343 del 24.04.2014, cit. Più problematico il caso cui si riferisce Cass. Sez. IV, n. 24136 del 06.05.2016, cit., in cui l'incidente è scaturito dall'erroneo posizionamento di una gru che, non essendo stata collocata su un terreno stabile, crollava su un vicino edificio, causando, oltre al suo danneggiamento, lesioni a diversi abitanti dello stesso.

In definitiva, le difficoltà che l'interprete incontra nel dipanare le complesse e intricate maglie dell'organizzazione societaria non devono far recedere dal compito di individuare, al di là di facili presunzioni, il centro effettivo dell'imputazione penale nell'imprescindibile sforzo di conciliare le esigenze di prevenzione con quelle della personalità dell'illecito penale e dell'effettività.

Ci sembra che il lavoro del Maestro che qui intendiamo onorare continui a offrire un esempio di equilibrio nella difficile opera di ricostruzione delle responsabilità all'interno di strutture complesse.

Nicola Selvaggi*

La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance' *nella piccola impresa: un'introduzione al problema*

Sommario: 0. Premessa – 1. Una (breve) notazione sulle funzioni della sanzione a carico dell'ente – 2. Il ruolo della *compliance* in generale nello sviluppo della disciplina sulla responsabilità da reato – 3. Autoregolamentazione in funzione preventiva e dogmatica dell'illecito dipendente da reato – 4. Il problema della piccola impresa – 4.1. Il profilo di '*small business*' oggetto dell'indagine – 5. Soggettività e 'colpevolezza' della piccola impresa – 6. Il rilievo del principio di proporzione – 7. Piccola impresa e *compliance* – 8. Conclusioni.

0. *Premessa*

Questo scritto considera il problema della responsabilità da reato delle piccole imprese, e dunque di enti caratterizzati da ridotte dimensioni in cui vi sia sovrapposizione tra proprietario e gestore, muovendo dalla premessa che una corretta strutturazione della responsabilità del soggetto collettivo non possa non dar rilievo almeno al difetto di organizzazione in rapporto all'illecito penale commesso dall'individuo.

Il problema della piccola impresa si pone in effetti con maggior evidenza proprio quando la disciplina si sviluppi nel senso di dare risalto al difetto di organizzazione, o comunque all'atteggiamento complessivo rispetto al reato, in particolare attraverso il richiamo ai modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio di commissione di illeciti, più che nel caso in cui il singolo sistema di responsabilità reagisca soltanto alla posizione dell'individuo autore del reato, senza alcuna ulteriore selezione (o comunque con filtri minimi, come nel caso del meccanismo vicariale)[1].

La presente indagine presuppone quindi una precisa scelta di prospettiva; e cioè che la responsabilità dell'ente dipendente da reato, in quanto comporti

* Associato di Diritto penale, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

[1] Ci si permette di rinviare sul punto a A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall' «utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 120 ss.; pp. 183 ss.

l'applicazione di conseguenze dal contenuto afflittivo, anche quando non sia propriamente definita come 'penale' dal singolo legislatore, debba comunque essere provvista delle garanzie sostanzialmente corrispondenti, secondo lo sviluppo impresso dalle giurisprudenze sovranazionali e nazionali in tema di *matière pénale*[2].

Il lavoro è (idealmente) diviso in due parti: nella prima, dopo aver brevemente tratteggiato le funzioni che ad avviso di chi scrive devono essere attribuite alla sanzione a carico dell'ente, verrà preso in considerazione il significato che assume l'autoregolamentazione in funzione preventiva (che di qui in avanti potremo anche indicare con il termine di '*compliance*'[3]); nella seconda verranno esaminati gli aspetti critici della responsabilità a carico delle piccole imprese.

1. *Una (breve) notazione sulle funzioni della sanzione a carico dell'ente*

Non deve certo stupire che il tema della funzione della pena per l'ente, e quindi degli scopi propri dei sistemi di responsabilità corrispondenti, sia oggetto di un'ampia discussione[4].

[2] Si cfr. ancora A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall' «utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, cit., pp. 37 ss.

[3] Per una sintesi dei significati e delle componenti della *compliance*, anche nelle loro evoluzioni, si cfr. A. Nieto Martín, *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*, in *Compliance y teoría del Derecho penal*, a cura di L. Kuhlen, J.P. Montiel, I. Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 22 ss.

[4] Senza pretesa di completezza, si vedano, nella letteratura italiana, A. Fiorella, M. Masucci, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato*, in «RIDPP», 2019, pp. 517 ss.; P. Severino, *Responsabilità dell'ente* ex *d.lgs. 231/2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Giuffrè, Milano, 2018, spec. pp. 1107 ss.; F. Mucciarelli, *Sanzioni e attività d'impresa*, ivi, pp. 1174 ss. Inoltre, M. Caufield, W. S.Laufer, *The Promise of Corporate Character Theory*, in «103 Iowa Law Review», p. 101, 2018; M.E. Diamantis, *Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment*, in «103 Iowa L. Rev. 507», 2018; A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, cit., pp. 89 ss.; J. Arlen, M.Kahan, *Corporate Governance Regulation through Non-prosecution*, in «84 U. Chi. L. Rev.» 323, 344, 2017; P. H. Bucy, *Why Punish? Trends in Corporate Criminal Prosecutions*, in «44 *Am. Crim. L. Rev.*», 2007, p. 1287; V. Khanna, *Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it Serve?*, in «109 Harvard L. Rev.», 1996, p. 1477 ; J. Arlen, *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, in «23 *J. Legal Stud.*», 1994, p. 833; B. Fisse, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and*

Con riguardo alla persona giuridica, il dibattito riflette le grandi visioni del fenomeno punitivo; e, non diversamente da quanto accade per il diritto penale 'classico' (impiego il termine 'classico' per intendere il diritto penale degli individui), traduce la contesa tra visioni assolute e relative.

Non è il caso, ovviamente, di riprenderne le tesi fondamentali, che sono del resto a tutti note.

È solo sufficiente osservare che quando si tratti delle società i contenuti di questa discussione possono subire delle varianti: può incidere sugli orientamenti la convinzione che il concetto di personalità giuridica sia solo un artificio (cioè che tutto si risolva nelle singole persone fisiche che costituiscono l'ente) ovvero, al contrario, la visione di chi vede le società come veri e propri giganti da addomesticare.

Un peso significativo ha storicamente avuto anche l'argomento dei "terzi innocenti", secondo il quale la pena per l'ente finirebbe con il colpire una serie di categorie di soggetti in realtà estranei al reato; come i soci, tra gli altri che subirebbero le conseguenze dell'illecito penale senza tuttavia aver partecipato alla gestione che ha causato l'attività criminosa.

Occorre riconoscere che in un confronto di così lungo respiro (e con radici così profonde) deve esserci del vero in entrambe le posizioni; e mentre sarebbe sbagliato, almeno a nostro avviso, assumere definitivamente una posizione piuttosto che l'altra, crediamo che occorra invece puntare ad una sintesi. Ma in che termini?

A me sembra che debba muoversi da una visione giuridica della funzione riconoscibile nella sanzione a carico dell'ente (il 'perché' in altri termini la pena venga minacciata e poi concretamente irrogata); e che indubbiamente debba riconoscersi come la 'prevenzione' sia l'idea prevalente nello sviluppo degli ordinamenti i quali da più tempo riconoscono la responsabilità dell'ente, così come negli indirizzi che possono ricavarsi dagli strumenti internazionali.

Nell'area europea in particolare questo dato sembra acquisito, come si ricava dall'analisi delle principali elaborazioni scientifiche.

Se la funzione della norma giuridica è anzitutto quella di dare un orientamento generale, la minaccia della pena dovrebbe rappresentare un incentivo al comportamento conforme (o un disincentivo alla deviazione dalla legalità) diretto nei confronti di coloro che hanno la responsabilità delle decisioni e del controllo sull'ente, per cui, in definitiva, è più conveniente organizzare e gestire l'impresa facendo tutto il possibile per evitare che vengano commessi reati.

Sanctions, in «56 *S. Cal. L. Rev.*», 1983, p. 1141.

A conferma di ciò sta, almeno per l'area europea, l'abbandono (tendenzialmente) generalizzato delle forme di responsabilità vicaria (ovvero per la semplice immedesimazione dell'ente nel soggetto che agisce) a favore di meccanismi di responsabilità che tengono conto dei passi fatti dall'ente nella direzione della prevenzione e della collaborazione con le autorità.

La funzione di prevenzione (o di deterrenza) si manifesta naturalmente anche al momento di definire il trattamento sanzionatorio, la 'pena', per il singolo ente; pure in questo caso, l'analisi degli ordinamenti mostra un generale indirizzo a favore della possibilità che l'ente 'riformato' ritorni alla legalità e continui l'attività organizzata: lo attestano le molte disposizioni, ad esempio, in tema di 'riparazione' o, per altro verso, di 'controllo' da parte dell'autorità giudiziaria per garantire che la società adotti le misure necessarie a prevenire in futuro la commissione di reati. Molti ordinamenti, insomma, consentono all'ente di continuare a vivere, purché si riorganizzi adeguatamente.

Tuttavia l'idea della prevenzione non può prescindere e travalicare i limiti che derivano dalla valutazione della gravità del fatto, anche tenendo conto delle caratteristiche soggettive del singolo ente.

A noi sembra condivisibile questa opinione: nel considerare il concetto e le funzioni della pena i profili retributivi non dovrebbero scomparire; essi dovrebbero invece essere mantenuti al fine di svolgere l'essenziale funzione di garantire la proporzione della conseguenza giuridica rispetto all'illecito commesso.

Una parte della letteratura – com'è noto – collega la necessità del limite già all'idea della prevenzione; nel senso che essa sarebbe connaturata al principio, o alla teoria, della deterrenza senza bisogno di far ricorso alle concezioni retributive.

Si può esser d'accordo: essere troppo affezionati alle etichette può non essere necessariamente un bene. L'importante, in ogni caso, è che si convenga sull'idea di fondo, e cioè che la logica della prevenzione (o della deterrenza) debba combinarsi sempre con il principio di proporzione.

2. *Il ruolo della* compliance *in generale nello sviluppo della disciplina sulla responsabilità da reato*

Dall'esame delle funzioni della pena a carico dell'ente si giunge direttamente al rilievo attribuito alla *compliance*; che esprime l'indirizzo, sempre più comune a livello di singoli Stati e sul piano globale, di associare l'ente nei programmi preordinati a minimizzare il rischio della commissione dei reati e degli illeciti più gravi; prevedendo così, in capo al soggetto collettivo, una vera e propria delega di orientamento dell'altrui comportamento e di controllo, ai fini di prevenzione degli illeciti[5].

Il fenomeno dell'autoregolamentazione in funzione preventiva s'inquadra infatti nella gestione di fenomeni e processi complessi, mediante il coinvolgimento del privato per agevolare adempimenti prima riservati senz'altro alla pubblica amministrazione, o comunque ai pubblici poteri, con i conseguenti riflessi penali per le relative violazioni[6].

Tra questi indubbiamente rientra anche la prevenzione dei reati, perché gli enti, soprattutto quelli di grandi dimensioni, sono in grado di monitorare le fonti di rischio e adottare strategie preventive in modo assai efficace e, in taluni casi, in modo più efficace degli Stati[7].

Si può dire che si realizzi una sorta di «*neo-contrattualismo penale*»: lo Stato (o la Comunità internazionale) affida al privato taluni compiti, da un lato responsabilizzandolo, mediante la minaccia della responsabilità e della pena corrispondente, dall'altro prospettando l'isolamento da ogni conseguenza

[5] Laufer, *The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law*, in «NYU Journal of Law & Business», 14, 2017, pp. 71 ss.; S. Campos Nave, *Rechtsstaatliche Regeltreue? Corporate Compliance als zwingende Antwort des freiheitsliebenden Unternehmens im Wirtschaftsstrafrecht*, Peter Lang, Frankfurt, 2012, pp. 91 ss.; pp. 157 ss.; J. Braithwaite, *Regulatory Capitalism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, pp. 64 ss.; pp. 197 ss.; C. Parker, *The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge University Press, Melbourne, 2002, pp. 31 ss.; I. Ayres, Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 101 ss.

[6] Nieto Martín, N. Selvaggi, *Corporate Criminal Liability and the Globalization of Punitive Systems: A Work in Progress*, in *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale globalizzato*, a cura di Fiorella, A.S. Valenzano, Jovene, Napoli, 2015, pp. 31 ss.

[7] M. Delmas, Marty, *Trois dynamiques pour responsabiliser les États et les entreprises transnationales*, in «Prendre la résponsabilité au serieux», diretto da A. Supiot, Delmas-Marty, PUF, Paris, 2015, pp. 404 ss.; C. Gómez, Jara Diez, *La incidencia de la autorregolación en el debate legislativo y doctrina actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in «*Autorregulación y Sanciones*», a cura di L. Arroyo Jiménez, Nieto Martín, Cizur menor, 2013, pp. 252-254

se l'ente ha fatto ciò che doveva, mostrandosi così effettivamente virtuoso[8].

È chiaro che questa dinamica sollecita l'ente a rendere effettivi i modelli di organizzazione e i livelli di controllo perché solo in questo modo potrà evitare l'applicazione di gravi sanzioni; ed è altrettanto chiaro che in questo modo sarà sempre più difficile che l'organizzazione diventi la culla del reato, anche perché, grazie alle politiche di controllo interne indotte dalla legislazione penale o para-penale, il singolo dipendente sarà portato (e incoraggiato) a rivedere i normali processi decisionali e a non sottovalutare i rischi connessi al compimento di attività illecite.

Al proposito non vanno trascurati gli importanti accorgimenti individuati da taluni ordinamenti: la disciplina italiana, ad esempio, prevede - anche nel caso in cui l'ente sia esonerato dalla responsabilità (si cfr. l'art.6 d.lgs. 231/2001) - la confisca del profitto che l'ente medesimo abbia tratto dal reato, anche nella forma per equivalente; in questo modo dimostrando il legislatore di voler rafforzare ulteriormente l'obiettivo della prevenzione.

3. *Autoregolamentazione in funzione preventiva e dogmatica dell'illecito dipendente da reato*

Si arriva così al punto dogmatico e dunque alla corretta considerazione della *compliance* quale elemento costruttivo dell'azione e della colpevolezza proprie dell'ente[9].

Ad avviso di chi scrive, ogni sistema che dia rilievo alla *compliance* ai fini della formulazione del giudizio di responsabilità assume quale base di tale giudizio il comportamento 'aggregato' dell'ente, e quindi l'insieme delle iniziative individuali e aggregate che si realizzano nell'ambito della compagine organizzata, anche perché dall'esame del comportamento aggregato può emergere la distanza tra il soggetto collettivo e l'iniziativa intrapresa dall'autore del reato.

In questa prospettiva, non deve sfuggire come l'aggregazione o l'interazione di comportamenti – l'azione (in senso ampio) organizzata - richiami anzi tutto un profilo che potremmo definire propriamente

[8] F. Centonze, *Public–Private Partnerships and Agency Problems: The Use of Incentives in Strategies to Combat Corruption*, in «*Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*», a cura di S. Manacorda, F. Centonze, G. Forti, Springer, Heidelberg New York Dordrecht London, 2014, pp. 43 ss.

[9] A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall' «utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, cit., pp. 177 ss.

costitutivo della 'condotta' dell'ente, il quale richiede di essere spiegato dal punto di vista della sua qualificazione giuridica e, successivamente, del suo possibile legame con lo specifico reato che sia stato commesso.

Questa chiave ricostruttiva è sollecitata proprio da quegli ordinamenti che danno rilievo al collegamento tra reato ed atteggiamento complessivo del soggetto meta-individuale per via del difetto (della lacuna) organizzativa e nei quali si faccia, più o meno esplicitamente, menzione della c.d. 'colpa di organizzazione'[10].

In questi casi, infatti – sia detto qui con la massima sintesi - l'ordinamento può fare una valutazione dell'organizzazione per verificare che l'ente, con 'buon uso' dei poteri di organizzazione, abbia correttamente progettato e attuato le regole prevenzionistiche, contenendo così l'attività organizzata entro i limiti di un rischio 'consentito'[11]; questa verifica potrebbe riferirsi, come accade nell'ordinamento italiano, alla tipologia di reati cui appartiene anche l'illecito commesso, senza comunque mancare di svolgere anche un giudizio sull'adeguatezza in concreto dell'organizzazione medesima a condizionare (o comunque influenzare) il verificarsi dello specifico evento-reato.

D'altro canto, se l'eventuale violazione delle regole di organizzazione preventiva in sé definisce soltanto la condotta inosservante del soggetto meta-individuale, e cioè la lacuna (organizzativa) rilevante, occorre chiedersi

[10] Per le più recenti analisi comparatistiche, con opportuna accentuazione della centralità di meccanismi "significativi" di imputazione, si vedano S. Manacorda, F. Centonze, G. Forti (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, cit., specialmente pp. 333 ss.; D. Brodowsky, M. Espinoza de los Monteros de la Parra, K. Tiedemann, J. Vogel (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, Cham, 2014, pp. 79 ss.; M. Pieth, R. Ivory, *Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview*, in «*Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*», eds. Pieth, Ivory, Springer, Dordrecht, pp. 4 ss.. Con particolare riferimento all'area dell'Unione Europea, Fiorella (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs,* vol. I (*Liability* "ex Crimine" *of Legal Entities in Member States*) e II (*Towards a Common Model in European Union*), Jovene, Napoli, passim; G. Vermeulen, W. De Bondt, C. Ryckman, *Liability of legal persons for offences in the EU*, Maklu, Antwerpen, Apeldoorn, Portland, 2012.

[11] Avremo in questo senso un'area di "rischio permesso". Per meglio illustrare questo profilo potrebbe farsi riferimento al difetto del "rischio *tipico*" su cui s'innesta l'illecito oggettivo, all'esercizio di una facoltà legittima o, se si vuole, all'esercizio di un'attività secondo modalità penalmente non illegittime. Nell'imputare all'ente una responsabilità da reato, allorquando faccia espressamente riferimento o comunque riconosca il rilievo dell'organizzazione in funzione preventiva, il singolo ordinamento può tendere allora a definire i limiti in cui il "rischio di reato" non sia ascrivibile all'ente medesimo ancorché i fatti siano commessi nel suo interesse da un proprio esponente.

se l'inosservanza della regola preventiva debba esaurire la struttura dell'illecito riferibile all'ente[12].

Per intraprendere la strada di una compiuta 'soggettivizzazione' dell'illecito dipendente da reato, peraltro, deve essere chiaro che sarebbe improprio immaginare una "psicologizzazione" intesa in senso stretto e "antropomorfico", come cioè se si avesse a che fare con la '*singola* persona fisica' e astraendo, invece, dall' 'aggregato' di comportamenti che è proprio delle organizzazioni pluripersonali.

Nella ricerca di un autentico elemento soggettivo con cui integrare l'illecito dipendente da reato riferibile all'ente, infatti, non dovrebbe mai dimenticarsi che, come sarebbe errato immaginare nell'ente un soggetto in definitiva della stessa 'pasta' dell'individuo, parimenti errato sarebbe (ed è) trascurare le componenti 'psicologiche' attraverso cui si modella il suo 'agire aggregato', in considerazione delle singole persone fisiche che lo 'compongono' e che agiscono nella situazione concreta.

Si tratta dunque di sviluppare il concetto stesso di comportamento 'aggregato' sino ai suoi esiti più compiuti; in particolare mettendo in rilievo come accanto all'elemento psicologico che costituisce il reato è possibile individuare, e aggregare, tanti stati psicologici quanti sono i soggetti che, nelle diverse vesti qualificate, possono intervenire nelle fasi precedenti o in quelle che possiamo definire 'coeve' alla commissione del reato medesimo.

Detti stati psicologici devono essere propriamente ricostruiti avendo come riferimento minimale ma sufficiente la specifica lacuna organizzativa; è l'aggregazione degli stati psicologici medesimi, che deve essere riconosciuta dal giudice nel caso concreto, a consacrare il collegamento significativo e d'ordine soggettivo tra l'ente, nel suo complesso, e l'evento-reato[13].

[12] La violazione, infatti, enuclea solo dati quali la norma e il dovere, che in sé e per sé costituiscono un momento esteriore alla sfera soggettiva. Occorre di conseguenza verificare se la via della integrale 'oggettivizzazione' della colpa (di organizzazione) debba considerarsi la sola obbligata o se, invece, come si ritiene, sia possibile acquisire un concetto di 'prevedibilità' per il cui compiuto sviluppo risulti indispensabile valorizzare opportunamente la dimensione pluripersonale nella quale s'inserisce il reato.

[13] Il punto – va da sé – si chiarisce meglio pensando all'esperienza ed in particolare alle possibilità conoscitive – ed in prospettiva reattive – che si aprono all'interno dell'organizzazione. Occorre perciò pensare al 'come' possano 'formarsi' coefficienti (almeno) di rappresentabilità della lacuna specifica e dell'evento-reato, secondo criteri di competenza. Si consideri ad esempio il caso in cui attraverso i flussi informativi o le ordinarie attività ispettive e di controllo emergano segnali di allarme in ordine all'esposizione di un'area al rischio della commissione di un reato; al caso di accentuazione del rischio connesso all'area medesima, oltre dunque i risultati delle ricognizioni effettuate al momento della progettazione della *compliance* o del suo aggiornamento, nell'ipotesi ad esempio in cui si prospetti l'esigenza di svolgere l'attività,

In questa prospettiva, particolare rilievo assume il coefficiente di rappresentazione o di rappresentabilità che può essere accertato guardando all'esercizio dei poteri di decisione e controllo, quali aspetti dinamici essenziali dell'autoregolamentazione; occorre in altri termini fare riferimento a quegli individui, lungo la filiera organizzativa in funzione preventiva, anche nella loro successione nel tempo, cui sono imputati poteri di decisione, e a quelli che sono titolari di funzioni di controllo, comunque diversi dagli autori del reato o dai concorrenti nel medesimo.

4. *Il problema della piccola impresa*

Esaminati gli aspetti essenziali dell'autoregolamentazione in funzione preventiva, occorre a questo punto ragionare sul caso in cui l'ente non sia caratterizzato da un sufficiente ed apprezzabile sviluppo organizzativo, che consenta di svolgere un controllo sulle modalità e sugli esiti del comportamento aggregato il quale possa scaturire dall'organizzazione medesima[14].

Va osservato che il dibattito scientifico ha riservato la maggiore attenzione alla responsabilità di enti con rilevanti proporzioni e peso nel sistema economico di riferimento, per elaborare modelli di responsabilità a misura dell'impresa in cui vi sia una netta separazione tra proprietà e gestione, e comunque di grandi dimensioni, ovvero percorsi e modelli sanzionatori adatti in special modo a questi ultimi[15].

ancorché si tratti di quella rientrante nell'oggetto sociale o comunque 'ordinaria', con modalità o in condizioni di tempo e di luogo particolari; ovvero nell'ipotesi di emersione di rischi di responsabilità in rapporto a sviluppi della legislazione (come può succedere nel caso d'introduzione di nuovi reati o di nuovi reati nel catalogo degli illeciti-presupposto, se la disciplina della responsabilità medesima, come ad esempio in Italia, non abbia carattere generale) ovvero della giurisprudenza circa la maggiore o minore ampiezza di una fattispecie di reato quale presupposto della responsabilità.

[14] Laufer in *The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law*, in «14 *NYU Journal of Law & Business*» 139 (2017): «*Targeting and taming giant corporations excites progressives of both old and new stripes. There are many good reasons to attend to iconic companies of great scale, from their market and political power, to the lasting effects of their ethical and legal violations […] », adding that nonetheless «The near-exclusive focus by progressives on the giants of industry is also not justified by any evidence of grater rates of deviance in the largest enterprises ("SMEs"), these with few resources to commit to compliance policies and programs, the rates are likely as high, if not higher*».

[15] F. Centonze, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in *La responsa-*

In effetti, è nel contesto della grande impresa che il principio della responsabilità dell'ente, accanto a quella dell'individuo o degli individui i quali hanno commesso il reato, può apparire come una scelta particolarmente indicata.

Nel caso di enti di grandi dimensioni, infatti, l'impresa si presenta come un vero e proprio attore aggiuntivo, che può agevolare o, al contrario, rendere più complicata la commissione del reato. Senza contare che la responsabilità del soggetto collettivo può diventare addirittura ancora più significativa nel caso in cui per ragioni diverse non possa individuarsi un centro individuale di imputazione; il che può succedere perché in capo alle persone fisiche individuate manca il necessario (o sufficiente) coefficiente di azione o di colpevolezza ovvero, per altro verso, le stesse non sono state identificate.

Non è un caso, del resto, che alla base della previsione della responsabilità dell'ente, secondo quanto in precedenza accennato, vi sia l'idea di indirizzare le capacità di *self-regulation* verso gli obiettivi della gestione del rischio e della prevenzione del reato, nella consapevolezza che meglio degli stessi Stati possono fare le (grandi) imprese, con le loro risorse e le loro tecniche di controllo interno.

È proprio qui che, sul piano degli obiettivi di politica criminale, con riguardo particolare alle componenti preventive che sono certamente proprie della pena per l'ente, la *compliance* – l'organizzazione in funzione preventiva – svolge le sue peculiari e specifiche funzioni, in precedenza esaminate.

Per altro verso, anche la differenziazione dei percorsi processuali, che muovendo dagli Stati Uniti sta diffondendosi anche in altri sistemi, dipende essenzialmente dalla esigenza di garantire specialmente le grandi imprese dal rischio di conseguenze accessorie innescate non solo dalla condanna ma già dall'attivazione del processo penale.

Si pensi in particolare all'esperienza delle transazioni tra Procure ed enti, maturata nel contesto statunitense federale e di qui "trapiantato" anche in altri ordinamenti, come quello del Regno Unito ovvero quello francese, sebbene (in alcuni casi) con varianti significative.

bilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma, a cura di Centonze, M. Mantovani, Il Mulino, Bologna, pp. 87 ss.; J. Arlen, *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, NYU Law School, *Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 11-25*, May 2012, pp. 151-153; C. Gomez-Jara Diez, *Corporate Criminal Liability in the Twenty-First Century: Are All Corporations Equally Capable of Wrongdoing?*, in «*Stetson L. R.*», 2011; K. F. Brickey, *Close Corporations and the Criminal Law: On "Mon and Pop" and a curious rule*, in «71 *Wash. U. L. Q.*» 189 (1993).

Com'è noto, queste strategie sono state individuate per gestire un tema classico della 'pena per l'ente', in particolare il suo potenziale 'lesivo' nei confronti del sistema economico e dei c.d. terzi innocenti, che la strategia dei *NPAs* e *DPAs* punta a gestire evitando la minaccia del processo.

Questa particolare attenzione della letteratura scientifica nei confronti degli enti di grandi dimensioni ha finito con il lasciare impregiudicato uno sviluppo riguardo alle imprese di piccole dimensioni.

Si badi: le singole discipline (sia pure con numeri non uniformi tra Stato e Stato e comunque, in molti casi, non particolarmente significativi) trovano applicazione anche nei confronti di tali enti; così come, per altro verso, non mancano alcune differenziazioni nelle discipline della responsabilità (nella legislazione italiana, peraltro, si prevede soltanto che, nel caso di enti di piccole dimensioni, l'organismo di vigilanza possa coincidere con l'organo dirigente).

Tuttavia, resta ancora non compiutamente sviluppata la riflessione attorno a due temi fondamentali: a) se e in che misura debba prevedersi la responsabilità di enti di piccole dimensioni, accanto a quella del reo, in particolare nei casi – che sono oggetto particolare della presente analisi – in cui la proprietà e il controllo sono concentrati nelle mani della stessa persona (che sia anche l'autore del reato) e l'ente medesimo si caratterizzi per modeste dimensioni e comunque per un insufficiente sviluppo organizzativo; b) ove la risposta al primo quesito sia affermativa, quali caratteristiche siano consigliabili dal punto di vista della struttura della responsabilità; in particolare dovendo chiedersi che ruolo attribuire alla *compliance* ed eventualmente con quali accorgimenti rispetto a quella delle grandi imprese.

4.1. *Il profilo di* 'small business' *oggetto dell'indagine*

Prima di sviluppare tali profili, s'impone la necessità di precisare a quale tipologia di enti vogliamo fare riferimento; o meglio, di isolare le caratteristiche che definiscono la tipologia di ente cui pensiamo per questa ricerca.

Nel far ciò, occorre tenere presente che le definizioni di impresa sono estremamente convenzionali e possono variare in modo significativo a seconda del parametro o dei parametri che vengano assunti, i quali sono di carattere organizzativo, qualitativo o quantitativo.

Come accennato, il presente studio vuole infatti concentrarsi sugli enti nei quali ricorrano le seguenti caratteristiche. In primo luogo, la tendenziale

convergenza o sovrapposizione tra gestione e proprietà; inoltre la gestione 'padronale', tendenzialmente con capitale familiare, infine una certa semplificazione organizzativa.

È rispetto a questa tipologia di enti che guardiamo in questa indagine, cioè – detto altrimenti – a quelle realtà caratterizzate dagli elementi sopra descritti: da uno scarso o ridotto sviluppo dell'organizzazione, che si presenta quindi semplificata anche in ragione del numero di dipendenti.

Questa indicazione – val la pena osservare – è anche interessante perché consente pure di individuare una gamma abbastanza omogenea di rischi-reato cui detti enti possono essere esposti. In genere, si tratta di violazioni di prescrizioni attinenti a settori regolamentati (ad esempio l'ambiente), di reati connessi agli infortuni sul lavoro occorsi ai dipendenti e, talvolta, ad episodi di corruzione.

Ora, come già osservato, la grande impresa, la cui proprietà è distribuita tra un numero elevato di piccoli azionisti (è "diffusa"), si caratterizza generalmente per la separazione tra la proprietà e il controllo (la gestione): da un lato infatti i piccoli azionisti si trasformano in investitori interessati alla remunerazione del capitale; dall'altro vi è il management, cui fanno capi i poteri di gestione dell'ente.

Il modello della proprietà diffusa, sotto questo profilo, impone meccanismi di incentivazione, diretta o indiretta[16], preordinati a ridurre il rischio di comportamenti opportunistici da parte del *management*. In una prospettiva generale, la responsabilità penale si collega a questa dimensione e deve favorire detti meccanismi di controllo.

D'altro canto, molte ricerche empiriche indicano come nella maggior parte dell'economie dei Paesi OCSE, la proprietà delle imprese (non solo piccole ma anche grandi) sia in prevalenza concentrata nelle mani di pochi grandi azionisti[17].

Com'è stato osservato «la concentrazione della proprietà è il risultato del *trade-off* tra diversificazione del rischio, che richiede una massima dispersione della proprietà, e un monitoraggio ottimo sul manager, che al contrario richiede la concentrazione della proprietà»[18]. Da questo punto di vista mantenere la proprietà "chiusa" o "concentrata" può rappresentare una

[16] Strumenti di incentivazione diretta possono essere, ad esempio, i sistemi di remunerazione e compensazione previsti per i manager; strumenti di incentivazione indiretta sono quelli che puniscono i manager per la gestione inefficiente dell'impresa.

[17] G. Bosi, S. Trento, *Il governo dell'impresa. Economia e diritto della* corporate governance, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 178-179.

[18] Cfr. ancora G. Bosi, S. Trento, *Il governo dell'impresa. Economia e diritto della* corporate governance, cit., p. 161.

scelta strategica e stabile.

Con riguardo poi alle piccole o medie imprese in particolare, non vanno trascurati altri fattori che certamente possono spiegare, in particolare nel contesto europeo ed italiano, il carattere fecondo e radicato di questa forma d'impresa.

Ad esempio, le analisi socio-economiche della piccola (e talvolta piccolissima) o media impresa hanno mostrato come essa sia espressione di vere e proprie 'strutture' della società: nel senso cioè che pur assorbendo la logica razionale e strumentale della società capitalistica e quindi adeguando i principali elementi funzionali e organizzativi all'obiettivo del raggiungimento del profitto, secondo una componente significativa della storiografia e della sociologia economiche, che ha studiato il fenomeno specialmente con riguardo alla situazione europea ed italiana in particolare, la piccola impresa rappresenterebbe "un testimone del passato", in cui sarebbero prevalenti i connotati caratteristici di una comunità più che quelli di una società organica fondata sulla divisione del lavoro e sul principio della delega[19].

Per altro verso, a testimonianza del ruolo svolto dalla tipologia di enti che stiamo esaminando, occorre pure ricordare che la presenza della piccola e media impresa consente la c.d. disintermediazione o divisione della grande impresa «(…) che può rivolgersi così in forma temporanea ai fornitori dei suoi prodotti intermedi senza assumersi irreversibilmente i costi di produzione e di coordinamento, che hanno, in tal modo, invece durata temporanea, quanto le necessità a cui fanno fronte»[20].

Naturalmente, a differenza della grande impresa a proprietà diffusa, il modello d'impresa a proprietà concentrata tende a contenere la propensione al rischio.

In questi casi, la proprietà tiene le mani sull'impresa, riducendo o azzerando i costi di c.d. *agency* (costi di coordinamento e di incentivazione), con la conseguenza che il sistema di governo dell'ente si caratterizza per una struttura (o una logica) 'orizzontale', anziché verticale come accade invece per le società a proprietà o ad azionariato diffuso. Da un punto di vista generale, gli eventuali conflitti che possono porsi, e che i sistemi di *corporate governance* dovrebbero essere chiamati a gestire, non sono quelli tra proprietari e controllanti-gestori ma tra soci di maggioranza ed eventuali minoranze presenti nell'ambito dell'ente.

[19] G. Sapelli, *Elogio della piccola impresa*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 8-9; si cfr. anche A. Colli, *I volti di Proteo. Storia della piccola impresa in Italia nel Novecento*, Bollati Boringhieri, Torino, 2002 e Id., *Capitalismo famigliare*, Il Mulino, Bologna, 2007.

[20] Sapelli, *Elogio*, cit., p. 35.

Naturalmente, un elemento che contraddistingue gli enti cui vogliamo fare riferimento per la nostra indagine è quello della snellezza o semplicità dell'organizzazione, anche quale riflesso del carattere orizzontale dell'organizzazione. Si tratta di un punto fondamentale per comprendere fino a che punto debba concepirsi un cumulo di responsabilità individuale e collettiva o non siano invece ipotizzabili migliori e più efficienti allocazioni della responsabilità. Frequentemente questa semplificazione organizzativa si esprime attraverso una ridotta o ridottissima, se non quasi inesistente, propensione al trasferimento e alla delega di funzioni (insomma, potremmo dire con termine caro alla sociologica classica, alla 'divisione del lavoro').

5. *Soggettività e 'colpevolezza' della piccola impresa*

Ciò premesso, un primo aspetto di particolare rilievo, con riferimento agli enti i quali presentino le caratteristiche sopra delineate, attiene alla distinzione tra personalità e soggettività.

In linea generale, gli ordinamenti non attribuiscono rilievo all'acquisto di una compiuta personalità giuridica, essendo sufficiente, perché possano applicarsi i regimi di responsabilità collettiva, ove presenti, un'autonoma soggettività giuridica dell'ente, distinta da quella dei singoli individui che ne fanno parte.

Ora, rispetto a tale premessa (e al netto dei più semplici profili che riguardano l'eventuale ricognizione di una fattispecie riconducibile, in definitiva, all'imprenditore individuale; dunque all'esercizio non in forma societaria – e collettiva – dell'impresa) occorre stabilire se tale dato sia in sé sufficiente; ovvero se la verifica di questo rivestimento formale, agli effetti specifici della responsabilità da reato dell'ente, debba includere anche una valutazione circa la capacità di azione aggregata, tenuto conto dello sviluppo organizzativo. In assenza della quale, dovrebbe escludersi che l'ente possa accentrare l'imputazione e soprattutto subire le conseguenze sfavorevoli del reato.

Com'è noto, nella letteratura esiste un approfondimento specifico di questo profilo, con risultati che portano a considerare l'ente di piccole dimensioni come una struttura sfornita, in tutto o in parte, di imputabilità.

Alcuni argomenti vengono sviluppati nella teoria giuridica della responsabilità ma con addentellati alla teoria dei sistemi sociali.

Una parte della dottrina, infatti, muovendo da precise premesse teoriche[21], ha ritenuto che l'insufficiente sviluppo dimensionale dell'ente non consenta il perfezionarsi del giudizio di colpevolezza. In particolare, valorizzando l'idea che la colpevolezza deve elaborarsi sulla base dell'autoregolamentazione – i cui esiti in un certo senso ne costituiscono il substrato – questa dottrina è giunta alla conclusione che nel caso di enti di piccole dimensioni dovrebbe parlarsi di soggetti a capacità diminuita o 'non imputabili', analogamente a quanto avviene, ad esempio, per coloro che, in ragione dell'età, siano considerati dalla legge (o giudicati) come 'immaturi' in quanto non sostenuti da un compiuto sviluppo che consacri il pieno possesso delle funzioni di 'intendere' e di 'volere'[22].

A tale ricostruzione, cui può comunque rivolgersi una serie di obiezioni, va in ogni caso il merito di aver posto il problema nel quadro di una visione orientata a radicare il principio di colpevolezza nella prospettiva dell'illecito da riferire all'ente.

In particolare, viene confermato il rilievo che, nella struttura dell'illecito dipendente da reato, assume l'organizzazione in funzione preventiva, attraverso le attività di *compliance*. In questo senso anzi potendo riconoscere che l'insufficiente sviluppo organizzativo dovrebbe propriamente essere valutato già rispetto alla capacità di azione dell'ente, prima ancora che con riguardo alla possibilità di formulare il giudizio di colpevolezza.

D'altro canto, va osservato che la proposta sopra menzionata, nel muovere forse troppo rigidamente da talune premesse teorico-concettuali (in particolare, volendo far discendere l'idea della non imputabilità dalle concezioni 'auto-poietiche' dei sistemi sociali, nel senso dunque che l'assenza di substrato organizzativo, impedendo i necessari sviluppi corrispondenti, ostacolerebbe la stessa formazione di un sistema) finisce con il trascurare che la valutazione giuridica potrebbe essere guidata da logiche diverse.

L'insufficiente sviluppo dimensionale, e di conseguenza organizzativo, infatti, potrebbe al contrario indicare che l'ente sia da rimproverare, allorquando, cioè, abbia, ad esempio, avviato attività senza un adeguato supporto di mezzi materiali e di risorse umane e, magari, senza i necessari interventi dal punto di vista dell'organizzazione funzionale.

In queste ipotesi, più che richiamare l'idea della non imputabilità,

[21] G. Teubner, (1988) *Enterprise Corporativism: New Industrial Policy and the «Essence» of the Legal Person*, in «Am. J. Comp. L.», n. 36, 1, pp. 130 ss., secondo il quale le organizzazioni complesse devono intendersi come un « […] *pulsating sequence of meaningfully inter-related communicative events, that constantly reproduce themselves*».

[22] C. Gomez-Jara Diez, *Corporate Criminal Liability in the Twenty-First Century: Are All Corporations Equally Capable of Wrongdoing?*, in «*Stetson L. R.*», 2011, n. 41, pp. 41 ss.

occorrerebbe semmai considerare se, almeno nella prospettiva di un orientamento generale al problema, non sia al contrario più corretto considerare, per l'ente, una sorta di colpa 'per assunzione'.

Naturalmente, le dimensioni possono avere anche ulteriori riflessi, che il giudice potrebbe valorizzare nel giudizio di responsabilità, guardando alle specificità della concreta situazione di vita.

Resta inoltre il problema di comprendere se a questi fini un legislatore possa individuare dei criteri quantitativi e/o qualitativi affidabili, senza introdurre presunzioni che producano il rischio di esiti irragionevoli.

Da un lato infatti vi è il rischio di favorire sacche di irresponsabilità, come potrebbe accadere – ove si affermassero soglie fondate su dati numerico-quantitativi – nel caso di parcellizzazione delle imprese proprio per sfuggire al giudizio di responsabilità; dall'altro il pericolo che sia impedito al giudice di valutare l'insufficiente sviluppo organizzativo in concreto, a prescindere (ad esempio) dal numero di impiegati, anche in ipotesi diverse da quella del collegamento tra 'piccole imprese'.

Come si vedrà, una scelta ragionevole sarebbe soltanto quella che consentisse comunque al giudice di svolgere una compiuta valutazione avente ad oggetto la situazione concreta e lo specifico soggetto collettivo.

6. *Il rilievo del principio di proporzione*

Un altro aspetto importante da tenere in considerazione attiene alla possibile lesione di fondamentali principi che presiedono al momento sanzionatorio, in particolare quello del *ne bis in idem* ma – sembra a chi scrive – soprattutto, in termini più generali, quello di proporzione.

Nei casi in esame (quando – lo si ripete - il reato sia stato commesso dall'*owner-manager*), la pena per l'ente potrebbe tradursi in una sanzione "occulta" per l'individuo, il quale verrebbe dunque condannato "due volte" e in misura sproporzionata.

Anche ammettendo che la distinta soggettività giuridica, se non si risolva in un dato puramente e semplicemente formale, tuttavia possa consentire di semplificare la questione con riferimento al rispetto del principio del '*ne bis in idem*' o al divieto di '*double jeopardy*', resterebbe da comprendere se, in taluni casi, almeno il trattamento (o semplicemente il carico) sanzionatorio previsto per l'ente non debba in qualche modo registrare il fatto dell'applicazione della pena nei confronti delle persone fisiche.

Al proposito, potrebbe giovare una soluzione pratica del tipo di quella prevista dall'ordinamento federale statunitense – ove, come accennato in precedenza, tende ad affermarsi una sorta di differenziazione tra ambito teorico e ambito effettivo della responsabilità, nel senso che questa, secondo il modello vicariale, viene per lo più ascritta agli enti di piccole o medie dimensioni – che consente meccanismi di compensazione della pena pecuniaria nel caso di *closely-held organizations*[23].

7. *Piccola impresa e* compliance

Si afferma inoltre che, per le dimensioni ridotte e per l'organizzazione semplificata, sarebbe ben difficile per le piccole imprese adottare ed efficacemente attuare programmi di *compliance* e dunque procedere a quella autoregolamentazione in funzione preventiva di cui si è detto prima.

In particolare, tali imprese avrebbero difficoltà ad impiantare effettivi sistemi di controllo interni, finalizzati alla individuazione di attività illecite e alla loro segnalazione o denuncia nei confronti delle Autorità, che sarebbero frenati dalla sovrapposizione tra proprietà e gestione, con il rischio di coinvolgimento nell'eventuale responsabilità del vertice[24].

Nell'esperienza di molti Paesi si segnala effettivamente una sorta di disallineamento tra imprese, nel senso che quelle di minori dimensioni sembrano ridurre gli sforzi di *compliance*, prediligendo approcci selettivi.

Ad avviso di chi scrive, queste difficoltà dipendono principalmente

[23] Infatti, il § 8C3.4 delle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* stabilisce che: «*The Court may offset the fine imposed upon a closely held organization when one or more individuals, each of whom owns at least a 5 percent interest in the organization, has been fined in a federal criminal proceeding for the same offence conduct for which the organization is being sentenced*»; la ragione di questa scelta è chiaramente illustrata nel commento che accompagna questa disposizione: «*For practical purpose, most closely held organizations are the alter egos of their owner-managers. In the case of criminal conduct by a closely-held corporation, both the organization and the culpable individual(s) may be convicted. As a general rule in such cases, appropriate punishment may be achieved by offsetting the fine imposed upon the organization by an amount that reflects the percentage ownership interest of the sentenced individuals and the magnitude of the fines imposed upon those individuals*». Per un'analisi, anche in chiave di riforma dell'ordinamento italiano, può vedersi F. Centonze, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, cit., pp. 87 ss.

[24] J. Arlen, *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, NYU Law School, *Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 11-25*, May 2012, pp. 151-153.

dalla circostanza che la maggioranza dei sistemi, quando fanno riferimento ai programmi di *compliance*, non differenziano, se non in misura minima, tra enti di piccole (o medie) dimensioni ed enti più grandi, prevedendo adempimenti e criteri che si adattano soprattutto a questi ultimi e rendono invece più difficile le attività di adeguamento per i primi. Altre ragioni possono poi essere di carattere economico, perché la maggior parte delle realtà imprenditoriali, specie se a gestione familiare, possono avere difficoltà a gestire i costi collegati alle attività di *compliance*.

In linea di principio, però, con ogni evidenza non esistono ostacoli all'adozione, anche nelle piccole imprese, di modelli di organizzazione, gestione e controllo o comunque, se del caso, di programmi più semplificati di conformità preordinati alla prevenzione del reato.

Tali meccanismi, d'altro canto, se correttamente ed efficacemente impiegati, possono rappresentare un utile strumento per contribuire a gestire le relazioni tra soci di maggioranza e di minoranza; ed inoltre possono rivelarsi estremamente utili anche per il gestore-proprietario, nel caso di reato commesso da un dipendente, al fine del suo possibile esonero dalla responsabilità.

8. *Conclusioni*

Nella letteratura è frequentemente espressa la convinzione che il cumulo di responsabilità, nel caso che stiamo esaminando, ed in specie nell'ipotesi di reato che sia stato commesso dal proprietario-gestore dell'ente, dovrebbe essere accantonato, a favore di un'opzione che può essere 'individuale' ovvero solo 'corporate'[25].

Si afferma così che nel caso di imprese a proprietà concentrata, di ridotte dimensioni e dove vi sia identificazione tra proprietario e manager, e sempre che non si tratti di società appartenenti al medesimo gruppo d'imprese ovvero tra loro collegate, la responsabilità dovrebbe essere esclusa e quindi il sistema dovrebbe assumere quale obiettivo soltanto l'individuo gestore e responsabile del reato. Appartengono a questa prospettiva anche una serie di proposte di riforma, avanzate in Spagna e in Italia, che si distinguono soltanto per il criterio quantitativo (la soglia di dipendenti) impiegato per qualificare la società come ente di piccole dimensioni.

[25] Si cfr. V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 176 ss.

Ad una soluzione che favorisca l'uno o l'altro modello, senza bisogno dunque di ricorrere alla responsabilità congiunta di ente ed individuo può giungersi per altro verso anche applicando il metodo dell'analisi economica del diritto, perché la posizione del proprietario-gestore e in particolare la coincidenza tra interesse perseguito dall'autore del reato e interesse dell'impresa portano a ritenere che una prevenzione ottimale possa raggiungersi applicando un solo regime di responsabilità, senza necessità di giungere al cumulo di sanzioni (a carico dell'individuo e a carico dell'ente); va ribadito che questa soluzione si riferisce al caso in cui il reato sia commesso da chi sia contemporaneamente proprietario e gestore dell'ente, perché in questa ipotesi non viene in riferimento il reato del solo impiegato, e con esso quei fattori che possono alterare la situazione di equilibrio (tra i quali, in particolare, l'incapienza patrimoniale dell'autore del reato)[26].

Queste considerazioni ci sembrano tutte condivisibili: dal punto di vista della migliore prevenzione del reato che possa essere commesso da chi gestisce una società e ne è anche il proprietario, specie se essa è di piccole dimensioni, in taluni casi può essere sufficiente che l'ordinamento consideri, in linea di principio, soltanto un'ipotesi di responsabilità.

A nostro avviso, però, o almeno dal punto di vista giuridico, non è indifferente quale; rilevante, sotto questo profilo, è in particolare la distinzione a seconda che il reato sia stato commesso dal proprietario-gestore ovvero da un dipendente.

Pensiamo anzi tutto al caso in cui il reato venga commesso soltanto dal soggetto proprietario e gestore.

Se il problema che stiamo esaminando, infatti, sorge per la ragione delle caratteristiche dell'ente, in definitiva per la sua sostanziale identificazione con chi ne è proprietario e la gestisce, allora la minaccia della sanzione dovrebbe dirigersi nei confronti della persona fisica, in questo modo realizzando a nostro avviso l'idea di prevenzione proporzionata con la quale abbiamo introdotto questa ricerca.

Infatti, nei casi che stiamo esaminando, i due attori in campo, l'ente e il suo proprietario-gestore-autore del reato, non sono affatto nella medesima posizione, anzi.

Se guardiamo all'ente a prescindere dal suo manager troviamo, specie negli enti di piccole dimensioni e ad organizzazione molto semplificata, che il suo contributo alla commissione del reato è praticamente nullo: la società non si trova certo nella condizione di un ente ad azionariato diffuso e di grandi dimensioni che avrebbe potuto prevenire, individuare e/o denunciare

[26] Arlen, *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, cit., pp. 151-153.

e collaborare con l'autorità e non l'ha fatto; gli eventuali soci di minoranza o impiegati sono davvero in condizione di fare ben poco. Insomma, il contributo dell'ente al reato, in sé e per sé considerato, è troppo esiguo per giustificare una dichiarazione di responsabilità, perlomeno (a nostro avviso) una responsabilità penale.

Per altro verso, se guardiamo invece al manager-proprietario la sua posizione, per converso, si aggrava: sebbene non siamo d'accordo in tutto con l'idea, sopra descritta, secondo la quale le imprese (gli enti) di ridotte dimensioni dovrebbero essere considerati come una sorta di soggetti non imputabili o a ridotta imputabilità, ci piace comunque "coltivare la metafora". In questo senso potremmo effettivamente dire che l'individuo è qui in una posizione più grave di chi semplicemente commette un reato, perché lo ha fatto determinando e avvalendosi di una struttura, e quindi con maggiori possibilità di riuscita, che non ha possibilità di reazione, difese e atteggiamenti virtuosi nei confronti dell'Autorità.

Questa considerazione potrebbe eventualmente mutare soltanto nell'ipotesi in cui il reato risulti commesso non soltanto da chi controlla e gestisce l'ente di cui sia proprietario ma sia commesso con il concorso, unitamente, di altri soggetti: ad esempio, impiegati della società e/o soci di minoranza.

In questo caso occorrerebbe però distinguere: da un lato infatti potremmo avere una situazione di dominio, di predominanza, talmente forte da lasciare i termini della questione sostanzialmente invariati (a nostro avviso, ciò potrebbe accadere nell'ipotesi in precedenza esaminata della tolleranza che abbia serbato il vertice sull'altrui condotta criminosa); dall'altro lato potremmo avere invece una situazione più orizzontale e dinamica, nel qual caso si realizzerebbe, dal punto di vista giuridico, una situazione di equilibrio la quale potrebbe far optare anche per la responsabilità penale dell'ente.

Può dunque affermarsi che vi sono casi in cui il ricorso alla sanzione soltanto nei confronti dell'individuo, magari lasciando che l'ente possa essere raggiunto soltanto da pretese civilistiche, risulti in effetti ragionevole.

Va osservato che si tratta di situazioni difficilmente generalizzabili e quindi non facilmente individuabili dal legislatore una volta per tutte.

Sotto questo profilo, occorrerebbe allora introdurre o perfezionare sistemi che consentano all'autorità giudiziaria di operare delle scelte, già con riferimento alla responsabilità, sulla base di criteri predeterminati dal legislatore, che tengano in particolare conto del rapporto tra proprietà e gestione, delle dimensioni e della semplificazione organizzativa dell'ente; ed in particolare di valutare (sarà, a seconda dei casi, l'ufficio del procuratore

o il giudice) di rinunciare alla pena nei confronti del soggetto collettivo ovvero, nelle ipotesi residuali in cui il giudice decida per il cumulo della responsabilità, di attivare meccanismi di compensazione tra le sanzioni pecuniarie, in modo da evitare che il trattamento sanzionatorio risulti complessivamente sproporzionato.

Paola Severino*

Corruzione e crisi pandemica: vecchi problemi e nuove sfide

Sommario: 1. Premessa – 2. I progressi compiuti dall'Italia nella lotta alla corruzione – 3. La legislazione e la dogmatica penalistica italiane come modelli d'esportazione tra pubblico e privato – 4. Crisi pandemica e corruzione tra rischi emergenti… – 5. …e opportunità per un rilancio della lotta globale all'illegalità nel tessuto economico-sociale – 6. Rilievi conclusivi.

1. *Premessa*

Negli ultimi decenni lo statuto penale della pubblica amministrazione è stato al centro di diversi interventi di riforma, avviati nei primi anni Novanta e seguiti da successive, significative novellazioni che, come noto, hanno interessato in particolar modo l'universo dei delitti di corruzione.

A partire dalla l. n. 190 del 2012, e fino alla recente l. n. 3 del 2019, tale 'campagna' riformatrice, a differenza di quanto accaduto in precedenza, si è sviluppata non soltanto lungo la tradizionale direttrice repressiva, ma è stata affiancata e irrobustita dalla leva preventiva. Perseguendo una visione olistica del fenomeno, il nostro Paese ha imboccato un percorso di ripensamento delle proprie politiche di contrasto, con l'obiettivo di promuovere una contaminazione di modelli normativi e scommettere con decisione sulla *partnership* pubblico-privato.

Si è quindi assistito a un rinnovato coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni, quali primarie attrici del processo di prevenzione della corruzione. Da questo angolo visuale si pensi, tra i diversi esempi che potrebbero richiamarsi, all'introduzione dei piani triennali, volti a valutare il rischio corruttivo cui il soggetto pubblico risulta esposto e a identificare misure gestionali e operative *tailor-made* per mitigarlo, nella ferma convinzione che il soggetto che meglio possa «dominare a livello aggregato»[1] il rischio temuto sia proprio l'organizzazione in seno alla quale

* Straordinaria di Diritto penale, Università Luiss Guido Carli.

[1] V. per tutti A. Fiorella, N. Selvaggi, Compliance programs *e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in «DPC-RT»,

quel rischio si genera.

In occasione dell'invito a contribuire a questa importante iniziativa, sono quindi particolarmente lieta di ritornare su un tema che mi è assai caro e al quale ho, da tempo, dedicato molte delle mie energie. Con tale scelta, auspico davvero di poter rendere onore ad Antonio Fiorella, cui mi lega un lungo rapporto di amicizia e stima e altresì una felice comunanza di interessi scientifici. Vorrei infatti in questa sede riflettere – come ho inteso dire già nel titolo – sui vecchi problemi che affiorano nel sotto-sistema di disciplina in considerazione, per poi passare a tratteggiare le nuove sfide con cui, a mio parere, il penalista sarà chiamato a confrontarsi nel prossimo futuro *vis à vis* la inedita situazione pandemica.

La prospettiva da cui affronterò la questione è quella del ruolo che il legislatore ha inteso attribuire alle organizzazioni complesse avuto riguardo alla loro capacità di (auto)generare le più efficaci regole di prevenzione, per costruire il primo livello di contrasto ai fenomeni corruttivi tanto nel settore pubblico – penso all'esperienza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione – quanto nel privato.

Qui il richiamo è, naturalmente, all'impianto del d.lgs. n. 231 del 2001 che al tema della corruzione è peraltro avvinto da una sorta di legame 'genetico', avendo la legge delega n. 300 del 2000 non soltanto introdotto tale nuovo regime di responsabilità, ma altresì ratificato importanti strumenti internazionali in materia di lotta alla corruzione.

L'attenzione alla cornice dei principi fondamentali di garanzia che segnano la legittimità costituzionale dell'impianto del d.lgs. n. 231 del 2001 – nonché l'approfondita analisi dei meccanismi di funzionamento delle organizzazioni complesse, così da comprendere quali aspetti siano sottesi al rimprovero mosso al soggetto collettivo – rappresentano un costante filo conduttore del pensiero di Antonio Fiorella, che, con la sua produzione scientifica, ha apportato un rilevante contributo alla elaborazione di una vera e propria *dogmatica* della responsabilità dell'ente nella nostra letteratura penalistica[2].

È anche guardando all'insegnamento di tale dottrina – capace di intercettare e, direi, precorrere problemi oggi attualissimi nel dibattito scientifico[3] – che, sulla scorta dell'esperienza maturata con riferimento

2014, 3-4, pp. 105 ss. In generale, sui rapporti tra piani triennali anticorruzione e *compliance programs*, v. R. Bartoli, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in «DPP» , 2016, pp. 1507 ss.

[2] V. Fiorella, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5101 ss.

[3] Ci riferiamo allo studio classico sulla responsabilità all'interno delle organizzazioni:

ai modelli organizzativi, il legislatore ha deciso di puntare sull'auto-organizzazione dei soggetti collettivi pure nel settore pubblico e che, come dirò più avanti, altri ordinamenti hanno poi seguito il paradigma italiano.

Prima di entrare nel vivo e soffermarmi sull'impatto che l'emergenza sanitaria ha avuto sul fenomeno corruttivo, vorrei allora ripercorrere gli sforzi compiuti dal nostro legislatore per attuare la nuova filosofia preventiva all'interno delle amministrazioni e delle imprese.

2. *I progressi compiuti dall'Italia nella lotta alla corruzione*

Dal punto di vista della prevenzione amministrativa, un fondamentale passo è stato quello della creazione di un'*authority* di settore, l'ANAC, con rilevanti poteri di *enforcement*: dalla stesura del piano nazionale anticorruzione, al controllo sull'attuazione dei piani triennali delle singole amministrazioni e della normativa in materia di *whisteblowing,* fino al cruciale ruolo nella materia dei contratti pubblici (un settore tradizionalmente sensibile al problema della corruzione)[4].

L'Autorità, peraltro, ha svolto una importante funzione di orientamento e supporto alle amministrazioni nell'attuazione concreta di una normativa, quella introdotta dalla l. n. 190 del 2012[5], che ha comportato l'esigenza di modernizzare talune dinamiche organizzative e gestionali sedimentatesi nelle amministrazioni. E va detto che questo è stato un compito che ANAC bene ha saputo svolgere, aprendosi a modelli di regolazione flessibili, innovativi e, soprattutto, *partecipativi*: ad esempio mettendo in consultazione, prima della formale adozione, diversi suoi atti, in modo da raccogliere le osservazioni e i punti di vista degli *stakeholder* e tenerne conto nell'approvazione del documento finale[6].

Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini, Firenze, 1985.

[4] Per una ricognizione di tali *policy* si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a P. Severino, *Strategie di contrasto alla corruzione nel panorama interno e internazionale.* Best practice *ed esigenze di armonizzazione*, in «Rass. Arma Carab.», 2019, 2, pp. 13 ss.

[5] Per uno sguardo d'insieme alla logica che ha animato la riforma v. Severino, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in «AP», 2016, 3, pp. 635 ss.

[6] Si veda il regolamento "per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR)" disponibile all'indirizzo <*https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/*

Grande interesse per il penalista, peraltro, rivestono anche gli istituti in tale ambito introdotti e ispirati al concetto di *cooperative compliance*. Il riferimento è alle disposizioni in tema di vigilanza collaborativa, che, nel settore dei contratti pubblici, consentono alle stazioni appaltanti di chiedere in via anticipata all'Autorità un supporto nella stesura degli atti di gara, verificandone la conformità alle disposizioni di settore e individuando clausole e misure che consentano di prevenire i tentativi di infiltrazione criminale nell'economia legale[7].

Su quest'ultimo versante, del resto, è altresì nota l'esperienza dei cosiddetti commissariamenti prefettizi di cui all'art. 32 del d.l. n. 90 del 2014[8] che, in combinato disposto con le misure del Codice antimafia – dal sistema delle interdittive, agli istituti dell'amministrazione e del controllo giudiziario delle attività economiche – costituiscono pezzi di un unico *mosaico* che restituisce la chiara immagine dei molti *argini* che il legislatore ha frapposto all'ingresso di interessi e *asset* criminali nei mercati leciti. E ciò anche tenuto conto di come la corruzione rappresenti spesso il mezzo attraverso cui i sodalizi riescono a penetrare nel mercato[9].

Nel ricostruire gli snodi essenziali degli interventi in materia di anticorruzione, occorre dire che molto è stato fatto e molto è cambiato anche sul terreno, certamente irrinunciabile, della repressione. Le modifiche riguardanti le disposizioni codicistiche risultano tra le più rilevanti operate, negli anni, sulla parte speciale, essendosi provveduto a una rivisitazione complessiva dell'assetto di disciplina: dalla modernizzazione dei delitti di corruzione tra vendita della funzione e corruzione propria, alla differenziazione tra concussione e induzione indebita con punibilità anche del privato indotto e all'ingresso nella scena del traffico di influenze illecite, fino, da ultimo, alla riforma – per taluni profili controversa – dell'abuso d'ufficio con il d.l. n. 76 del 2020[10].

Per effetto della scia di interventi succedutisi a partire dal 2012, il

ConsultazioniOnLine>.

[7] Sull'istituto v. E. Frediani, *Vigilanza collaborativa e supporto* "in itinere" *delle stazioni appaltanti. La funzione "pedagogica" dell'ANAC*, in «DPA» , 2018, 1, pp. 151 ss.

[8] Sul tale disposizione v. già T. Guerini, F. Sgubbi, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in «DPC», 24 settembre 2014.

[9] Sulle infiltrazioni criminali nell'economia legale e sui relativi strumenti preventivi predisposti dal legislatore, diffusamente C. Visconti, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in «RIDPP» , 2014, pp. 708 ss.

[10] V. in particolare G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in «SP», 17 luglio 2020.

nuovo "strumentario" di controllo penale dell'attività della pubblica amministrazione assume oggi un volto nuovo, modellato anche alla luce dell'esigenza di tener conto delle sollecitazioni internazionali, e, da ultimo, in esecuzione di una precisa strategia di politica criminale volta a costruire un sotto-sistema normativo di contrasto che corre su un binario diverso rispetto a quello attivabile nei confronti di fenomeni criminali – per così dire – di carattere ordinario[11].

In tale ultima direzione si muovono alcune misure – che mi limito qui a registrare – costituenti altrettanti tratti qualificanti della riforma del 2019: si pensi al c.d. "daspo" ai corrotti, all'esclusione dei condannati per alcuni delitti contro la pubblica amministrazione dai benefici penitenziari, all'attivazione di incisivi e rilevanti strumenti processuali per i delitti di corruzione.

Molte, insomma, le novità sul tappeto, e lo scopo di questo rapido schizzo senza pretese di esaustività sul punto è soprattutto quello di sottolineare i rilevanti progressi fatti dall'Italia nel settore del contrasto alla corruzione. Con ciò non si vuole negare che il sistema ancora presenti, in alcune sue parti, aspetti problematici: pensiamo, ad esempio, al complesso coordinamento sistematico tra le diverse misure di commissariamento delle attività economiche introdotte nel corso degli anni[12] o alla riforma dell'abuso d'ufficio sopra richiamata, che, nel pur apprezzabile tentativo di circoscrivere entro confini ragionevoli il controllo penale sulla pubblica amministrazione, non ha mancato di suscitare perplessità[13] e l'elenco potrebbe proseguire.

Non voglio qui tracciare un bilancio, essendo stata parte dell'avvio di questa nuova stagione, ma mi pare che i fatti dicano che le luci prevalgono sulle ombre. Ne sono testimonianza la credibilità riconquistata dal nostro Paese nei fori internazionali anticorruzione[14], il fatto che – pur tenendo conto dei limiti di tali metodologie di misurazione[15] – l'Italia abbia

[11] Sul punto v., per tutti, V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in «DPC», 27 maggio 2019.

[12] V. in particolare R. Cantone, B. Coccagna, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in «DPC», 2018, 10, pp. 151 ss.; V. Mongillo, N. Parisi, *L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, "socialmente pericolosa" e mafiosa: alla ricerca di un disegno*, in «RassEc.», 2019, pp. 21 ss.

[13] Ancora Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.

[14] Si veda al riguardo il lavoro monografico di A.M. Durante Mangoni, G. Tartaglia Polcini, *La diplomazia giuridica*, ESI, Napoli, 2019.

[15] Per una recente indagine sul punto v. G. Tartaglia Polcini, *La corruzione tra realtà e*

guadagnato numerose posizioni, dal 2012 ad oggi, nell'indice di percezione della corruzione di *Transparency International*[16] e soprattutto, come adesso diremo, la circostanza che la legislazione italiana in materia sia divenuta un autentico modello di esportazione.

3. *La legislazione e la dogmatica penalistica italiane come modelli d'esportazione tra pubblico e privato*

La lunga stagione di riforme nel settore dell'anticorruzione ha, come detto, rappresentato il migliore biglietto da visita per il nostro Paese e ne ha fatto uno dei principali attori e promotori del processo di omogeneizzazione delle regole nello scenario sovranazionale.

Del resto, come anticipato, anche alla luce dell'esigenza di sviluppare quell'approccio 'olistico' alla lotta alla corruzione – che guardi al fenomeno nella sua globalità, contrastando anche manifestazioni criminose connesse, quali la criminalità organizzata – credo si debba riconoscere come molti degli strumenti di *enforcement* da noi elaborati siano divenuti una guida nel panorama sovranazionale.

Possono richiamarsi, anzitutto, la nostra legislazione antimafia anche in punto di misure di prevenzione personali e patrimoniali, che costituisce ormai da tempo un vero e proprio *gold standard* internazionale[17]; dall'altro, la già ricordata istituzione di un'Autorità Nazionale Anticorruzione che, con suoi poteri di coordinamento e intervento nell'ambito in questione, è diventata anch'essa un punto di riferimento – si pensi soprattutto all'ordinamento francese e all'istituzione dell'AFA che, nella sua logica di fondo, ricalca l'idea di politica legislativa alla base della nascita dell'ANAC[18].

Sul versante privato, poi, è noto come il sistema italiano di disciplina della responsabilità da reato degli enti sia stato ripreso per molti tratti

rappresentazione, Minerva, Bologna, 2018.

[16] Il *Corruption Perception Index* di *Transparency International* è disponibile all'indirizzo <*https://transparency.it/indice-percezione-corruzione*>.

[17] Per una compiuta ricostruzione di tale ambito normativo si vedano da ultimo i diversi contributi pubblicati in *La legislazione antimafia*, diretto da E. Mezzetti, L. Luparia Zanichelli, Bologna, 2020.

[18] Si rinvia all'interessante analisi in ottica comparata svolta nel volume collettaneo a cura di A. Fiorella, A Gaito, A.S. Valenzano, *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2018, pp. 175 ss.

dalla legislazione spagnola in materia, nonché da alcune legislazioni sudamericane[19].

Che l'intuzione italiana di far leva sulla colpa d'organizzazione[20] – quale vero fondamento del rimprovero soggettivo mosso alla persona giuridica – sia stata una scelta vincente, è dimostrato altresì dal fatto che anche ordinamenti tradizionalmente legati a meccanismi ascrittivi diversi – dalla *vicarious liability* all'*identification theory* – inizino negli ultimi tempi a muovere verso forme di valorizzazione della *capacità di prevenzione* del soggetto collettivo e della corretta predisposizione di meccanismi di controllo interno, non più (o comunque non soltanto) per addivenire a soluzioni negoziate di definizione del procedimento, ma anche quali fattori da valorizzare per garantire l'esenzione da responsabilità alla persona giuridica. Mi riferisco in particolare all'esperienza del *Bribery Act*[21], anche a testimonianza del legame, già ricordato, tra corruzione e responsabilità degli enti.

La dogmatica italiana, ponendoci dalla prospettiva di osservazione della letteratura internazionale in tema di *corporate criminal liability*, ha avuto un ruolo di primo piano nella teorizzazione di questo concetto, divenuto così importante nell'implementazione di alcune tra le più rilevanti *policy* di contrasto ai fenomeni corruttivi; e, certamente, potrà ancora porsi come guida nella definizione delle scelte di politica criminale legate a tali strategie di prevenzione e repressione, soprattutto alla luce dei rilevanti cambiamenti del "nuovo" mondo, turbato dalle rilevanti problematiche socio-economiche connesse all'attuale scenario pandemico.

Un confronto che rappresenterà un rilevante *stress-test* per verificare la tenuta degli strumenti implementati in questi anni dal legislatore. Lungo tale crinale, vediamo, allora, quali saranno i temi su cui ci si dovrà confrontare nel prossimo futuro per rilanciare l'impegno nazionale e globale nella lotta alla corruzione e, più in generale, all'infiltrarsi dell'illegalità nel tessuto economico-sociale.

[19] Per alcuni esempi, Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, spec. pp. 210 ss.

[20] Sulla colpa d'organizzazione v. già C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in «RASE», 2006, 3, pp. 167 ss., nonché la più recente indagine di A. Fiorella, A.S. Valenzano, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2016.

[21] Per una panoramica, v. per tutti M. Raphael, *Blackstone's Guide to the Bribery Act 2010*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

4. *Crisi pandemica e corruzione tra rischi emergenti…*

L'attuale crisi pandemica pone sfide difficili, obbligando la collettività a misurarsi con i rischi *continui* e sempre *nuovi* legati all'avanzare della modernità e della globalizzazione.

Non ci si può dunque fermare a osservare quanto di buono è stato fatto, ma è necessario continuare a sviluppare quegli *anticorpi* necessari a costruire un sistema legislativo e istituzionale che sappia reagire con efficacia e prontezza a questi problemi.

Cercherò, quindi, anzitutto di ricostruire l'orizzonte che la crisi sanitaria da Covid-19 delinea sul fronte delle attività di prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi, per poi soffermarmi sulle iniziative che, sul piano interno e sovranazionale, sarebbe utile assumere per consolidare il percorso sin qui compiuto e gettare le basi per una rinnovata stagione di efficace contrasto.

Iniziando dai rischi connessi alla attuale situazione, è sotto gli occhi di tutti quanto il momento straordinario che stiamo attraversando abbia scosso alle fondamenta l'assetto economico, incidendo profondamente sulle nostre abitudini e richiedendo di rivedere stili di vita consolidati, e con quanta urgenza abbia sollevato problemi che le istituzioni sono state chiamate ad affrontare e risolvere con strumenti, talora, anch'essi a carattere eccezionale.

Era pertanto inevitabile che questo cambiamento generasse effetti anche sul terreno criminale: la motivazione al delitto, del resto, trae spesso origine, si alimenta e si insinua in quelle fenditure che uno scenario di crisi improvviso può generare nell'impianto di contrasto costruito dal legislatore.

E mi pare che la *resilienza* di un sistema vada misurata anche dalla capacità di trovare al proprio interno quelle contromisure necessarie per individuare con prontezza e richiudere le piccole e grandi crepe che, inevitabilmente, possono aprirsi in momenti del genere.

Ora, è necessario comprendere che l'attuale scenario pandemico – nella misura in cui, come appena ricordato, obbliga il decisore pubblico a intervenire tempestivamente a tutela della salute collettiva, nonché della tenuta economico-sociale della comunità nazionale – impone necessariamente di offrire risposte e di farlo in modo rapido: rapidità che a volte può indebolire l'efficacia del *controllo* e della *prevenzione*, con tutto ciò che ne deriva in termini di emersione di rischi-corruzione che è bene tener presenti e saper isolare e contrastare in modo immediato. Rischi di per sé non nuovi, ma ulteriormente rafforzati dalla dimensione globale della pandemia da Covid-19, in linea con la realtà naturalmente *cross-border* e

transnazionale del fenomeno corruttivo.

Tali preoccupazioni riguardano, in primo luogo, il settore sanitario: da più fronti, invero, si sono evocati i pericoli connessi alle pratiche di acquisto e importazione di attrezzature mediche per far fronte all'emergenza sanitaria, sovente gestite – data, appunto, l'emergenza – mediante procedure di *procurement* eccezionali, semplificate e snellite[22].

Sappiamo bene come proprio il settore degli appalti sia tradizionalmente tra i più permeabili alla corruzione: elemento che ha reso necessaria una complessa attività di regolazione pubblicistica del settore – in cui, come detto, grande importanza assume nello scenario italiano il ruolo di ANAC – al fine di trovare un punto di equilibrio tra l'efficacia e l'efficienza del sistema e l'esigenza di garantire un controllo di legalità, senza tuttavia appesantire eccessivamente i meccanismi di funzionamento della pubblica amministrazione e del sistema produttivo.

Pertanto, tutte le volte che si fuoriesce dagli schemi ordinari, e si legittimano misure di approvvigionamento d'urgenza pure a volte indispensabili in situazioni eccezionali, ecco che ciò rappresenta, se non automaticamente un rischio, certamente un fattore e un elemento che richiede particolare attenzione: la semplificazione delle regole non deve creare "zone franche" che possono costituire il terreno di coltura ideale per accordi corruttivi[23].

Non a caso, diverse raccomandazioni recentemente diffuse da attori di primo piano nella lotta alla corruzione quali il GRECO e l'OSCE fanno riferimento all'importanza di rafforzare valori quali la trasparenza, la supervisione e l'*accountability*, che si rivelano potenti ed efficaci strumenti di contrasto ai nuovi rischi criminali[24].

Da non trascurare, in tale ambito, anche rispetto al risvolto privatistico

[22] Si veda, per un ampio inquadramento sul punto, il documento del GRECO, emesso dalla presidente Marin Mrčela, dal titolo *Corruption Risks and Useful Legal References in the Context of COVID-19*, disponibile all'indirizzo <*https://rm.coe.int/corruption-risks-and-useful-legal-references-in-the-context-of-covid-1/16809e33e1*>.

[23] Su tutti i punti qui segnalati v. da ultimo la relazione annuale 2019 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, presentata alla Camera dei deputati il 2 luglio 2020, e significativamente intitolata: *L'Autorità e l'emergenza Covid-19*, disponibile all'indirizzo <*https://beta.anticorruzione.it/documents/67828/84752/Anac+e+Emergenza+Covid-19.pdf/1f5bc867-27c5-44b8-82fe-840078ea8c39?t=1593680865830*>.

[24] In particolare, oltre al documento del GRECO già citato (nota n. 22), v. il report dell'OECD, *Policy Measures to Avoid Corruption and Bribery in the COVID-19 Response and Recovery*, disponibile all'indirizzo <*http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/policy-measures-to-avoid-corruption-and-bribery-in-the-covid-19-response-and-recovery-225abff3/*>.

della corruzione, il tema – evidenziato in parte dei suddetti documenti internazionali – delle possibili pressioni a ricercatori e scienziati nella corsa al vaccino, e i potenziali episodi di *petty corruption*, ad esempio, per l'accesso del cittadino ai servizi medici e diagnostici.

Gettando lo sguardo anche al di là del settore *healthcare* emergono, poi, tutte le problematiche legate ai comportamenti criminosi e di frode connessi alle imponenti misure di sostegno economico-fiscale messe in campo dai governi e dalle istituzioni sovranazionali (pensiamo qui soprattutto all'ambito UE) per reagire alla crisi economica generata dalla crisi pandemica.

Qui, chiaramente, il rischio non è legato soltanto alla corruzione in senso stretto, ma, più in generale, a condotte di truffa, malversazione e indebita percezione di erogazioni ai danni dello Stato, rispetto alle quali è emerso il tema della difficoltà (non superabile *de iure condito*) di applicare le dette disposizioni ai prestiti non direttamente erogati ma soltanto "garantiti" dallo Stato[25].

Nella nostra prospettiva, assume inoltre grande rilievo – considerato che lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata sono due binari di politica criminale interconnessi nella prospettiva di un approccio realmente globale al fenomeno – il pericolo che la difficile situazione economica legata alla pandemia possa agevolare i tentativi di infiltrazione criminale nell'economia legale.

Ciò, come noto, può avvenire attraverso una acquisizione diretta delle aziende in crisi da parte delle associazioni criminose oppure mediante l'instaurarsi di pericolose relazioni con varie attività d'impresa, che spesso rappresentano un vero e proprio preludio al controllo di fatto delle aziende – specie laddove, come oggi accade, le mafie possano approfittare della situazione di fragilità finanziaria del tessuto produttivo.

Molto spesso le organizzazioni mafiose seguono un *modus operandi* che non prevede l'acquisizione diretta del controllo dell'impresa, ma si basa sull'instaurazione di forme di collaborazione con enti che, pur restando *terzi* rispetto al sodalizio, offrono una "sponda" operativa che diventa un utile ausilio alla criminalità organizzata per penetrare e inquinare l'economia legale[26].

Questi, nei loro tratti essenziali, sono i temi sui quali lo scenario

[25] In argomento A. Bell, A. Valsecchi, *Finanziamenti garantiti dallo Stato: la disciplina dell'emergenza ridisegna (riducendola) l'area del penalmente rilevante per le imprese e per le banche*, in «SP», 9 giugno 2020.

[26] Sulle infiltrazioni criminali nell'economia v. anche i rilievi di G. Pignatone, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in «DPC-RT», 2015, 4, pp. 259 ss.

pandemico richiama con forza l'attenzione del penalista, trattandosi di questioni che, nelle loro nuove dinamiche, metteranno inevitabilmente alla prova la tenuta dei meccanismi legislativi di contrasto implementati negli ultimi anni.

5. *…e opportunità per un rilancio della lotta globale all'illegalità nel tessuto economico-sociale*

Giunti a questo punto dell'indagine, vorrei soffermarmi sugli strumenti che debbono a mio avviso essere attivati per reagire a tali pericoli, e sulle nuove sfide che, nell'ottica di un ulteriore rafforzamento del sistema, è oggi necessario intraprendere.

Diversi sono i rimedi che è possibile mettere in campo per impedire che l'esigenza di offrire alla comunità internazionale una risposta efficace e veloce alla crisi generata dalla pandemia rischi di tradursi nella creazione di nuove opportunità criminali legate all'avanzare della corruzione e all'aumento dei margini di intervento della criminalità organizzata nell'economia legale.

Grande rilievo assumono, in primo luogo, una serie di misure come, ad esempio, l'elaborazione di linee-guida dettagliate sulle strategie di approvvigionamento, la promozione di strumenti collaborativi esistenti, quali gli accordi quadro, il ricorso alla supervisione degli organi di *audit* (o comunque un considerevole aumento della loro frequenza) rispetto a processi di fornitura attuati in emergenza[27].

Cruciale, inoltre, è la piena operatività dell'istituto del c.d. *whistleblowing*, dovendosi approntare un sistema di segnalazioni anonime efficace, dove l'efficacia è tutta subordinata alla protezione effettiva del *whistleblower*.

Sul punto, del resto, tanto il legislatore nazionale quanto quello eurounitario hanno di recente predisposto la base legale sulla quale costruire tali sistemi protetti di denuncia e lo stesso quadro di tutele per il segnalante sia nel settore pubblico, sia in quello privato[28].

Importante è altresì l'espansione delle funzionalità delle piattaforme di *e-procurement* esistenti per registrare informazioni sugli acquisti di prodotti sanitari dell'emergenza e creare strumenti digitali facilmente accessibili per consentire al pubblico di tenere traccia di tutte le transazioni che in questa

[27] V. *amplius* le misure richiamate nella relazione ANAC citata sopra (nota n. 23).

[28] *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, a cura di V.A. Della Bella, S. Zorzetto, Giuffrè, Milano, 2021.

fase e per questi fini vengono poste in essere.

La trasparenza dell'azione amministrativa, del resto, è un importantissimo strumento di prevenzione diffusa della corruzione, consentendo al cittadino di monitorare come i soldi pubblici vengono spesi, per quanto sul punto risulti essenziale sensibilizzare la collettività sull'importanza di essere attori attivi e convinti di tali processi.

Si tratta, senz'altro, di una serie di strumenti estremamente utili nello scenario pandemico attuale. Ad ogni modo, volgendo più direttamente lo sguardo verso le prospettive *de iure condendo*, credo si debba essere molto chiari su un primo, fondamentale aspetto: sotto il profilo della prevenzione e della repressione della corruzione e della lotta a fenomeni contigui, quali il riciclaggio e la criminalità organizzata, non si deve pensare a una rivoluzione normativa né a politiche di intervento che non siano già da tempo a noi familiari: il nostro ordinamento dispone già, come ho preliminarmente evidenziato, di un articolato arsenale in grado di far fronte ai nuovi scenari che abbiamo delineato.

Nondimeno, è necessario rimanere vigili e "interpretare" l'attuale situazione anche come una rilevante opportunità per rafforzare ulteriormente i meccanismi esistenti, strutturando una sempre più moderna strategia di contrasto alla criminalità economica che continui a puntare, in modo deciso, sulla *leva preventiva*.

Un primo aspetto, ricollegandoci qui ai temi già prima evocati, è ancora una volta legato al settore del *procurement*.

Per far sì che le attuali esigenze di celerità non divengano occasione di comportamenti illeciti è infatti necessario rafforzare la trasparenza e l'*accountability* nel settore degli appalti, unitamente, in ambito internazionale e di cooperazione, alle connesse attività di *capacity building*.

A questo riguardo, va ricordato che il Consiglio Ministeriale OSCE di Tirana ha di recente adottato una decisione sulla lotta alla corruzione che, tra l'altro, ribadisce l'impegno degli Stati a rafforzare la trasparenza e la buona *governance* dei sistemi di *public procurement* e degli *e-government portals*, anche attraverso l'utilizzo del fondamentale strumento della digitalizzazione e garantendo l'accessibilità alle risorse online della pubblica amministrazione[29].

L'uso della tecnologia nella gestione delle risorse pubbliche può infatti rappresentare il mezzo attraverso cui bilanciare in modo efficiente ed equilibrato le pressanti esigenze di celerità – imposte dalla pandemia e, oggi,

[29] OSCE, *Preventing and Combating Corruption Through Digitalization and Increased Transparency*, Decision No. 6/20, Ministerial Council, Tirana, 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.osce.org/files/f/documents/2/b/472833.pdf>.

dalla connessa crisi economica – con le altrettanto inderogabili istanze di fermo contrasto alla corruzione.

La decisione appena menzionata rileva inoltre la necessità di promuovere l'uso di strumenti digitali, anzitutto, per l'implementazione di meccanismi volti ad assicurare la trasparenza delle informazioni sulla *beneficial ownership*: su questo fronte, si devono esigere informazioni trasparenti e chiare sui beneficiari effettivi, tenuto conto anche del frequente uso di schermi e veicoli societari nelle dinamiche concrete di fenomeni criminali complessi e con vocazione spiccatamente transazionale, inclusa la corruzione.

Inoltre, il documento in parola evidenzia come un ambito sul quale insistere molto sia oggi quello dell'uso delle nuove tecnologie nella prevenzione dei fenomeni corruttivi.

Credo si debba scommettere con decisione sulle grandi potenzialità dell'intelligenza artificiale e sulla capacità dei *software* IT di processare enormi quantità di dati, rivelandosi gli algoritmi intelligenti uno strumento formidabile per l'identificazione di *red flags* e di situazioni a potenziale rischio-corruzione.

La prospettiva, che oggi inizia a manifestarsi concretamente, è quella della *automazione* della *compliance* anticorruzione, tanto nel settore pubblico quanto in quello privato, come potenziale rivoluzione del modo di intendere le attività di prevenzione dei reati, passandosi da un sistema basato per lo più sul lavoro in *team* e su controlli a campione "sul campo" a una metodologia innovativa volta a sfruttare la straordinaria capacità computazionale dei *software* informatici di mettere in correlazione comportamenti, identificando *pattern*, segnali di allarme e altri fattori di rischio non individuabili altrimenti[30].

Senza dimenticare, peraltro, un ambito ancora inesplorato che è quello legato alla possibilità di utilizzare la tecnologia *blockchain*[31] all'interno dei processi decisionali delle organizzazioni complesse pubbliche o private, strutturando un sistema in cui i vari "nodi" della catena di blocchi possano essere costituiti dalle figure operative e dagli organi di controllo dell'ente, in un sistema di formazione della volontà del soggetto collettivo tale da assicurare trasparenza, efficienza e immodificabilità dei dati raccolti.

Quanto ciò possa rappresentare di per sé un efficace deterrente al verificarsi di accordi corruttivi, del resto, è di immediata percezione se

[30] In generale sui rapporti tra nuove tecnologie e *compliance programs*, v. anche per ulteriori richiami bibliografici A. Gullo, *I modelli organizzativi*, in *Responsabilità da reato degli enti. Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi, P. Severino, vol. I, Giappichelli, Torino, 2020.

[31] Di recente sul tema dell'uso della *blockchain* nella pubblica amministrazione v. M. Macchia, *Blockchain e pubblica amministrazione*, in «Federalismi.it», 18 gennaio 2021.

si considera che eludere un simile, trasparente meccanismo richiede di adoperarsi in azioni non soltanto caratterizzate da particolare attitudine decettiva, ma che altresì presuppongono elevate conoscenze tecnologiche.

Non va di contro dimenticato come l'attuazione di tali strumenti si muova in una condizione di assenza di una *diretta* regolamentazione legislativa del fenomeno dell'utilizzo di tali meccanismi informatici per la prevenzione della corruzione e, più in generale, del rischio reato. E ciò nonostante tali prassi sollevino rilevanti interrogativi in termini, ad esempio, di rispetto della *privacy* dei soggetti coinvolti (anche alla luce del divieto di decisioni basate unicamente su trattamenti automatizzati posto dal GDPR), di conformità di tali operazioni alla normativa giuslavoristica sul controllo a distanza dei lavoratori, di (assenza) di garanzie difensive e procedurali nel caso in cui tali *tool* vengano utilizzati in occasione di *internal investigation*.

Bisognerà, insomma, trovare un punto di equilibrio per consentire agli enti, cui il legislatore chiede di auto-organizzarsi per prevenire il reato, di sfruttare a pieno le grandi potenzialità di questi strumenti per una più efficace prevenzione della corruzione, senza però permettere che tali prassi si traducano in forme di generalizzata (e incontrollata) sorveglianza[32].

Un ulteriore aspetto, infine, su cui insistere ancora è quello della misurazione della corruzione: la dimensione sovranazionale del fenomeno, l'esigenza di perseverare nel cammino di armonizzazione delle normative, la necessità di alimentare un dibattito maturo e avvertito sul tema, esigono che si conosca sempre più da vicino il fenomeno di cui si tratta, e che si sia in grado di ricostruirne compiutamente le dinamiche, sperimentando indici di misurazione affidabili e a carattere oggettivo.

Sapere con attendibile precisione quali siano i contorni della corruzione è invero un presupposto essenziale per predisporre strategie adeguate e per saggiare gli effetti delle politiche poste in essere, alimentando al contempo un circuito virtuoso di comunicazione tra le istituzioni pubbliche e i cittadini.

6. *Rilievi conclusivi*

Sono state sin qui evocate, nei loro aspetti essenziali, le principali direttrici di politica legislativa che a me pare debbano segnare l'agenda internazionale della lotta alla corruzione e all'illegalità nell'economia negli

[32] In argomento v. anche C. Burchard, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in «RIDPP», 2019, pp. 1909 ss.

anni a venire.

Nessuna delle sfide ricordate può però essere vinta in assenza di una diffusa omogeneizzazione delle regole. Nell'attuale scenario economico internazionale, caratterizzato da mercati sempre più interconnessi e indipendenti, infatti, gli sforzi di un ordinamento nel costruire un sistema efficace e moderno di contrasto alla corruzione rischiano di essere vanificati se si offre l'opportunità ai criminali di sfruttare a proprio vantaggio il disallineamento tra le legislazioni e di collocare la propria attività produttiva nei Paesi in cui le regole risultano meno efficaci sotto l'aspetto preventivo e repressivo e, pertanto, "più conveniente" per chi intenda perseguire obiettivi di profitto per il tramite di condotte illegali.

Nessuna delle linee guida di cui si è detto, insomma, potrà offrire gli effetti sperati se a livello internazionale le regole del gioco non verranno armonizzate e coordinate in un ulteriore sforzo congiunto della comunità internazionale tutta[33].

Ciò presuppone chiaramente che si faccia tesoro delle risorse istituzionali e politiche a nostra disposizione e, allo stesso modo, degli insegnamenti fondamentali che provengono dal mondo scientifico e che Antonio Fiorella ci ha mostrato nei suoi studi, in particolare sulla responsabilità degli enti, sottolineando la centralità della comparazione.

Ma, io credo, è altrettanto importante rilevare che questo sforzo globale di lotta al fenomeno corruttivo dovrà altresì essere accompagnato dalla diffusione di una cultura della compagine civile: quelli attuali sono tempi difficili, la pandemia ha attaccato le basi della nostra convivenza e ha dato l'impressione di poter corrodere tutte le nostre certezze e le fondamenta stesse della nostra società. La risposta dei cittadini è stata e deve continuare a essere nel senso di una forte unità e coesione, pur nelle difficoltà presenti. E ancora più forte dovrà essere allora la risposta che bisognerà dare ai tentativi che certamente vi saranno da parte degli operatori illegali che gravitano attorno al settore economico di sfruttarlo indebitamente a loro vantaggio.

Senza la convinta attivazione della *leva culturale* nel contrasto alla corruzione, del resto, anche il migliore degli strumenti legislativi messi in campo dal legislatore verrà sempre visto, ben che vada, come un noioso adempimento burocratico o, in modo ancor più pericoloso, come un ostacolo da eludere.

La recente assunzione da parte dell'Italia della presidenza del G20 vedrà il nostro Paese in una posizione assolutamente privilegiata per rivendicare

[33] Sulle prospettive di armonizzazione v. Severino, *Strategie di contrasto alla corruzione nel panorama interno e internazionale*, cit., pp. 13 ss.

– in linea di continuità con il nostro recente passato – il ruolo di *leader* di questi processi di cambiamento e di armonizzazione.

Ancora una volta, allora, bisognerà non lasciarsi sfuggire l'occasione.

Morikazu Taguchi*

Neue Herausforderungen hinsichtlich der Bekämpfung der Unternehmenskriminalität in Japan

Sommario: 1. Einleitung – 2. Absprachesystem im Strafverfahrensrecht – 3. Ermessenssystem vom Bußgeld im Antimonopolgesetz – 4. Schluss.

1. *Einleitung*

Für die Unterdrückung der Unternehmenskriminalität hat die traditionelle Strafrechtswissenschaft[1] bisher die theoretischen Bemühungen darum fortgesetzt, dass z. B. die Unternehmensorganisation selbst die Schuld für die Straftaten im Bereich der Unternehmenskriminalität tragen soll und kann[2]. Aber angesichts der Globalisierung und Informationsmasse der Gegenwart ist die Unternehmenskriminalität komplizierter und damit ihre Untersuchungschwieriger geworden. Dementsprechend wird heute eine Alternative zu der traditionellen strafrechtlichen Unterdrückungsmethode gefordert. Dabei geht es aber nicht nur um eine neue strafrechtliche Methode, sondern auch um einen verwaltungsrechtlichen Ansatz und sogar um die Beschäftigung der Unternehmen selbst mit der Unternehmenskriminalität wie in Compliance Programmen[3].

* Emerito di Diritto penale, Waseda University di Tokyo.

[1] Vgl. M. Ida, *Wirtschaftsstrafrecht*, in «*Harald Baum und Moritz Bälz (Hrsg.)*», Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 1461 ff.

[2] Vgl. M. Taguchi, *Das Sanktionensystem gegen die Unternehmenskriminalität in Japan*, in «Arnd Koch/Matthias Rossi (Hrsg.)», Gerechtigkeit in Gesellschaft und Wirtschaft-40 Jahre Juristische Fakultät Augsburg, 2013, S. 31 ff.

[3] Vgl. M. Taguchi, *Vorbeugung und Sanktionen von Unternehmenskriminalität in Japan und Waseda-Projekt*, in V. Mannino *(Hrsg.)*, *Miscellanea sul fenomeno giuridico*, 2012, S. 37 ff. Der Aufsatz war die Zusammenfassung meines Vortrags, den ich im Institut des Wirtschaftsrechts von der Universität Roma Tre am 10. Mai 2010 in Rom gehalten habe. Vgl. Auch, M. Catenacci, M. Agostini, G. Falotico, S. Mancini, F. Melograno, *Joint research of Waseda University of Tokyo and the Dipartimento di Diritto*

Auch in Japan gibt es neue Herausforderungen zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität. Besonders die Strafprozessordnungsreform von 2016 hat zwei wichtige neue Systeme ins Untersuchungs- und Strafverfolgungsverfahren eingeführt: Zum einen die Aufnahme von der Vernehmung des inhaftierten Beschuldigten und zum anderen die Möglichkeit der Absprache zwischen Staatsanwalt und Beschuldigten. Besonders das Absprachesystem ist als Alternative zu dem traditionellen Beweissammlungssystem bezüglich der Unternehmenskriminalität sehr wichtig. Im Jahr 2019 wurde auch im Bereich des Verwaltungsrechts eine wichtige Reform des Antimonopolgesetzes verwirklicht. Dieses erlaubt es, dass im Bereich der Unternehmenskriminalität das Bußgeld nach Ermessen festgelegt wird. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den strafverfahrensrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Reformbewegungen in Japan[4].

Es ist eine große Ehre und Freude für mich diesmal zur Festschrift für den 70. Geburtstag von Prof. Antonio Fiorella, Universität La Sapienza, beitragen zu können. Auch bei Prof. Mauro Catenacci, Universität Roma Tre, möchte ich mich hier dafür herzlich bedanken, dass er mir diese schöne Gelegenheit gegeben hat.

2. *Absprachesystem im Strafverfahrensrecht*

1. Die Reform der Strafprozessordnung

In der japanischen Praxis war es bisher üblich, dass das Untersuchungsorgan den verhafteten Beschuldigten ohne Beteiligung seines Verteidigers vernimmt und das Aussageprotokoll – in vielen Fällen das Geständnisprotokoll – erstellt, welches der Staatsanwalt dann als einen der wichtigen Beweis in der Hauptverhandlung vorlegt. Aber diese traditionelle

dell'Economia ed Analisi Economica delle Istituzioni Legislative dealing with Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes - Italian Report on Corporate Liability (Legislative Decree no. 231 / 2001), in *Criminal Law Group of Waseda Institute for Corporation Law and Society (ed.)*, *Materials for the Comparative Study on Compliance Programs of Corporations and Their Legal Effects*, Volume 1, 2012, pp. 203.; Vgl. auch, M. Taguchi, *Unternehmenskriminalität und Compliance-Programme in Japan*, in «Fünftes Internationales Thyssen-Symposion «Unternehmen in Ostasien und Deutschland», 24-27 September 2015 in Köln (nichtveröffentlicht).

[4] Vgl. auch, M. Taguchi, *New Development in Investigation Proceedings and Sanction Systems for Corporate Crime in Japan*, in:*Ulrich Sieber (ed.)*, *Prevention, Investigation, and Sanctioning of Economic Crime, National Perspectives*, in «RIDP», Vol. 90 issue 1, 2019, pp. 241.

Rechtspraxis ist sowohl für die Wahrheitsfindung als auch für den Rechtsschutz des Beschuldigten sehr bedenklich, da der Staatsanwalt von der Vernehmung des inhaftierten Beschuldigten und der Benutzung seines Aussageprotokolls in der Hauptverhandlung «übermäßig» abhängig ist.

Diese nicht nur von der Lehre sondern auch der Praxis weit verbreitete Kritik hat Anlass zu einer neuen Justizreform besonders im Bereich des Untersuchungsverfahrens und des Beweisrechts geboten. Im Justizbeirat des Justizministeriums wurde ein Reformentwurf für die Strafprozessordnung 2014 beschlossen und am 24. Mai 2016 vom Parlament verabschiedet[5]. Die Kernpunkte des neuen Gesetzes sind die Aufnahme von Vernehmungen des inhaftierten Beschuldigten und die Möglichkeit der Absprache als neue Methode der Beweissammlung. Im Folgenden soll diese neue Möglichkeit der Beweissammlung behandelt werden.

2. Übersicht des Absprachesystems

a) Begründung der Gesetzgebung zu dem Absprachesystem

Bezüglich der Absicht des Gesetzgebers[6] sind drei Punkte zu erwähnen. Erstens liegt die Notwendigkeit des Absprachesystems insbesondere darin, dass der Gesetzgeber den Defekt der traditionellen Untersuchungsmethode überwinden und ein neues System errichten musste. Zweitens findet sich der gesetzliche Grund für das Absprachesystem in der weitreichenden Ermessensbefugnis des Staatsanwalts[7]. Und drittens gibt es genügend Sicherheitsvorkehrungen gegen den Missbrauch des Absprachesystems. Da das japanische System nur das Mitwirkungsmodell aufgenommen hat (vgl. dazu unten), besteht immer die Gefahr einer Falschaussage. Nach Ansicht des Gesetzgebers muss daher der Staatanwalt die mit den Absprachen verbundene Aussage des Beschuldigten besonders sorgfältig untersuchen. Darüber hinaus ist es möglich, die Glaubwürdigkeit der Aussage durch ein Kreuzverhör des Verteidigers zu überprüfen, da die Beweisaufnahme

[5] *Gesetz für die Teilreform der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze* (Gesetz Nr. 54, 2016). Mit diesem Reformgesetz wurden insgesamt 17 Paragrafen in diesem Zusammenhang in der Strafprozessordnung neu geschaffen: 1) §301-2 (Aufnahme der Vernehmung des Beschuldigten), 2) von § 350-2 *bis* § 350-15 (Absprachen) und 3) §§ 157-2, 157-3 (Immunitätsforschung). Das Gesetz ist seit dem 1. Juni 2018 durchsetzbar.

[6] Vgl. T. Kikkawa, M. Yoshida, *Über das Gesetz für die Teilreform der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze* (Gesetz Nr. 54, 2016) (3), in Hoso-Jiho (Lawyers Association Journal) Vol. 70, Nr. 1, 2018, S. 75 ff. (auf Japanisch).

[7] Vgl. § 248 Japanische Strafprozessordnung (Opportunitätsprinzip) (Im Folgenden zitiert als «JStPO»).

des Absprachedokuments Teil der Hauptverhandlung des Dritten ist[8]. Und schließlich kann es auch eine Falschaussage des Beschuldigten verhindern, dass die Teilnahme des Verteidigers an dem Erörterungs- und Abspracheverfahren notwendig ist[9]. Dies gilt auch gerade vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte mit einer Freiheitstrafe bis zu 5 Jahren bestraft werden kann, wenn er falsch ausgesagt hat[10].

b) Überblick des Absprachesystems

(1) Es gibt zwei Modelle für Absprachen, zum einen das Mitwirkungsmodell und zum anderen das Selbstbelastungsmodell. Das erstere erkennt dann eine Absprache an, wenn der Beschuldigte an der Untersuchung oder der Hauptverhandlung eines Dritten mitwirkt, und das letztere auch wenn er sich selbst belastet. Der japanische Gesetzgeber hat nur das erste aufgenommen.

(2) Die Subjekte der Absprachen sind Staatsanwalt und Beschuldigte (§ 350-2 Abs. 1 JStPO). Der Richter spielt dagegen keine Rolle bei der Entstehung der Absprachen. Für die Gültigkeit der Absprachen ist die Zustimmung des Verteidigers notwendig und die Absprache muss schriftlich so geschlossen werden, dass Staatsanwalt, Beschuldigte und Verteidiger das Absprachedokument unterschreiben (§ 350-3 JStPO).

(3) Die Inhalte der Mitwirkung des Beschuldigten beziehen sich auf die Strafsache des Dritten: In Betracht kommt (a) eine wahre Aussage bei der Vernehmung durch das Untersuchungsorgan oder der Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung oder (b) ein Erbringen von Beweisen oder sonstigen Mitwirkungen (§ 350-2 Abs. 1 Nr. 1 JStPO). Die Inhalte der Maßnahmen des Staatsanwalts über die Strafsache des Beschuldigten, der eine Aussage über die Strafsache des Dritten gemacht hat, sind: (a) Absehen von der Strafverfolgung, (b) Zurücknahme von der Anklage, (c) Erheben oder Zurücknahme bestimmter Anklagepunkte und Gesetzesvorschriften, (d) einen Antrag über Ergänzung, Zurücknahme oder Änderung der bestimmten Anklagepunkte oder Gesetzesvorschriften zu machen, (e) eine Aussage zu machen, dass gegenüber dem Angeklagten eine gemilderte Strafe verhängt werden soll, (f) eine Zusagen zum sofortigen Entscheidungsverfahren zu machen oder (g) einen Antrag zum Strafbefehlsverfahren zu machen (§ 350-2 Abs. 1 Nr. 2 JStPO).

(4) Die Gegenstände der Absprachen sind auf zwei Kriminalitätstypen begrenzt. Zum einen die Finanz- und Wirtschaftskriminalität und zum

[8] Vgl. §§ 350-2, 350-9 JStPO.
[9] Vgl. §§ 350-4, 350-3 JStPO.
[10] Vgl. § 350-15 Abs.1JStPO.

anderen die Drogen- und Waffenkriminalität (§ 350-2 Abs. 2 JStPO). Der Grund dafür ist, dass die Gegenstände der Absprachen danach bestimmt werden soll, ob das Absprachesystem für die Beweissammlung besonders notwendig ist und ob zugleich das Einverständnis der Bevölkerung einschließlich des Verletzten leicht eingeholt werden kann. Straftaten, die mit der Todesstrafe oder lebenslanger Freiheitsstrafe angedroht sind, sind ausgenommen. Beide Straftaten, d.h. die Strafsache vom Beschuldigten selbst und die Strafsache des Dritten, müssen zusammen den Gegenstand der Absprachen betreffen. Dabei muss es einen Zusammenhang zwischen diesen beiden Straftaten geben (§ 350-2 Abs. 1 JStPO).

(5) Das Erörterungsverfahren.

1) Das Subjekt der Erörterung sind Staatsanwalt, Beschuldigter und Verteidiger (§ 350-4 Abs. 1 JStPO). Eine Erörterung allein mit dem Beschuldigten darf der Staatsanwalt nicht durchführen.

2) Der Staatsanwalt kann eine Aussage vom Beschuldigten über die Strafsache des Dritten bei der Erörterung zur Kenntnis nehmen (§ 350-5 Abs. 1 JStPO), weil es für die Entscheidung über die Absprache nötig ist, dass er Informationen darüber bekommt, welche Beweise ihm angeboten werden[11]. Dieses «Anhörverfahren» ist ein Teil der Erörterung, an welcher der Verteidiger teilnehmen darf. Im Unterschied dazu darf der Verteidiger bei der «Vernehmung» in Japan nicht anwesend sein.

3) Die Erstellung des Dokuments von der Eröffnung der Erörterung und des Berichts über den Ablauf der Erörterung[12]. Der Staatsanwalt muss das «Dokument von der Eröffnung der Erörterung» erstellen, um klar zu machen, ob und wann die Erörterung begonnen hat. Auf dem Dokument müssen Staatsanwalt, Beschuldigter und Verteidiger unterschreiben. Der Staatsanwalt muss zudem einen «Bericht über den Ablauf der Erörterung» erstellen, um die wichtigen Punkte vom Ablauf der Erörterung (wie Zeit und Ort), Teilnehmer und einen Abriss von der Erörterung festzuhalten. Das Dokument und der Bericht müssen zu dem Fallbericht beilegt und dort aufbewahrt werden.

(6) Das Absprachеverfahren und der Erfolg. 1) Wenn eine Absprache zustande gekommen ist, muss das von Staatsanwalt, Beschuldigtem und

[11] Vgl. *Höchste Staatsanwaltschaft/Büro für die Vorbereitung vom neuen Rechtssystem*, *Provisorische Richtlinien vom Absprachеverfahren*, Horitsu-no-Hiroba (Rechtsforum) Vol. 71, Nr. 4, 2018, S. 48 ff., 49. (auf Japanisch, im Folgenden zitiert als «Provisorische Richtlinien»).

[12] Provisorische Richtlinien (Fn. 11), S. 55. Die Pflicht zur Erstellung des Dokuments und des Berichts gilt nur innerhalb der Staatsanwaltschaft, während die Pflicht zur Erstellung des Absprachedokuments vom Gesetz gefordert wird.

Verteidiger unterschriebene «Absprachedokument», das den Inhalt der Absprachen enthält, verfasst werden (§ 350-3 Abs. 2 JStPO). Der Staatsanwalt muss die Zulassung des Absprachedokuments in der Hauptverhandlung für den Beschuldigten ohne Verzögerung verlangen, wenn er den Beschuldigten angeklagt hat (§ 350-7 Abs. 2 JStPO). Des Weiteren muss der Staatsanwalt die Zulassung vom Absprachedokument auch in der Hauptverhandlung des Dritten, wo die Aussage des Beschuldigten als Beweis genutzt wird, verlangen (§§ 350-8, 350-9 JStPO). 2) Bei Erfolg entfaltet die Absprache Bindungswirkung für die Parteien, um die Vollstreckung des konkreten Abspracheinhalts sicherzustellen. Jede Abweichung vom Abspracheinhalt ist daher rechtswidrig. Wenn z. B. der Staatsanwalt entgegen der Absprache auch den Beschuldigten angeklagt, so ist die Anklage wegen Unwirksamkeit abzuweisen (§ 350-13 Abs. 1 JStPO). Wenn dagegen der Staatsanwalt einen gegen die Absprache verstoßenden Strafantrag stellt, ist es unnötig, die Anklage abzuweisen, weil das Gericht, das den im Absprachedokument geschriebenen Strafantrag des Staatsanwalts ohnehin zur Kenntnis nimmt, unabhängig davon seine eigene Strafzumessung vornimmt[13]. Beantragt der Staatsanwalt hingegen eine Änderung der Anklagepunkte, obwohl es Teil der Absprache war, diese konkreten Anklagepunkte fallen zu lassen, so soll das Gericht die Änderung nicht gestatten (§ 350-13 Abs.2 JStPO). Im Übrigen können die Parteien – Staatsanwalt und Beschuldigte – von der Absprache in bestimmten Fällen zurücktreten (§ 350-10 Abs.1 JStPO).

3. Theoretische und praktische Probleme

a) Das japanische Absprachesystem weist bei rechtsvergleichender Betrachtung folgende drei Besonderheiten auf. Erstens sind die Gegenstände der Absprachen anders als in dem amerikanischen «plea bargainin gsystem» und dem deutschen System der «Verständigung» auf zwei Kriminalitätstypen begrenzt. Zweitens nimmt der Richter an dem Abspracheverfahren nicht teil. Dies unterscheidet sich ebenfalls vom deutschen System, wo Subjekt der Verständigung Richter, Beschuldigter und Staatsanwalt sind. Und drittens kann der Staatsanwalt, obwohl es in Japan kein «plea bargaining system» wie in Amerika gibt, dem Beschuldigten nicht nur Strafmilderung, sondern auch andere verfahrensrechtliche Vorteile gewähren.

b) Eine wichtige theoretische Frage ist, warum der Staatsanwalt nach seinem Ermessen dem Beschuldigten für seine Mitwirkung an der Untersuchung der Straftat des Dritten sehr weitreichende Vorteile gewähren darf. Für dieses Problem gibt die Bedingung des Vorliegens

[13] Vgl. Kikkawa *et al.* (Fn. 6), S. 157.

eines «Zusammenhangs» in der Vorschrift der Absprachen einen wichtigen Hinweis. Der neue § 350-2 Abs. 1 JStPO bestimmt, der Staatsanwalt solle den «Grad des Zusammenhangs zwischen den betreffenden Straftaten» berücksichtigen. Der Grund für die Hinzufügung des Erfordernisses vom «Zusammenhangs» liegt darin, dass die Aussage des Beschuldigten über die Straftat des Dritten glaubwürdiger ist, wenn dieser von sich aus erkennt, dass die eigene Straftat mit der Straftat des Dritten in Zusammenhang steht.

Die Straftaten, die Gegenstand der Absprachen sein können, sind fast alle solche der organisierten Kriminalität. Da eine Aufklärung der Organisationsstruktur immer schwer greifbar ist, ist die Aussage des Teilnehmers sehr nützlich. Daher soll der Zusammenhang hauptsächlich als der materialrechtliche Zusammenhang wie der zu einem Teilnehmer verstanden werden[14]. Mit anderen Worten ist der einfache verfahrensrechtliche Zusammenhang, z. B. dass sich der Beschuldigte in der gleichen Gefängniszelle wie der Dritte befindet, nicht ausreichend[15]. Daraus kann man zwei wichtige Folgelungen ableiten. Erstens ist es sehr zweifelhaft, ob die Ermessensausführung mit dem Verweis auf das Opportunitätsprinzip gerechtfertigt werden kann, wenn der Staatsanwalt die Mitwirkung des Beschuldigten trotz des Fehlens eines Zusammengangs in sein Verfolgungsermessen eingerechnet hat. Zweitens erscheint auch die Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip fragwürdig, wenn das Gericht trotz des Fehlens eines Zusammengangs die Mitwirkung zugunsten des Beschuldigten gewertet hat[16]. Wenn das Mitwirkungsmodell auch die Aussage des Beschuldigten über die eigene Straftat fordert, kann sie sowohl tatsächlich als auch theoretisch nur nach dem Selbstbelastungsmodell erfolgreich durchgeführt werden. Es ist also notwendig, sich mit der Gesetzgebung von den Absprachen nach dem Selbstbelastungsmodell zu beschäftigen[17].

c) Praktisch soll es um die Garantie der Fairness bei der Durchführung des Abspracheverfahrens gehen. Zuerst handelt es sich um die Waffengleichheit. Wenn die Subjekte der Absprachen darüber entscheiden, ob sie sich mit der anderen Partei verständigen, müssen sie natürlich die gleichen Informationen

[14] Vgl. T. Kawaide, *Strafmilderungs- und Strafentlassungswesen durch die Mitwirkung an der Untersuchung und der Hauptverhandlung*, in N.Takahasi *et al. (Hrsg.),* T. Sone, M. Taguchi, *Festschrift für den 70. Geburtstag*, Band 2, 2014, S. 431 f. (auf Japanisch)

[15] Vgl. M. Hayashi (Leiter der Abteilung für Strafsachen im Justizministerium), *Erklärung des Entwurfs*, in Kikkawa *et al.* (Fn. 6), S. 83.

[16] Vgl. K. Ikeda, *Bargaining Justice*, in M. Inouye *et al. (Hrsg.)*, *Streitpunkte des Strafprozessrechts*, 2013, S. 36. (auf Japanisch).

[17] Vgl. M. Taguchi, *Strafprozessrecht,* 7. Aufl., 2017, S. 178. (auf Japanisch).

haben. Hier stellt sich die wichtige Frage, ob der Staatsanwalt dem Verteidiger die vorhandenen Beweise im Untersuchungsstadium bekannt geben darf. Die JStPO genehmigt in der Regel nicht die Bekanntgabe der Beweise im Untersuchungsstadium[18]. Grundsätzlich aber wäre es nicht verboten, dass der Staatsanwalt dem Verteidiger die Beweissituation erklärt[19]. Das ist eine notwendige Auslegung für die Durchführung des Absprachesystems. Natürlich wäre es besser, wenn die Bekanntmachungsbefugnis für den Staatsanwalt bei den Absprachen gesetzlich geregelt wird.

Zweitens werden die Rechtsmäßigkeit und die Legitimität der Absprachen nachfolgend vom Gericht geprüft. Hier stellt sich die praktische Frage, welches Material dem Gericht zur Verfügung steht, um die Absprache ordnungsgemäß zu überprüfen. Wie oben erwähnt, ist die Pflicht des Staatsanwalts, die Zulassung des Absprachedokuments zu fordern, gesetzlich angeordnet. Aber das auf dem Dokument Geschriebene ist nur das Ergebnis der Absprachen. Nicht festgehalten wird dagegen der dazugehörige Ablauf der Erörterung. Nach den provisorischen Richtlinien der höchsten Staatsanwaltschaft wird der Ablauf der Erörterung in dem «Bericht über den Ablauf der Erörterung» festgehalten. Doch ist es nicht klar, wie der Bericht in der Hauptverhandlung genutzt wird[20]. Weil der Inhalt des Berichts sehr wichtig für die Prüfung der Fairness der Absprachen ist, soll auch dieser Bericht in der Hauptverhandlung verfügbar sein. So soll die Transparenz im Absprachеverfahren noch stärker erweitert werden.

3. *Ermessenssystem vom Bußgeld im Antimonopolgesetz*

1. Einführung des Nachsichtssystems

Im Jahr 1977 ist das Bußgeldsystem ins Antimonopolgesetz eingeführt worden. Nach dem Gesetz kann der öffentliche Ausschuss für fairen Handel (Japan Fair Trade Commission (JFTC)) eine Bußgeldzahlung im

[18] Vgl. § 47 JStPO (Bekanntmachungsverbot für Prozessakten): Schriftstücke dürfen vor Beginn der Hauptverhandlung nicht öffentlich bekanntgemacht werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Schriftstücke wegen öffentlichen Interesses oder aus anderen Gründen zur Veröffentlichung geeignet erscheinen.

[19] § 47 Satz 2 JStPO erkennt ausnahmsweise auch die Veröffentlichung der Prozessakten an. Vgl. oben Fn. 18.

[20] Weil die provisorischen Richtlinien nur innerhalb der Staatsanwaltschaft gelten, wie oben bei Fn. 12 erwähnt, ist es nicht die gesetzliche Pflicht des Staatsanwalts, diesen Bericht in der Hauptverhandlung vorzulegen.

Fall der Unternehmenskriminalität anordnen. Nach herrschender Meinung und Entscheidung des höchsten Gerichtshofs sind beide Sanktionen (Bußgeld und Strafe) keine doppelte Bestrafung, die nach § 39 der japanischen Verfassung verboten ist, da die Sanktionen jeweils einen unterschiedlichen Zweck verfolgen – Vorbeugung der zukünftigen oder Vorwurf der vergangenen Unternehmenskriminalität.

Im Jahr 2005 ist das Nachsichtsystem («leniency system») ins Antimonopolgesetz eingeführt worden. Wenn ein Unternehmen, das z. B. eine rechtswidrige Beratung vorgenommen oder ein Kartell gebildet hat, seine rechtswidrige Handlung freiwillig der JFTC meldet, kann es einen Erlass oder eine Milderung des Bußgelds erhalten. Nach dem damaligen Gesetz kann die Bußgeldzahlung des Unternehmens, das als Erstes eine Meldung gemacht hat, gänzlich wegfallen, das zweite Unternehmen kann 50 % und das dritte 30 % Bußgeldmilderung erhalten[21]. Der Gesetzgeber dachte das System würde den Unternehmen, die rechtswidrig gehandelt haben, wegen dieser Bußgeldmilderung einen Anreiz zur Selbstanzeige geben.

2. Einführung des Ermessenssystems beim Bußgeld

Am Anfang gab es Bedenken, ob das Nachsichtssystem mit der japanischen Gesellschaft und ihrer traditionellen Kultur harmonieren könnte. Aber da es danach durchschnittlich 106mal pro Jahr benutzt wurde[22], kann man sagen, dass es in der japanischen Gesellschaft schon akzeptiert worden ist. Dennoch litt es an einem schweren Fehler. Da, wie oben erwähnt, die Milderungsquote durch das Gesetz streng festgelegt ist, stand der JFTC bei der Kalkulation des Bußgeldbetrags kein Spielraum zu, den Grad der Mitwirkung des Unternehmens an der Aufklärung der Unternehmenskriminalität einfließen zu lassen. Selbst wenn ein Unternehmen eine sehr wichtige Mitwirkung geleistet hat, konnte die JFTC den Bußgeldbetrag nicht niedriger als den im Gesetz bestimmten Betrag ansetzen. Daher konnte das Nachsichtssystem den Unternehmen keinen so starken Anreiz zur Selbstanzeige bieten, wie es der Gesetzgeber wollte.

Die Forschungsgruppe der JFTC forderte deswegen die Einführung eines neuen Ermessenssystems («discretionary surcharge system»), wonach die JFTC das Bußgeld umso mehr mildern kann, je stärker das Unternehmen mitgewirkt hat. Der Reformentwurf für die Einführung des Ermessenssystems in das Antimonopolgesetz ist am 19. Juni 2019

[21] § 7-2 Abs. 1, Abs. 10 usw. vom alten Antimonopolgesetz.
[22] Vgl. JFTC, Jährlicher Bericht von FJ2015, 2016, S. 31.

vom Parlament verabschiedet worden[23]. Nach dem reformierten Gesetz wird erstens die Bußgeldzahlung des Unternehmens, das als Erstes eine Meldung gemacht hat, gänzlich wegfallen, das zweite Unternehmen 20 %, das dritte bis fünfte 10 % und das sechste sowiefolgende Unternehmen 5 % Bußgeldmilderung erhalten.[24]. Und zweitens kann die Bußgeldzahlung zusätzlich zu oben genannten Milderungen je nach Grad der Mitwirkung noch um bis zu 40 % gemildert werden[25]. Mit diesem Ermessenssystem wird erwartet, nicht nur den Unternehmen einen stärkeren Anreiz zur Selbstanzeige zu geben, sondern auch, dass Unternehmen die Compliance Programme für die Vorbeugung der Unternehmenskriminalität noch weiter anregen.

In diesem Zusammenhang stellt sich noch die Frage, ob die Einführung des Ermessenssystems den Unterschied zwischen der strafrechtlichen und der verwaltungsrechtlichen Sanktion unklar macht. Neben den unterschiedlichen Zielrichtungen beider Sanktionen (Vorwurf oder Vorbeugung) lässt sich ein weiterer Unterschied in dem Ermessensspielraum erkennen. Während das Ermessen der JFTC begrenzt ist, ist das des Staatsanwalts umfassend. Dementsprechend liegt auch noch kein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Verbot der doppelten Bestrafung vor.

3. Das Anwalts- und Beratungsgeheimnis

a) Unter dem neuen Ermessenssystem wird der Bußgeldbetrag auch nach dem Grad der Mitwirkung an der Untersuchung bestimmt. Daher möchte sich der Unternehmer nicht nur darüber mit seinem Rechtsanwalt beraten, ob er der JFTC seine Tat anzeigen soll, sondern auch darüber, wie er an der Untersuchung der JFTC mitwirken kann. Da dadurch die Rolle des Rechtsanwalts noch wichtiger wird, forderten die Unternehmer verstärkt, dass mit dem Ermessenssystem zugleich auch die Garantie vom Anwalts- und Beratungsgeheimnis («Lawyer-Client-Privilege») eingeführt wird.

In der Forschungsgruppe der JFTC wurden hierzu drei Ansichten geprüft[26]. Erstens die negative Lehre, die behauptet, dass eine solche Garantie nicht geregelt werden solle, weil es sowohl im Antimonopolgesetz als auch in der Strafprozessordnung keine klare darauf bezügliche Vorschrift gebe. Zweitens die positive Lehre, die eine klare gesetzliche Regelung

[23] Gesetz für Teilreform vom Antimonopolgesetz (Gesetz Nr.45, 2019). Das neue Antimonopolgesetz ist seit dem 1. Januar 2020 gültig.

[24] Vgl. § 7-4 Abs. 2 des neuen Antimonopolgesetzes.

[25] Vgl. § 7-5 des neuen Antimonopolgesetzes. Also kann es höchstens bis zu 60 % reduziert werden.

[26] Vgl. *Forschungsgruppe für das Antimonopolgesetz*, Bericht von der Forschungsgruppe für das Antimonopolgesetz, 2017, S. 7 ff. (auf Japanisch)

fordert, da sonst die Gefahr bestehe, dass der Klient wichtige Beweise vor dem Rechtsanwalt versteckt und sich mit ihm nicht mehr beraten möchte, wenn die Inhalte von der Beratung mit dem Rechtsanwalt der JFTC offen zur Verfügung stehen. Und drittens die mittlere, begrenzt aktive Lehre, welche sich dafür ausspricht, dass die Garantie nur im Rahmen des Nachsichtssystem eingeführt werden soll, weil die Wahrheitsfindung nicht geschadet werden soll, wenn das Unternehmen die Rechtswidrigkeit seiner Handlung verneint und das Nachsichtssystem nicht benutzt. Die letzte Lehre ist von der Forschungsgruppe unterstützt worden.

b) Bei der Reform des Antimonopolgesetzes im Jahre 2019 hat infolgedessen die JFTC beschlossen, dass sie eine Regelung der Garantie vom Anwalts- und Beratungsgeheimnis nach dem Modell der Forschungsgruppe anerkennt. Dadurch darf die JFTC auf Dokumente, die den Inhalt der geheimen Beratung des Unternehmens mit seinem Rechtsanwalt enthält, nicht zugreifen, wenn das Unternehmen das Nachsichtssystem nutzt. Da dieses Privileg aber nicht in der Form eines Gesetzes, sondern als bloße «Anordnung» von JFTC[27] festgehalten wurde, gibt es noch Bedenken, dass es einen zu schwachen Effekt hat. Dennoch ist es ein Schritt Richtung umfassender Garantie vom Anwalts- und Beratungsgeheimnis. Von nun an müssen wir darüber hinaus prüfen, welchen Einfluss dies auf die ähnliche Situation im Strafverfahrensrecht, besonders im Abspracheverfahren, ausüben kann. Diese Frage ist noch völlig ungeklärt.

4. *Schluss*

Ein Ergebnis dieser neuen Tendenz im Strafverfahrensrecht und im Antimonopolgesetz in Japan könnte sein, dass das rechtswidrig handelnde Unternehmen sich bei dem staatlichen Organ freiwillig meldet, dabei mitwirkt, die Umstände der Rechtswidrigkeit aufzuklären und eine angemessene Sanktion auf sich nimmt. Vom Standpunkt des traditionellen kontinental-europäischen Strafrechts deutet dies eine wichtige Wendung an, da der Staat in bestimmten Kriminalitätsbereichen fortan den Willen des Straftäters respektiert und ihm angemessene Vorteile bei einer Kooperation gewähren kann.

Ob diese neue Tendenz nur ein Ausnahmefall im japanischen

[27] Vgl. § 76 Abs. 1 Antimonopolgesetz (Befugnis für Bestimmung der Anordnung von JFTC).

Rechtssystem bleibt oder sich zu einem ordentlichen System entwickeln kann, hängt auch davon ab, ob sie sich in der Strafprozessrechtslehre begründet lässt. Dabei müssen wir nicht nur eine rechtspolitische Begründung für das Ermessen des Staatsanwalts finden, sondern noch wesentlicher eine Begründung der Grundstruktur und auch des Zwecks des Strafprozessrechts. Nach der herrschenden Meinung und der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes ist das Parteiprinzip für das japanische Strafprozessrecht fundamental. Ergänzend dazu wurde die Instruktionsmaxime aufgenommen. Meines Erachtens[28] soll außerdem sein Zweck in der Lösung der Strafsache finden. Mit anderen Worten kann die Wahrheitsfindung schon dann genügt sein, wenn sie innerhalb des für die Lösung jeder Strafsache Nötigen erfolgt. Zweck des Strafprozessrechts kann nämlich nicht immer die absolute Wahrheitsfindung und strenge Verwirklichung der staatlichen Strafgewalt sein.

Und wegen des Parteiprinzips ist es auch theoretisch möglich, dass der Wille der Parteien bei der Lösung der Strafsache berücksichtigt wird. Daher können wir die Teilnahme der Unternehmensbeteiligten an der Aufklärung der Unternehmenskriminalität anerkennen. Natürlich gibt es auch viele Kriminalitätstypen, bei denen zugleich auch eine präzise Wahrheitsfindung und sichere Verwirklichung der staatlichen Strafe ernstlich berücksichtigt werden kann. Insofern soll das Strafjustizwesen aus einer Kombination von den verschiedenartigen Kriminalitätstypen angemessenen mannigfaltigen Verfahrensstrukturen bestehen. Wir können den theoretischen Grund für die neuen Rechtssysteme in diesem Pluralismus des Strafjustizwesens finden.

Schließlich nehmen an diesen neuen Rechtssystemen für den Umgang mit der Unternehmenskriminalität nicht nur staatliche Organe, sondern auch Bürger als wichtige Verfahrensträger teil, wie etwa die Beteiligten der Unternehmen und ihre Rechtsanwälte. Durch die Kooperation von diesen vielen Verfahrensträgern werden Vorbeugung und Sanktion gegen die Unternehmenskriminalität erfolgreich verwirklicht. Dies ist eine ganz neue Justizfigur, die von der Zusammenarbeit durch staatliche und bürgerliche Verfahrensträger geprägt wird. Natürlich ergeben sich hierdurch neue Aufgaben, wie z. B. die Harmonisierung des strengen Rechtsschutzes der Betreffenden im strafrechtlichen Verfahren mit der Verfolgung des politischen Zwecks im verwaltungsrechtlichen Verfahren. Doch werden diese Herausforderungenhinsichtlich der Bekämpfung der

[28] Vgl. M. Taguchi, *Die Zwecke des Strafprozesses*, 2010, S. 33 ff., 81 ff. (auf Japanisch); *ders.*, Der Prozessgegenstand im japanischen Strafprozessrecht, ZIS 2/2008, S. 70ff; *ders.* (Fn. 17), S. 15 ff., 172 ff.

Unternehmenskriminalität auf die Entwicklung des zukünftigen neuen Strafjustizwesens in Japan einen wichtigen Einfluss ausüben.

Maria Teresa Trapasso*

Workforce composition *e rischio infortunistico: la tutela penale dei lavoratori al tempo del lavoro 'flessibile'*

Sommario: 1. La composizione del *workforce* quale fattore di rischio: considerazioni introduttive – 2. Flessibilizzazione del lavoro e incremento del rischio infortunistico – 3. Termini di rilievo penalistico dello *status* di lavoratore a tempo determinato – 4. Il sistema organizzativo delineato dal d.lgs. 231/01 come strumento di prevenzione del rischio infortunistico concernente i lavoratori a tempo determinato.

1. *La composizione del* workforce *quale fattore di rischio: considerazioni introduttive*

L'apprezzamento del ruolo del lavoratore come soggetto attivo rispetto agli obblighi di sicurezza relativi al rischio infortunistico, registra visioni piuttosto diverse a seconda dell'ambito normativo nel quale esso viene considerato. Il T.U. n. 81/2008, come noto, ha scelto di promuovere un modello c.d. collaborativo, a tenore del quale la prestazione di lavoro deve potersi qualificare non più solo come una prestazione subordinata da svolgersi nelle 'condizioni di sicurezza' predisposte dal datore, ma anche come 'prestazione sicura', da realizzarsi cioè nel rispetto degli obblighi imposti al lavoratore dalla normativa prevenzionistica[1].

* Ricercatrice di Diritto penale, Università di Roma "La Sapienza".

[1] Così P. Corrias, *Sicurezza e obblighi del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2009, 115; ciò non solo con riferimento all'art. 20 del: TU 81/2008 (si v. C. Bernasconi, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro, cap. III*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta e D. Micheletti, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 92 ss.), ma anche secondo quanto stabilito all'art. 18 co. 3 *bis* d.lgs 81/2008, in virtù del quale gli stessi lavoratori sono tenuti, sotto la propria responsabilità, all'adempimento dei propri doveri di sicurezza (in tal senso D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in <*http://www.archiviopenale.it*.>, pp. 14 ss., a proposito dei limiti del debito di sicurezza del datore di lavoro).

Il diritto penale enfatizza il modello 'protettivo'[2], che vede il lavoratore soggetto passivo degli obblighi prevenzionistici, conformemente peraltro alla originaria ispirazione di tutela del diritto del lavoro[3], benché con rigidità interpretative legate ad un modello di lavoratore – l' «operaio della fabbrica fordista»[4] – di potere economico – «predominio di un classe su un'altra» – e su un' idea – la «funzione compensativa» rispetto alla posizione di debolezza di chi 'vende' la propria forza lavoro[5] – dalla quale la stessa analisi giuslavoristica sembra aver preso congedo, per concentrarsi su un modello di lavoratore efficacemente definito «*Ich Ag*»: il lavoratore imprenditore di se stesso, chiamato a proteggere se stesso[6].

In che termini questi mutamenti, che interessano da almeno un ventennio il mondo del lavoro, incidono sulle prerogative di tutela che l'ordinamento penale è chiamato ad assicurare al lavoratore[7]? Si tratta, più

[2] O «iperprotettivo», da cui peraltro la stessa giurisprudenza di legittimità sta prendendo le distanze, dando enfasi al passaggio da tale modello a quello «collaborativo», si v. Cass. Sez. IV, 12 aprile 2015, n. 15172 o Cass. Sez. IV, 3 marzo 2016, n. 8883, (sentenza annotata da G. Marra, *Doveri datoriali di cautela, autoresponsabilità del lavoratore e personalità della responsabilità penale*, in «DPP», n. 10, 2016, in particolare p.1344, che sottolinea la necessità di delimitare gli obblighi cautelari del datore di lavoro, senza intenderli come comprensivi di obblighi di «indiscriminata neutralizzazione del comportamento negligente altrui»).

[3] *Favor* invero inteso ormai da tempo come svincolato dalla semplice posizione contrattuale del lavoratore e dal suo stato di menomazione economica, e spostato invece sull'implicazione della persona nel rapporto con il lavoro, così C. Smuraglia, *Diritto penale del lavoro*, Cedam, Padova, 1980.

[4] Così R. Del Punta, B. Caruso, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in «LD», 4, 2016, p. 659, a segnalare la necessità del superamento di tale chiave di lettura.

[5] D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in «DDP», VI, Utet, Torino, 1992, p. 103.

[6] L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, Einaudi, Torino, 2005, p. 186. Il tema della misura in cui l'attuale governo dell'impresa incida sulla condizione del lavoratore, indebolendone la tutela, viene approfondita in numerosi saggi dell'illustre sociologo torinese; tra i vari contributi, ID., *Il lavoro non è una merce*, Laterza, Roma-Bari, 2007; ID., *L'impresa responsabile. Un'intervista su Adriano Olivetti*, Einaudi, Torino, 2014; ID., *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*, Laterza, Roma-Bari, 2014. Esemplifica bene quanto questa definizione possa stridere con l'effettiva condizione di determinate categorie di lavoratori, quali i *riders*, V. Torre, *Destrutturazione del mercato del lavoro e frammentazione decisionale: i nodi problematici del diritto penale*, in<http://www.questionegiustizia.it.>, § 1.

[7] Per una relazione tra le due «sponde di tutela», T. Padovani, *Diritto penale del lavoro*, Franco Angeli Ed., Roma, 1983, pp. 15 ss.; approfondisce la relazione tra il diritto penale e diritto del lavoro, con particolare riferimento alla valutazione dell'infortunio del lavoratore negligente D. Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *La tutela penale della sicurezza sul lavoro*, a cura di G. Casaroli,

in particolare di verificare, ed è questo l'angolo visuale da cui intendono muovere le riflessioni che seguono, come i soggetti implicati nella sicurezza sul lavoro (non solo quelli costitutivamente designati rispetto all'assolvimento di tale obbligo, ma anche il formante giurisprudenziale, attraverso l'elaborazione dei singoli istituti) si stiano rapportando alla c.d. flessibilizzazione del lavoro e se analoga 'flessibilità' in senso naturalmente garantista, stiano dimostrando le agenzie di diritto penale, nel senso cioè dell'accoglimento e della valorizzazione di sistemi di disciplina, come la responsabilizzazione degli enti delineata nel D.lgs. 231/01 – tema centrale nella speculazione scientifica del Prof. Fiorella, che lo ha approfondito in numerosi scritti e ricerche di cui si è fatto promotore[8] – che, si ritiene, potrebbero essere utilmente valorizzati per adeguare il sistema punitivo (e preventivo) all'attuale conformazione dell'attività produttiva, soprattutto con riguardo ai rischi di infortunio concernenti i c.d. lavoratori precari.

Nell'attività di *risk assessment*[9] vi deve essere dunque uno spazio per la considerazione della composizione del *workforce* quanto alla tipologia contrattuale dei lavoratori coinvolti?

L'analisi condotta consente di anticipare interessanti prospettive di raccordo tra autoregolamentazione a fini preventivi *ex* d.lgs. 231/01 e la de-giuridificazione in materia di disciplina del lavoro, che supportano la tesi di una possibile funzionalizzazione sinergica ai fini dell'incremento di tutela delle condizioni del lavoratore precario, pur muovendo entrambe le

F. Giunta, R. Guerrini e A. Melchionda, Edizioni ETS, 2015, pp. 339 ss.

[8] Tra le numerose pubblicazioni sul tema, anche in una prospettiva internazionale, A. Fiorella, A.M. Stile, *Corporate criminal liability and compliance programs, First Colloquium*, Jovene, Napoli, 2012; A. Fiorella, *Corporate criminal liabilility and compliance programs* (Vol. I, *Liability* 'ex *crimine*' *of Legal Entities in Member States; Vol. II, Towards a Common Model in the European Union*), Jovene, Napoli 2012; A. Fiorella, A.S. Valenzano, *Responsabilità degli enti da reato e mercati emergenti*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017, ed il più recente, A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello spazio 'globale'*, Giappichelli, Torino, 2018.

[9] Attività cui l'imprenditore è chiamato sia ai fini degli obblighi fissati dall'art.17 T.U. 81/2008, sia ai fini dell'elaborazione dei modelli organizzativi *ex* art. 30 T.U. 81/2008 (A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità individuale alla "colpa" dell'ente*, Jovene, Napoli, 2014, Parte quarta, pp. 305 ss.), sia ai fini della redazione del modello organizzativo di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/01 (la cui implementazione, osserva C. Piergallini, *Paradigmatica del controllo penale (dalla funzione alla struttura del 'modello organizzativo' ex D.lgs. 231/01*), in *Studi in onore di Mario Romano,* Jovene, Napoli, 2011, pp. 2079 ss., dipende da un'efficace mappatura dei rischi). Sul raccordo tra i due modelli organizzativi, si v. Pulitanò, *Responsabilità degli enti e reati colposi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.gs. 231/2001 Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di V. Mongillo, A.M. Stile e G. Stile, Jovene, Napoli, 2013, pp. 249 e ss.

direttrici da prospettive eterogenee, se non, come si vedrà, apparentemente contraddittorie[10].

[10] Si v. § 4.

2. *Flessibilizzazione del lavoro e incremento del rischio infortunistico*

La prospettiva di indagine proposta, concernente la verifica delle potenzialità espansive di tutela dei lavoratori precari anche attraverso il sistema di responsabilizzazione dell'ente *ex* d.lgs. 231/01, potrebbe tuttavia apparire limitata e per certi versi mal posta, ove si riguardi al compendio di obblighi preventivi di cui l'imprenditore è gravato, sui quali, come noto, la qualifica contrattuale del lavoratore sostanzialmente non incide[11].

E, per un altro verso, la considerazione del punto di vista penalistico, che ci ha abituato ad una considerazione del lavoratore 'senza sfumature', quale soggetto debole[12] la cui condizione di inferiorità deve essere compensata da un *surplus* di tutela (anche a fronte di comportamenti gravemente imprudenti, secondo le note di un adagio paternalistico[13] di cui sarebbe forse il caso di verificare l'utilità, visto che le statistiche sugli infortuni sul lavoro non conoscono decrementi[14]), renderebbe questa ipotesi di lavoro, come dire, superata dalla realtà e sostanzialmente inutile.

Se tuttavia, sull'assetto valoriale – necessità di tutelare l'incolumità fisica del lavoratore – che ispira una tale impostazione non si può non convenire, del modo di perseguirlo qualche riserva è lecito formularla, se tale intento di massimizzazione della tutela consegue risultati non all'altezza dell'obiettivo che si propone. Probabilmente l'automatismo ascrittivo dell'infortunio sul lavoro all'imprenditore, quale garante della sicurezza, a prescindere

[11] Sottolinea la nozione ampia di lavoratore come referente di tutela adottata dal T.U. 81/08, E.M. Ambrosetti, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in «DDP», I agg., Utet, Torino, 2014, § 3.

[12] Nella quale pare di scorgere quella che Sgubbi definisce come l'"etica della vulnerabilità"; quando applicata alla materia del lavoro, l'Autore osserva come «esacerbando i diritti non è detto che si espandano anche gli obblighi, anzi può accadere che si realizzi l'effetto contrario, di interruzione della correlazione diritti-obblighi. Ciò accade quando il diritto si espande in modo eccessivo e l'obbligato rinuncia al rapporto generatore di obblighi diventato insostenibile» (F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 36 ss.): quale critica più lucida dell'ideologia paternalistica?

[13] O. Di Giovine, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?* in <*http://www.lalegislazionepenale.eu*.>, p. 4, che rileva criticamente le aspettative sovradeterminate della giurisprudenza nei confronti del detentore della posizione di garanzia. Si v. L. Cornacchia, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in <*http://www.discrimen.it*.>, 9 gennaio 2019, pp. 240 ss., il quale descrive le varie tipologie di paternalismo, confrontandosi con le ragioni di politica del diritto poste a base delle opzioni prescelte dall'ordinamento.

[14] Significativi i dati INAIL, consultabili in <*http://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-dati-inail-2020-luglio-pdf.pdf*>

dell'effettivo riscontro della dominabilità dell'evento, si presenta come un meccanismo debole o quanto meno insufficiente rispetto alle finalità che intende perseguire. A prescindere, sia chiaro, dal giudizio sulla sua conformità (*rectius*, difformità) rispetto alle regole di imputazione colpevole che, tuttavia, nella materia della responsabilità da infortunio sul lavoro, vengono declinate secondo paradigmi ascrittivi ispirati da considerazioni assiologiche ritenute prevalenti rispetto agli obblighi che impone il principio della personalità della responsabilità penale.

Con tali soluzioni interpretative giurisprudenziali dobbiamo fare i conti, suggerendo tuttavia di considerare se non sia il caso di spostare l'attenzione sul lavoratore; non, si badi, nella prospettiva limitata di una condotta 'abnorme' che tale non è mai[15], ma chiedendosi se invece non sia proprio nella considerazione indifferenziata della pretesa di diligenza in capo al lavoratore (e, corrispondentemente, di vigilanza in capo al datore di lavoro) la chiave per capire come pretendere la medesima vigilanza su tutti i lavoratori – quali soggetti costitutivamente inclini alla negligenza – significhi, di fatto, non poter vigilare efficacemente nessuno. Mentre, adeguare la vigilanza al rischio specifico connesso ad una determinata condizione soggettiva – nella nostra ipotesi di lavoro, i lavoratori precari – per la quale è possibile riconoscere un nesso di rischio maggiore rispetto agli infortuni (e modularla diversamente per coloro che per esperienza, formazione, tipologia contrattuale di appartenenza, sono messi in condizioni di adeguarsi 'meglio' alla pretesa di diligenza), apporterebbe sicuramente benefici rispetto alla tenuta ed all'effettività del sistema preventivo.

La base empirica dell'opportunità della differenziazione che si propone è offerta da studi condotti in sede di medicina occupazionale, che confermano come i contratti temporanei si concentrino nelle attività economiche caratterizzate da rischi più elevati e come, nell'analisi tra gruppi di lavoratori precari e non precari, sia riscontrata la presenza di un rischio maggiore di infortuni per i primi.[16]

L'indagine sul rapporto tra lavoratori precari e rischio di infortuni ci consegna risultati che non possono essere ignorati nell'attività di valutazione del rischio che l'imprenditore è chiamato a svolgere: disconoscere infatti la diversa attitudine rispetto alla pretesa di conformazione agli obblighi

[15] Descrive l'atteggiamento giurisprudenziale nella considerazione dell''abnormità' della condotta, Castronuovo, *Profili relazionali,* op. cit., pp. 6 ss.

[16] M. Giraudo, A. Bena, R. Leombruni, G. Costa, *Occupational injuries in times of labour market flessibility: the different stories of employment-secure and precarious workers*, in «BMC *Public Health*», 2016; E. Farina, M. Giraudo, G. Costa, A. Bena, *Injury rates and economic cycles in the italian manufacturing sector,* in «Occupational Medicine», 2018, pp. 459 ss.

cautelari cui i lavoratori sono tenuti nello svolgimento delle loro mansioni, significa edificare il compendio di protocolli cautelari sulla base di un rischio astratto e non empiricamente validato. Studi specifici condotti sul tema sono sostanzialmente concordi nel qualificare il lavoro precario come fattore di rischio rispetto agli infortuni, evidenziando in primo luogo la condizione di vulnerabilità del lavoratore a termine[17] la cui relazione con il datore di lavoro è caratterizzata dalla soggezione legata al potere di questi di proroga/rinnovo del contratto medesimo: continui *stop and go* che, come riscontrato, non solo rendono il lavoratore vulnerabile *ex se*, ma disincentivano il datore stesso ad investire su di lui[18].

Si è altresì osservato come il frequente cambio di mansioni, i periodi di disoccupazione, la minore accumulazione di esperienze siano fattori in grado di incidere sulla sicurezza. Con riguardo ai primi, i frequenti cambi di settore economico determinano una perdita di capitale umano con competenze industriali specifiche; mentre periodi di non-lavoro sono in grado di determinare una pressione sul lavoratore tale da indurlo ad accettare lavori più rischiosi, come quelli richiesti da imprese più grandi o rifiutati da lavoratori a tempo determinato. Con riferimento al profilo dell'assenza di esperienza, si è osservato come i neoassunti presentino un rischio maggiore di lesioni dovute a scarsa familiarità con le mansioni lavorative, mentre con l'esperienza accumulata con un lavoro specifico i rischi tendono a diminuire. Altro dato interessante rilevato, è quello secondo il quale, se una maggiore esperienza riduce il rischio tra i lavoratori precari, la perdita di capitale umano associata ai frequenti cambi di lavoro rimane un rischio anche per i lavoratori più esperti[19].

Sono dati ai quali il diritto penale, quando è chiamato nel suo ruolo protettivo dell'incolumità fisica del lavoratore, presta il dovuto riguardo? In che termini la composizione del *workforce* rientra nell'orizzonte della valutazione penalistica? L'infrequenza di un approfondimento sul tema della precarietà quale fattore di esposizione a rischio del lavoratore, potrebbe spiegarsi con l'apparente scarsa significatività di questo nesso di rischio emergente dalla lettura dei dati che lo concernono; si tratta tuttavia di percentuali sottostimate rispetto a quanto indicato dall'INAIL, in quanto il

[17] S. Laforgia, *Spunti per un'antropologia del lavoratore degno*, in «LD», 1, 2016, 121.

[18] *Ivi*, p. 122, che osserva come in tempi di crisi economica e di disoccupazione vi sia un determinismo giuridico secondo il quale, con queste premesse materiali, l'unica produzione normativa possibile sia quella che persegue il rilancio dell'occupazione attraverso la riduzione delle tutele in adesione al principio del male minore.

[19] M. Giraudo, A. Bena, R. Leombruni, G. Costa, *Occupational injuries in times of labour market flessibility: op.cit., passim: flessibility, op.cit., passim.*.

timore di perdere il lavoro induce solitamente il lavoratore a non denunciare l'infortunio[20].

Un'altra ragione in grado di motivare la scarsa considerazione di questa relazione di rischio potrebbe essere dovuta alla constatazione secondo la quale il rischio di infortuni cresce durante i periodi di crescita economica, e si abbassa durante i periodi di recessione[21]. Costituisce infatti un dato consolidato quello secondo il quale, in periodi di crescita economica, la necessità della produzione imponga l'assunzione di persone anche non qualificate per consentire l'intensificazione dei ritmi di produzione[22] e per compensare i licenziamenti effettuati durante i periodi di crisi economica. Con ritmi di lavoro più intensi la formazione viene ad essere limitata alle nozioni basilari ed il rispetto delle norme di sicurezza viene trascurato. Di qui una correlazione tra tassi di infortuni e fattori macroeconomici esistenti al momento.

La prospettiva dell'incremento di occupazione pertanto, nella generale considerazione, bilancia e compensa l'esposizione a rischio infortunistico; benché, va precisato, non si tratti solo di un rischio congiunturale. L'approfondimento[23] del tema delle forme del lavoro e di governo dell'impresa nella realtà dell'organizzazione industriale attuale[24] ha fatto emergere il consolidamento di strategie consistenti nel c.d. *short termism* e del trattenere, 'fidelizzando', soltanto un nucleo ristretto di personale, occupando per il resto un'elevata percentuale di lavoratori precari o flottanti[25]. In tale contesto si colloca e si motiva l'utilizzo esteso di lavori flessibili e la diffusione del lavoro informale, di lavoro cioè privo di conformazione e garanzie giuridiche relative soprattutto, per quanto interessa le presenti riflessioni, alla protezione sociale contro malattie e incidenti sul lavoro[26].

[20] E. Farina, M. Giraudo, G. Costa, A. Bena, *Injury rates and economic cycles, op.cit.,* p. 459.

[21] Cfr. R. Davies, P. Jones, I. Nunez, *The impact of the business cycle on occupational injuries in the UK*, in «SSM», 2009, p. 69; K.J. Nielsen, F. Lander, J.M. Lauritsen, *The relationship between macroeconomic and industry specific business cycle indicators and work-related injuries among Danish constructors workers*, in «OccuEnvironMed», 2015, p. 72, pp. 271-276.

[22] E. Farina, M. Giraudo, G. Costa, A. Bena., *Injury rates and economic cycles,* op. cit., p. 462.

[23] Caratterizzata, come rileva Gallino, *L'impresa irresponsabile*, cit., pp. 128 ss., dalla rottura del compromesso keynesiano fordista che aveva servito da criterio guida al capitalismo manageriale dagli anni '40 ai '70.

[24] *Ivi*, p. 124.

[25] *Ivi*, p. 125, che si osserva come in epoca di «competizione coercitiva», che ha sostituito la competizione rispettosa, la rivoluzione del valore per l'azionista e la correlativa finanziarizzazione dell'economia abbia dato origine ad un nuovo modo di governare l'impresa (p. 127). L'Autore si sofferma criticamente su tale filosofia aziendale anche a p. 54 ss.

[26] *Ivi*, p.159.

La sede non consente di sviluppare quelli che rappresentano gli esiti di ampie riflessioni che hanno interessato autorevoli studiosi, per i quali appare certo come il lavoro flessibile ed il lavoro informale rechino in sé un alto tasso di precarietà, peraltro incrementato, come sottolineato in sede giuslavoristica[27], dagli attuali meccanismi di regolazione del mercato del lavoro – operanti attraverso la c.d. de-regolazione – e dal passaggio dal concetto di politiche attive del lavoro, a quello di politiche attivizzanti del lavoratore (le c.d. *aktivierendePolitik)*, miranti a rendere più attivi diligenti e responsabili nella ricerca di un'occupazioni coloro che ne siano privi. Attraverso tali strategie, pertanto, il dovere di iniziativa viene trasferito dall'istituzione alla persona, che dovrà dare prova di 'nuova ragionevolezza', nel senso di accettare qualsiasi lavoro offerto[28].

[27] Gallino, *L'impresa irresponsabile*, cit., p. 185.

[28] *Ivi*, p. 187, si osserva criticamente come con tali premesse, risulti evidente come l'impresa non abbia interesse a investire in formazione professionale, qualità del lavoro, prevenzione di incidenti e malattie, stabilità dei livelli occupazionali; la combinazione infatti di tali misure con i modelli organizzativi reticolari, ha prodotto come effetto che fino all'ottanta percento di coloro che operano nelle unità produttive: o non dipendono dall'impresa che ne è titolare, perché fanno piuttosto capo ad aziende terze o ad agenzie di lavoro in somministrazione, oppure hanno contratti di breve durata. In questo modo la responsabilità ed il destino professionale occupazionale ed umano dei lavoratori è stato trasferita dallo Stato alla c.d. '*Io-spa*'.

Il risvolto penalistico di un tale assetto è stato considerato dalla dottrina che si è occupata della previsione di cui all'art. 603 *bis* c.p., si v. A. di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2020; S. Tordini Cagli, *La controversa relazione della sanzione penale con il diritto del lavoro, tra ineffettività, depenalizzazione, istanze populiste*, in «LD», n. 3/4, 2017, pp. 613 ss.; V. Torre, *Destrutturazione del mercato del lavoro e frammentazione decisionale: i nodi problematici del diritto penal*e, in <*http://www.questionegiustizia.it.*>; V. Mongillo, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena delle forniture delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in «RTDPE», 2, 2019, pp. 630 ss.; A.G. Buoninconti, *Brevi riflessioni interpretative sul nuovo delitto di 'caporalato'*, 167 e ss., in <*http://www.rivistacriticadeldiritto.it.*>; A. De Rubeis, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in <*http://www.penalecontemporaneo.it.*> .

3. *Termini di rilievo penalistico dello* status *di lavoratore a tempo determinato*

L'approfondimento dedicato al tema del lavoro precario svolto soprattutto in sede giuslavoristica e sociologica, ha fatto dunque emergere specifiche connotazioni dello stesso integranti fattori di rischio che si pongono quali caratterizzazioni ordinarie delle attività dei lavoratori nelle condizioni predette: vulnerabilità; assunzione di rischi maggiori (rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato); formazione inadeguata; ritmi di lavoro eccessivi.

Si tratta di fattori di rischio rispetto ai quali non è estranea l'attenzione del legislatore penale e della giurisprudenza, come ha dimostrato l'inserimento nel nostro ordinamento della fattispecie di cui all'art. 603 *bis* c.p., «Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro», disciplinante le condotte di c.d. caporalato. Fattispecie di estrema importanza, a nostro avviso, perché dà rilievo penale alle condizioni di lavoro e ad una condotta di sfruttamento in presenza di una condizione di vulnerabilità che, emancipata dal fenomeno specifico e, si direbbe, quasi «territorialmente connotato», che ne aveva motivato l'introduzione[29], si presta ad applicazioni più estese che interferiscono con meccanismi di arruolamento di lavoratori a tempo determinato e di sostanziale sfruttamento, che esemplificano quella che appare una 'deriva' non rara in tempi di lavoro precario.

In tal senso appare significativo come l'originaria ispirazione di delimitazione dell'ambito applicativo della norma a fenomeni circoscritti di 'para-schiavitù', sia stato smentito dal ricorso alla norma da parte della giurisprudenza per qualificare forme di sfruttamento lavorativo socialmente e 'territorialmente' assai distanti dal modello criminologico sul quale la tipizzazione era stata pensata – compendiato nell'immagine del «caporale sfruttatore di donne ed immigrati per la raccolta dei pomodori nelle campagne meridionali»[30] – ma aziende note e celebrate come modello di modernità ed efficienza[31]. Si tratta, a nostro avviso, di una spia assai significativa di come istanze penalistiche di tutela si trovino a confrontarsi con le ragioni per le quali il ricorso a certi schemi contrattuali

[29] Approfondisce il fenomeno del caporalato l'ampia indagine svolta da A. Leogrande, *Uomini e caporali. Viaggio fra i nuovi schiavi nelle campagne del sud*, Feltrinelli, Milano, 2016.
[30] Cfr. A. Merlo, *Il contrasto al "caporalato grigio" tra prevenzione e repressione, note a margine di Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 7 maggio 2019, n. 59, Pres. Roja, Ceva logistic Itala, srl*, in <*http://www.penalecontemporaneo.it.*>, pp. 172 ss.
[31] Per un approfondimento sull'applicazione di misure di prevenzione che hanno riguardato Uber Italia, Torre, *Destrutturazione del mercato del lavoro.* op. cit.

appaiono 'necessari' per consentire l'occupazione[32], secondo meccanismi di subordinazione delle prime alla ragioni, pur legittime (posto che, come si è efficacemente sintetizzato, centralità del mercato e centralità del lavoro rappresentano le caratteristiche essenziali della modernità, e che «non c'è modernità possibile senza mercato»[33]), delle seconde.

La considerazione penalistica del nesso di rischio tra condizioni di lavoro nelle quali è agevole riconoscere sicuri predittori di infortuni, non può tuttavia essere affidata esclusivamente ad una fattispecie per la quale l'individuazione dell'effettivo ambito applicativo appare incerta (soprattutto perché legata, come è stato rilevato, a categorie giuslavoristiche superate[34]), e il cui *focus* sia incentrato sul profilo dello 'sfruttamento'[35], e solo mediatamente sull'esposizione a pericolo dell'incolumità fisica del lavoratore[36].

Le relazioni di rischio nella materia degli infortuni sul lavoro conoscono strumenti di portata più ampia, che investono non solo i termini della responsabilità colposa del datore di lavoro, ma anche quelli della responsabilità degli enti, soprattutto con riguardo al profilo di prevenzione del rischio-reato. Su entrambi i versanti, la maggiore esposizione a rischio infortunio dei lavoratori precari potrebbe trovare un'utile considerazione ove si attuasse una differenziazione nella modulazione delle pretese di diligenza tra categorie di lavoratori e, corrispondentemente, dei doveri preventivi e di vigilanza in capo al datore di lavoro, secondo una prospettiva inedita e potenzialmente proficua. L'essersi soffermati su una categoria particolare di lavoratori – i lavoratori precari del mondo delle imprese – non deve infatti far dimenticare che esiste quella che è stata definita «una nuova tassonomia dei lavori» in luoghi sociali come «l'industria 4.0 dove la tradizionale dipendenza del lavoro subordinato sfuma organizzativamente in nuove

[32] V. Bavaro, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in «LD», 2, 2013, p. 237.

[33] Cfr. R. Castel, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi, Torino, 2011, p. 88, che, sulle conseguenze di una società senza mercato, efficacemente osserva, «una grande *Gemeinshaft*, cioè una maniera di fare la società la cui storia, sia antica che recente, ci mostra come essa è stata generalmente strutturata da spietati rapporti di dominio o da umilianti relazioni paternalistiche di dipendenza» ed ancora «sopprimere il mercato rappresenta un'opzione propriamente reazionaria» che evoca una sorta di utopia a ritroso della quale Marx si è già burlato evocando «il mondo incantato dei rapporti feudali».

[34] Cfr. Torre, *Ivi,* cit., § 1.

[35] Dedica ampie riflessioni al concetto di «sfruttamento», cercando di circoscriverne il rilievo penalistico, Di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2020.

[36] Legata peraltro alla «gravità», come specifica l'art. 603 *bis*, comma 4, n. 3, c.p.

modalità cooperatorie che incidono persino sull'eterodirezione»[37] e nei quali «il paradigma rinnovato del diritto del lavoro dovrebbe sussumere la complessità e la differenziazione non come dato accidentale ma strutturale»[38].

Si tratta di vedere in che termini queste differenze tra tipologie di lavoratori – supportate dalla valorizzazione del modello collaborativo, dalla cui considerazione hanno preso le mosse le riflessioni che si propongono – possano tradursi in sede penalistica, sia con riferimento all'individuazione di pretese cautelari in capo al lavoratore, che con riferimento, corrispondentemente, ai presupposti ascrittivi di responsabilità individuale (con riguardo all'imprenditore), e collettiva (con riferimento all'ente). In tale chiave, l'evidenza della diversità di condizioni soggettiva tra il lavoratore precario, connotato nei termini descritti nei precedenti paragrafi, ed il modello di lavoratore appena richiamato[39], imporrebbe l'individuazione di agenti-modello diversi e il criterio di differenziazione potrebbe, a nostro avviso, utilmente giovarsi dello schema proposto da quella dottrina che distingue tra: *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza che affliggono l'agente concreto 'in quanto membro di un gruppo o di una categoria più ampi', da un lato; e *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza derivanti da carenze 'individuali' di preparazione e informazione o da lacune 'personali' nel percorso scolastico e formativo dell'agente concreto. Solo ai primi andrebbe riconosciuta una rilevanza oggettiva e la possibilità di essere utilizzati per «selezionare un circolo di rapporti, all'interno del quale "estrapolare" un agente-modello, quale esponente coscienzioso ed avveduto di tale circolo»[40].

[37] Del Punta, Caruso, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, cit., pp. 667 ss., rispetto a tale categoria di lavoratori, la valorizzazione del principio di auto responsabilità, ed il riconoscimento di spazi di operatività del principio di affidamento (M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffré, Milano, 1997, per i quali tradizionalmente si predica l'esclusione nella materia della sicurezza sul lavoro), apparirebbero «congrui» con il ruolo svolto.

[38] *Ibid.*, p. 668.

[39] Si pensi, ad esempio, alla figura dei *Team leader*, lavoratori coinvolti sin dalla fase progettuale, riferita sia ai processi produttivi che ai prodotti, con i quali viene superata la rigida separazione tra chi progetta il lavoro e chi lo esegue (G. Rebora, *Scienza dell'organizzazione*, Carocci, Roma, 2017, pp. 297 ss.).

[40] Cfr. F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in <*http://www.penalecontemporaneo.it.*>, che descrive un'articolata sequenza di passaggi successivi di individuazione dell'agente modello, soffermandosi sul ruolo da assegnare ai *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza dell'agente concreto (in particolare, 18 ss.), che, ove derivanti da carenze *individuali* di preparazione e informazione, o da lacune *personali* nel percorso scolastico e formativo dell'agente concreto, esclude che possano valere a sottrarlo questi dal rimprovero di colpa, in quanto inutiliz-

Applicando i criteri descritti, l'evidenziazione della frequenza di *deficit* in termini di carenza di esperienza, esposizione a rischi maggiori, vulnerabilità, con riferimento ai lavoratori precari, quali caratteristiche generalizzabile alla categoria di appartenenza, autorizzerebbe pertanto a nostro avviso l'individuazione di uno specifico agente-modello[41]. Deve infatti ritenersi come le capacità cognitive in grado di attivare il meccanismo di associazione tra la situazione concreta e le conoscenze nomologiche del soggetto, non possano stabilirsi 'una volta per tutte' sulla base del ruolo svolto dal modello astratto di lavoratore, perché le esigenze di soggettivizzazione dell'addebito colposo[42] impongono di tener conto del modello di agente concreto, che, sulla base delle caratterizzazioni riferite al modello di lavoratore 'flessibile', determinano una salienza diversa rispetto ai moniti in astratto riferibili alla categoria generale di appartenenza[43].

L'opportunità di una differenziazione delle pretese di diligenza in capo al lavoratore più esposto in ragione del suo *status*, produrrebbe effetti importanti anche con riferimento agli obblighi preventivi dell'imprenditore, in quanto gli fornirebbe indicazioni utili per graduare in maniera più equilibrata la consistenza e l'estensione della vigilanza[44]: aspettative di diligenza diverse consentono (meglio, impongono), infatti, un'organizzazione della vigilanza parametrata su rischi, specifici, commisurati alle effettive esigenze del *workforce* sulla base della sua composizione. In questo senso, quello che è stato definito come 'contesto situazionale' con riferimento alla struttura relazionale della colpa[45], dovrebbe tener conto di quanto l'interazione – anche tra gli stessi lavoratori – possa essere condizionata dal diverso *status* contrattuale (sarebbe sufficiente pensare agli obblighi di cui all'art. 20, comma 2, T.U. 81/2008, la più parte dei quali rientrano tra le criticità che, lo si è accennato, sono state osservate dagli studi in materia di medicina

zabili in sede di costruzione dell'agente-modello.

[41] Sulla problematica concernente l'individuazione dell'agente modello, C. Piergallini, voce *Colpa*, *(diritto penale)* in «ED-Annali», X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 244 ss.

[42] Sottolinea l'esigenza di una soggettivizzazione dell'esigibilità dell'osservanza richiesta dalla regola cautelare, in una prospettiva ulteriore rispetto alla mera constatazione di un modello di agente, M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzia e sistematica*, in «RIDPP», 1, 2013, pp. 124 ss.

[43] F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in «RIDPP», 3, 2018, pp. 1626 ss., in particolare, § 9.

[44] Secondo l'aspettativa di rispetto di *standard* di diligenza che genera nei consociati l'appartenenza a determinati 'circoli', G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di legge*, in *La colpa, Studi*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 158.

[45] Castronuovo, *Profili relazionali*, cit., pp. 4 ss.

occupazionale con riferimento ai lavoratori a tempo determinato[46]).

Solo con tale correttivo, concernente la condizione ordinaria dei lavoratori a tempo determinato, potrebbe aderirsi ad uno schema ascrittivo limpidamente delineato da quella dottrina che propone di differenziare gli esiti ascrittivi in caso di infortunio a seconda che la violazione delle regole cautelari da parte del lavoratore sia dovuta a «negligenza dipendente dalle condizioni di lavoro (es. stanchezza o ripetitività delle mansioni), imprudenza connesse a prassi tollerate nell'ambito dell'impresa o a inadeguatezza dei dispositivi di sicurezza forniti o dalle istruzioni impartite, imperizia derivante da insufficienza della formazione ricevuta» ovvero si tratti di condotte colpose non imputabili a carenze del sistema di sicurezza, ma dipendenti da iniziative volontarie, ordinariamente non tollerate nell'ambiente lavorativo, del lavoratore o a «sue colpevoli mancanze nell'apprendimento delle informazioni e istruzioni ricevute o a disubbidienza a specifiche direttive impartite»[47], escludendo la responsabilità del lavoratore solo con riferimento alla prima ipotesi, trattandosi di violazioni prevedibili, che la predisposizione di adeguate misure prevenzionistiche da parte del datore di lavoro deve essere in grado di scongiurare.

4. *Il sistema organizzativo delineato dal d.lgs.231/01 come strumento di prevenzione del rischio infortunistico concernente i lavoratori a tempo determinato*

Proprio dalla composizione del *workforce* quale fattore di rischio, quanto alla tipologia delle 'risorse umane' applicate, si intende partire per indagare quale ruolo il sistema punitivo delineato dal d.lgs. 231/01 possa svolgere in una prospettiva di prevenzione del rischio infortunistico con riferimento alle categorie di lavoratori precari. Gli elementi infatti che connotano l'attività e lo *status* di tale tipologia di lavoratori (dequalificazione, ritmi di lavoro sostenuto e condizione di soggezione), potrebbero trovare ingresso – attraverso gli strumenti di autoregolamentazione offerti dagli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/01 – quali predittori del rischio-reato tipizzato dall'art. 25

[46] Nel timore di «ritorsioni», quali la mancata proroga, difficilmente il lavoratore a tempo determinato segnalerà un rischio o un'eventuale condizione di pericolo cui venga a conoscenza, così come previsto dalla lettera *e)* (segnala questo tipo di condizionamento, M. Giraudo, A. Bena, R. Leombruni, G. Costa, *Occupational injuries, op.cit.*, p. 9.).

[47] Così I. Leoncini, *I reati contro la vita*, Capitolo 1, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 50 ss.

septies d.lgs. 231/01.

Invero, le potenzialità in termini di efficacia preventiva offerte dall'adozione dei modelli organizzativi hanno visto la giurisprudenza estremamente diffidente e restia a riconoscere la possibile efficacia esonerativa[48], benché l'autoregolamentazione degli enti si collochi naturalmente quale esito dell'evoluzione attuale dei sistemi normativi culminanti in discipline 'ibride' che, come sottolineato in sede dottrinale, superano la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e i cui contenuti si determinano per la combinazione di settori diversi dell'ordinamento[49].

La difficoltà a riconoscere ad un atto organizzativo privato dell'imprenditore la possibilità di incidere, ed in termini esonerativi, sull'esercizio della potestà punitiva pubblica[50], rappresenta tuttavia la manifestazione di una prospettiva interpretativa 'antistorica', se è vero che lo stesso legislatore si è dimostrato sensibile alle esigenze di collaborazione dello stesso privato sul piano dell'autodisciplina per incrementare effettività ed efficienza nell'obiettivo di prevenzione dei reati[51]. A maggior ragione ove l'autoregolamentazione, che propugna il sistema di responsabilizzazione degli enti, insista in un ambito – quello della regolamentazione dell'impresa con riferimento all'ordine giuridico del lavoro – ormai ordinariamente

[48] Osserva questo dato, con particolare riguardo al giudizio di adeguatezza, S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critiche e linee evolutive*, in «RTDPE», 1-2, 2017, pp. 71 ss. e A. Gargani, *Responsabilità collettiva da delitto colposo di evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in <*http://www.lalegislazionepenale.eu.*>, pp. 15 ss., in cui osserva come alla base dell'atteggiamento di sostanziale rigetto si pongano difficoltà di assimilazione di categorie innovative o incapacità di distinzione tra colpa individuale e colpa collettiva.

[49] Così A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall'utile al giusto*, cit., p. 13. Sottolinea il modello dinamico di «autonomia» delle persone giuridiche promosso dal d.lgs. 231/01; G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del D.lgs. n. 231/01*, in «RIDPP», 4, 2012, p. 1270.

[50] E questo vale sia per l'applicabilità del d.lgs. 231/01, che per il riconoscimento dell'assolvimento del dovere di vigilanza di cui all'art. 30, T.U. 81/08, cfr. Pulitanò, *Responsabilità degli enti e reati colposi*, cit., pp. 252 ss. Sul sistema di vigilanza dei modelli preventivi, A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per omessa o insufficiente vigilanza*, Jovene, Napoli, 2019. Di questa diffidenza ha sembrato lungamente risentire anche l'efficacia da riconoscere alla delega di funzioni, sulla quale il Prof. Fiorella ha dedicato approfondite riflessioni ne *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985 e, con riferimento alle modifiche al sistema normativo del d.lgs. 626/1994, in Fiorella, *I principi generale del diritto penale dell'impresa*, in *Il diritto penale dell'impresa, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2001, pp. 72 ss.

[51] A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall'utile al giusto,* op. cit., p. 25.

declinato anche in termini di decentramento normativo[52] (o, per taluni, e più polemicamente, di 'aziendalizzazione' cioè di «delimitazione dello spazio giuridico a livello aziendale»[53] nella quale la priorità della ragione tecnico-produttiva aziendale si trova ad essere posta a fondamento della normativa sul lavoro).

In un contesto così caratterizzato, in cui l'istanza organizzativa aziendale, assunta come prioritaria, viene di fatto a legittimare una concezione pragmatista dell'ordinamento giuridico per il quale la giuridificazione non è più generale ed astratta ma «disponibile alla mutevolezza del presente»[54], la disciplina disegnata dal d.lgs. 231/01 potrebbe realizzare una saldatura 'virtuosa' tra istanze pubblicistiche di tutela in materia di sicurezza sul lavoro e atti di organizzazione interna. Questi ultimi infatti potrebbero essere, quasi 'omeopaticamente', utilizzati per assolvere a quella funzione di tutela delle condizioni di lavoro, nella prospettiva antinfortunistica, che la deregolamentazione dell'ordine giuridico del lavoro ha, di fatto, indebolito.

In questa chiave, l'incremento della tutela non avverrebbe attraverso il sindacato penale di scelte rientranti nell'autonomia decisionale dell'imprenditore, ma opererebbe nel senso, inverso, di valorizzazione (in chiave esonerativa[55], secondo il meccanismo delineato dagli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/01) di soluzione organizzative delle imprese[56] che, ad esempio,

[52] Efficacemente, «la norma legale si adatta alla norma organizzativa, la norma organizzativa diventa norma legale», Bavaro, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico*, cit., p. 223, il quale, riprendendo concetti sviluppati da Beck, osserva come la 'modernizzazione riflessiva' del diritto del lavoro risieda proprio nella de-statalizzazione dell'ordine giuridico del lavoro in ragione del ruolo centrale svolto dall'impresa come istituzione della globalizzazione (213). Il versante penalistico, ed in particolare il sistema di responsabilizzazione degli enti *ex* d.lgs. 231/01 nella dimensione globalizzata, è affrontato da Fiorella, *Sulla responsabilità degli enti da reato in una prospettiva di globalizzazione. Il problema della colpevolezza,* in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema degli illeciti e delle sanzioni*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A. S. Valenzano, Sapienza, Roma, 2018, pp. 445 ss.; approfondisce i rapporti tra globalizzazione dell'economia e diritto penale, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 8 ss.

[53] Benché anche per esso, come osserva Smuraglia, *Diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 7, ove riguardato come diritto penale del lavoro, si potesse predicare l'eterogeneità e la varietà di discipline e *ratio* di previsioni.

[54] Bavaro, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico,* op. cit., p. 223.

[55] Sottolinea D. Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio* infortunio, cit., p. 342, con riferimento all'art. 25-*septies* d.lgs. 231/01, come il bene della sicurezza sul lavoro sarebbe maggiormente tutelata da 'sagge assoluzioni' «in grado di ritagliare un'area di *indominabilità* del fatto presidiata fermamente dalla *non pena*».

[56] Riconducibili peraltro nell'ambito delle 'scelte gestionali di fondo' rispetto alle quali il

dimostrassero di assegnare un'adeguata considerazione del ricorso al lavoro precario quale modello di sintesi di predittori di rischio empiricamente validati[57], tale da assurgere esso stesso a 'paradigma esperienziale' da utilizzare quale base per l'individuazione di regole cautelari[58]. L'individuazione in sede di *risk management*[59], di protocolli cautelari 'ritagliati' su tale morfologia di rischio[60] legata alla specificità soggettiva dei soggetti ad esso esposti, potrebbe peraltro avvalersi, come utile base cognitiva, delle analisi – *work-oriented* e, in maniera più specifica per le riflessioni che si stanno svolgendo, "worker"-*oriented* – elaborate in sede di studio delle organizzazioni concernenti i comportamenti erronei dei lavoratori[61].

La considerazione del *workforce composition* come fattore di rischio, contribuirebbe così a rafforzare una visione dell'organizzazione aziendale e del lavoro, non quale «dato ontologico e in sé razionale», o come realtà logistico-funzionale (il luogo del lavoro ed il processo produttivo), ma, in senso dinamico, come insieme delle regole del processo del lavoro, del quale, come osservato in sede giuslavoristica, s'impone una considerazione in chiave analitica, tale da permettere soluzioni organizzative idonee ad evitare i rischi, prima ancora di misure protettive adeguate[62].

datore di lavoro si pone come garante in caso di incidenti.

[57] Pone l'intensità dei ritmi lavorativi quale antecedente causale dell'infortunio, Cass. Sez. IV, 15 maggio 2019 (16 aprile 2019), n. 20837, G. e altro., in R. Guariniello, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, WoltersKluwer, Milano, 2020. Per un approfondimento degli effetti della fatica rispetto ai comportamenti erronei dei lavoratori ed al rischio di incidenti, G. Sarchielli, F. Fraccaroli, *Introduzione alla psicologia del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 196 ss.

[58] Sul ruolo dell'esperienza nella genesi e individuazione delle regole di cautela, Castronuovo, *La colpa penale*, Giuffré, Milano, 2009, pp. 284 ss.

[59] Per un'indagine empirica tra gli strumenti del *risk management* e gli obblighi di cui al d.lgs. 231/01, M. Catenacci, *Responsabilità dell'ente e compliance aziendali: un'indagine statistica*, in <*http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.>.

[60] Piergallini, voce *Colpa*, cit., pp. 2102 ss.

[61] N. Chmiel, F. Fraccaroli, M. Sverke, *Introduzione alla psicologia delle organizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 41 ss.

[62] P. Pascucci, L. Angelini, C. Lazzari, *I sistemi di vigilanza e controllo nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro*, in «LD», 4, 2015, 624, in cui si sottolinea il nesso strumentale tra valutazione dei rischi e prevenzione primaria, emergente anche da quanto previsto dall'art. 29, comma 3, T.U. 81/2008, che impone la subitanea rielaborazione della stessa valutazione in occasione di modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori. Sottolinea l'accentuazione delle finalità preventive collegate all'adozione di un'adeguata organizzazione M. Masucci, *I principi generali del sistema sanzionatorio*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema degli illeciti e delle sanzioni*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, op. cit., p. 144.

In un contesto disciplinare frammentato e 'autopoietico'[63], quale quello attinente all'attuale regolamentazione dell'ordine giuridico del lavoro, il diritto penale, per il tramite del sistema di responsabilizzazione degli enti *ex* d.lgs. 231/01 – cioè di un modello sanzionatorio in cui la dimensione repressivo/afflittiva viene resa funzionalmente servente rispetto a quella prevenzionale[64] – contribuirebbe a porre le condizioni per una «*reductio ad unum*»[65], nel senso di aggregare in un nucleo unitario il comune obiettivo di tutela dell'incolumità fisica del lavoratore, dando così ragione di quella che è stata definitala «centralità antropologica del lavoro»[66].

[63] In tal senso, A. Lo Faro, *Teorie autopoietiche e diritto sindacale*, in «LD», 1993, pp. 129 ss.

[64] Formula che P. Pascucci, L. Angelini, C. Lazzari, *I sistemi di vigilanza e controllo,* op. cit., p. 632, utilizzano con riguardo ai meccanismi di estinzione degli illeciti prevista in materia di sicurezza sul lavoro, ma che riteniamo possa essere estesa anche al sistema di disciplina previsto dal d.lgs. 231/01.

[65] Così da reinquadrare il fenomeno del decentramento normativo alla luce del canone dell'utilità sociale (sottolinea tale esigenza, V. Bavaro, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico*, op. cit., p. 238).

[66] M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Giappichelli, Torino, 2013 (consultato nella versione pubblicata in *centroriformastato.it*, 637). Pur consapevoli che obiettivi di ricerca del 'bene comune' non possano essere affidati al diritto penale (enfasi di ruolo censurata a chiusura del saggio da Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena, 2019, con riferimento soprattutto al tema della corruzione, ma che, a mio avviso, dovrebbe essere estesa anche al tema dell'«etica economica»).

Andrea Francesco Tripodi*

L'ente nel doppio binario punitivo: note sulla configurazione metaindividuale *dei doppi binari sanzionatori*

Sommario: 1. Premessa – 2. L'attuale volto del *ne bis in idem* europeo nel dialogo tra le Corti: un quadro di sintesi – 3. Il passaggio dall'*individuo* all'*ente collettivo* nell'ambito degli abusi di mercato – 4. La duplice posizione dell'ente in materia fiscale – 4.1. Strumenti risolutivi "a valle" alternativi al *ne bis in idem* europeo – 4.2. Strumenti risolutivi "a monte" – 5. *Test* di connessione e doppio binario punitivo *metaindividuale*: spunti di riflessione – 5.1. La *sanzione integrata* per l'ente.

1. *Premessa*

Una delle costanti del dibattito giuridico attuale è la condizione di precarietà che interessa i sistemi sanzionatori "a doppio binario". In particolare, quelli che vedono convergere sullo stesso fatto una sanzione penale e una amministrativa.

La questione è emersa nella giurisprudenza convenzionale sul piano del diritto fondamentale al *ne bis in idem* (processuale) e ha conosciuto un singolare sviluppo che ne ha reso plastici i tratti di problematicità anche, e non solo, nella prospettiva della proporzionalità sanzionatoria.

Posta l'indiscussa riferibilità della garanzia agli enti collettivi[1], nonché la

* Associato di diritto penale, Università degli Studi di Macerata.

[1] Sull'estensione delle garanzie convenzionali agli enti collettivi, tenuto conto dei richiami della Carta ai diritti della *societas* e delle prerogative da ritenersi coessenziali alla natura umana, si vedano nella letteratura italiana, F. Mazzacuva, *L'ente premiato*, Torino, 2020, p. 123 ss.; F. Consulich, *L'ente alla Corte. Il D.LGS. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in «RASE», 4/2019, pp. 25 ss.; A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall'utile al giusto*, Torino, 2018, pp. 77 ss.; AA.VV., *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2018. Nella letteratura straniera, P. Oliver, *Companies and Their Fundamental Rights*, in «International & Comparative Law Quarterly», 2015, vol. 64, pp. 676 ss.; M. Emberland, *The Human Rights of Companies*,

presenza di doppi binari per così dire *metaindividuali*, prima di prefigurare la piena corrispondenza con la vicenda che ha coinvolto quelli insistenti sulla persona fisica, occorre chiedersi se e come le specificità "ontologiche" della *societas* possano interferire sull'inquadramento della figura.

2. *L'attuale volto del* ne bis in idem *europeo nel dialogo tra le Corti: un quadro di sintesi*

È opinione comune che l'approccio *sintomatologico* delle corti europee, fondato sulla ricorrenza di una serie di indici ovvero di requisiti dimostrativi della conformità del doppio binario sanzionatorio alla garanzia, finisca per sfumare la questione del *ne bis in idem* in una faccenda soprattutto di *proporzione* sanzionatoria, la quale peraltro rimanda a una logica di per sé estranea a quella di natura processuale ispiratrice del principio per come plasmato nei testi europei[2].

Se, infatti, la giurisprudenza convenzionale *ante A e B. c. Norvegia* trasmetteva una sorta di intransigente automatismo quanto agli esiti della verifica di conformità del doppio binario – *id est*, in presenza di due procedimenti sullo stesso fatto storico, una volta ricondotta la sanzione amministrativa nel perimetro della *matière pénale*, non sarebbe stato possibile sfuggire alla censura –[3], quella inaugurata dalla *Grande Chambre* con tale decisione[4], a cui si è allineata pur con le proprie

Oxford University Press, 2006, pp. 112 ss.; A.J. Dignam, D. Allen, *Company Law and the Human Rights Act 1998*, Butterworths, 2000, pp. 173-174.

[2] Il richiamo è agli artt. 4 Prot. 7, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

[3] Si fa riferimento al periodo segnato in particolare dalla decisione CoEDU, Sez. II, *Grande Stevens c. Italia*, 4.3.2014 (per la quale si veda, tra gli altri, D'Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p.614; F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in «DPC-RT», n.3-4, 2014, p.219, alla quale sono seguite altre pronunce di segno analogo (per tutte, CoEDU, *Nykänen c. Finlandia*, 20.5.2014; CoEDU, *Lucki Dev c. Svezia*, 27.11.2014; CoEDU, *Kiiveri c. Finlandia*, 10.2.2015.) che ne hanno replicato il contenuto sebbene anche attraverso moduli argomentativi aggiuntivi, evocativi di quel profilo di integrazione procedimentale compiutamente rielaborato dalla Grande Camera in *A e B. c. Norvegia* (v. *infra*).

[4] CoEDU, Grande Camera, *A e B. c. Norvegia*, 15.11.2016, per la quale si veda Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su* ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio*, in <*www.penalecontemporaneo.it*>, 18 novembre 2016.

prerogative e talune divergenze la stessa Corte di giustizia[5], colloca l'accertamento del *vulnus* alla garanzia in un contesto tipicamente e ampiamente valutativo[6]. Ciò è dimostrato dalla necessità di effettuare un *test* di connessione procedimentale (*in substance and time*) declinato su indici elastici, rispondente alla logica dell'*integrazione* tra procedimenti quale fattore di salvezza del doppio binario (perché escludente il *bis*). Tra questi indici campeggia quello della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria, che nello stesso linguaggio della *Grande Chambre* riveste un peso prevalente (introdotto, com'è, nella decisione, da un significativo «et, surtout»[7]). Occorre cioè che la sanzione irrogata all'esito del procedimento che si conclude per primo sia presa in considerazione nell'altro – generalmente il procedimento penale –, in modo da assicurare la richiamata esigenza. Con l'effetto di riconoscere al giudice di quest'ultimo una sorta di potere salvifico: preservare il sistema da eventuali censure convenzionali, attraverso scelte "minimaliste" compiute in sede di commisurazione della pena.

La rappresentazione della questione nella sua versione attuale sarebbe però parziale quando non si tenesse conto della giurisprudenza convenzionale *post A e B. c. Norvegia*, che, difronte a un diffuso e giustificato pessimismo circa le reali *chances* applicative del *ne bis in idem* affidate al carattere *flou* del *test*, ha in più occasioni ravvisato la violazione del principio, facendo leva *non* sul requisito della proporzionalità sanzionatoria, ritenuto in specie soddisfatto, bensì su altri parametri del *test* quali la *connessione temporale*, il *coordinamento sul piano probatorio*,

[5] CoGUE, Grande Sezione, 20.3.2018, C-524/15 *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate e a. c. Consob*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca c. Consob*, per le quali si rinvia a A. Galluccio, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di* bis in idem, in <*www.penalecontemporaneo.it*>, 21.3.2018; V. Felisatti, *Il* ne bis in idem *domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in «DPC-RT», 3/2018, p. 137; N. Recchia, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di* ne bis in idem, in <*Eurojus.it*>, 22 marzo 2018.

[6] Cfr. sul punto, L. Bin, *Anatomia del* ne bis in idem*: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in «DPC-RT», 4/2020, pp. 114 ss.; N. Madia, Ne bis in idem *europeo e giustizia penale*, Padova, 2020, pp. 45 ss.; L. Baron, Test *di proporzionalità e* ne bis in idem. *La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di* market abuse, in «AP», marzo 2019, pp. 22 ss.; E. Basile, *Il doppio binario sanzionatorio degli "abusi di mercato" in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in «GCM», 2019, pp. 136 ss.; C. Silva, *La deriva del* ne bis in idem *verso il canone della proporzionalità*, in «AP», 1/2019, p, 14; Mazzacuva, *Le pene nascoste,* Torino, 2017, cap. V;

[7] CoEDU, *A. e B. c. Norvegia*, cit., §132.

la *complementarità teleologica* dei procedimenti[8]. Quasi a testimonianza di un possibile contrasto ideologico interno alla Corte di Strasburgo determinato dalla discussa decisione *A e B c. Norvegia*.

Nondimeno, i riflessi prodotti all'interno del nostro ordinamento si registrano sul piano del giudizio di proporzione e, in questa prospettiva, come confermato anche dall'unica iniziativa legislativa finora rinvenibile – la riformulazione dell'art. 187 *terdecies* t.u.f. –, sull'opera che il giudice può garantire nel commisurare – *rectius*, nel *compensare* (*tenendo conto* della sanzione amministrativa già irrogata) – la pena. Detto altrimenti, la "rassicurante" strada aperta – o, visto il séguito, che pareva aperta – dalla sentenza della *Grande Chambre* è stata nel nostro sistema immediatamente percorsa. Una strada, però, per molti versi impervia, irta di ostacoli riconducibili ai rischi di un *sindacato diffuso di proporzionalità*. Con l'interrogativo circa parametri e modalità attraverso le quali è possibile rendere proporzionata la risposta sanzionatoria complessiva, al quale la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sulla violazione del *ne bis in idem* convenzionale e eurounitario in un momento successivo alle ultime tappe evolutive della giurisprudenza europea, sta tentando di dare una prima risposta[9].

[8] CoEDU, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, 18.5.2017, con nota di F. Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in <*www.penalecontemporaneo.it*>, 22 maggio 2017, 2; CoEDU, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, 16.4.2019; CoEDU, *Nodet c. Francia*, 6.6.2019, con nota di M. Scoletta, *Il* ne bis in idem *"preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato*, in <*www.penalecontemporaneo.it*>, 17 giugno 2019; e, nonostante la prevalente focalizzazione sulla nozione di decisione definitiva, CoEDU, Grande Camera, *Mihalache c. Romania*, 8.7.2019, con nota di A. Careri, *I presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla Grande Camera nuove precisazioni*, in <*sistemapenale.it*>, 12 dicembre 2019.

[9] In particolare, Cass. Sez. V, 21 giugno 2018, n. 45829, in <*www.penalecontemporaneo.it*>, 17 ottobre 2018, con nota di F. Mucciarelli, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*; Cass. Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, in «CP», 2019, p. 643, con nota di N. Madia, Ne bis in idem *europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di puralità di sanzioni e proporzionalità della pena*; Cass. Sez. V, 9 novembre 2018, n. 5679 in «GP- web», 10 febbraio 2019, con nota di L. Roccatagliata, *Doppio binario sanzionatorio: lo sconto di pena per il rito speciale rientra nel computo per la proporzionalità del trattamento punitivo complessivamente applicato.* E ancora Cass. Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, in «Giurisprudenza Commerciale», 4/2020, p. 728, con nota di L. Baron, Ne bis in idem *e giudizio di proporzione, ovvero la certezza dell'incertezza applicativa* e in «GI», 2020, p. 932 con nota di A. F. Tripodi, Ne bis in idem *e* insider trading*: dalla Cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*; Cass. Sez. V, 22 novembre 2019, n. 397; Cass. Sez. II, 22 maggio 2018, n. 41007, in «CP», 2019, p. 3030, con osservazioni di G. Cantalini.; Cass. Sez. trib. civ., 9 luglio 2018, n. 27564 in «Giurisprudenza Commerciale», 2019, p. 1318, con nota di N.M. Maiello, *Alla ricerca*

3. *Il passaggio dall'*individuo *all'*ente collettivo *nell'ambito degli abusi di mercato*

Il doppio binario sanzionatorio non risparmia gli enti. È noto come il cumulo amministrativo-penale adottato in materia di abusi di mercato rispetto alle persone fisiche e censurato dalla richiamata decisione *Grande Stevens c. Italia* sia stato simultaneamente replicato in relazione agli enti.

Su questi ultimi grava una responsabilità da reato di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato ai sensi dell'art. 25 *sexies* del d.lgs. n. 231 del 2001 (disposizione che, introdotta dall'art. 9 l. n. 62 del 2005, include tali delitti nel novero dei cd. reati presupposto della responsabilità configurata dallo stesso decreto) e una responsabilità da corrispondenti illeciti amministrativi ai sensi dell'art. 187 *quinquies* t.u.f. (disposizione anch'essa plasmata dall'art. 9 l. n. 62 del 2005). Con sanzioni, da entrambi i lati, esclusivamente pecuniarie (a parte la confisca e la pubblicazione della sentenza *ex* art. 9 d.lgs. n. 231 del 2001).

Già prima dell'intervento riformatore del 2018 era da considerarsi assodato che con l'art. 187 *quinquies* t.u.f. si volesse riproporre lo schema della responsabilità diretta dell'ente inaugurato dalla rivoluzionaria normativa contenuta nel d.lgs. n. 231 del 2001[10], secondo quanto peraltro denotato dai rinvii a questa – impliciti (come il richiamo del comma 1 all'interesse e al vantaggio della *societas* unitamente all'indicazione dei soggetti che ne impegnano la responsabilità, che complessivamente integrano il criterio di imputazione oggettiva del reato all'ente) ed espliciti (il comma 4 richiama espressamente, per quanto compatibili, gli artt. 6, 7 del d.lgs.

dell'identità perduta: la Cassazione ribadisce la natura "relativa" del ne bis in idem; nella giurisprudenza di merito, T. Milano, 15 novembre 2018, in <*www.penalecontemporaneo.it*>, 15 marzo 2019, con nota di F. Mucciarelli, *"Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e* ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*; e in «GCM», 2020, 4, p. 934 con nota di Mazzacuva, *Il* ne bis in idem *dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e smarrimento della dimensione processuale.*

[10] Conclusione prevalente in dottrina (cfr., per tutti, L. D. Cerqua, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi: principi generali e prime applicazioni giurisprudenziali*, in «RASE», 2006, 2, p. 157; F. Santi, *La responsabilità delle "persone giuridiche" per illeciti penali e per illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2006, I, 100 ss.; M. Vizzardi, *Manipolazione del mercato: «doppio binario» da ripensare?*, in «RIDPP», 2006, pp. 707 ss.; A. Rossi, Market abuse *e* insider trading, in «RASE», 2006, 1, 97; M. Fratini, *Art. 187 quinquies t.u.f.*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini, G. Gasparri, III, Torino, 2012, p. 2519;) e suffragata dalla stessa giurisprudenza (Cass. civ. SU, 23 giugno 2009, n. 20936).

n. 231 del 2001, che definiscono il criterio di imputazione soggettiva del reato all'ente, e infine gli artt. 8 e 12 della medesima normativa) – operati dalla disposizione del t.u.f. Una qualche incertezza aveva avuto origine dall'ambiguo riferimento originario all'obbligo di corrispondere una somma pari all'importo della sanzione irrogata alla persona fisica responsabile dell'illecito amministrativo (comma 1), che, non stabilendo un'immediata sanzione per l'ente, in effetti poteva evocare una sua forma di responsabilità sussidiaria o solidale (ovvero una sorta di debito senza responsabilità)[11], analogamente ad altri istituti dove si risponde per fatto altrui – si pensi alle figure di cui agli artt. 6 l. n. 689 del 1981, 195 (ora abrogato) e 196 t.u.f. e 196, 197 c.p.[12] – comunque non sovrapponibili con la figura in esame[13] e con questa applicati *fisiologicamente* (almeno secondo una prospettiva formale) in maniera congiunta[14].

[11] Cfr. D. Fondaroli, *La responsabilità dell'ente*, in F. Sgubbi, D.Fondaroli, A.F. Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario,* Padova, 2013, pp. 204 ss.

[12] Come osservato da Fratini, *Art. 187 quinquies t.u.f.*, cit., 2530, l'art. 6, comma 3, l. n.689 del 1981 («Solidarietà») rappresenta fondamentalmente l'estensione al campo dell'illecito amministrativo della regola penalistica di cui all'art. 197 c.p. («Obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende») e l'art. 195, comma 9, t.u.f. attua e rinforza tale regime nell'ambito del mercato finanziario prevedendo l'obbligo di regresso degli enti verso i responsabili, replicato nell'art. 196, comma 4, t.u.f relativamente ai promotori finanziari. Si segnala che il comma 9 dell'art. 195 t.u.f. è stato abrogato dalla d.lgs. n. 72 del 2015, normativa che ha modificato lo statuto delle sanzioni amministrative pecuniarie in tema di intermediari, prevedendo una diretta responsabilità degli enti di riferimento (artt. 190 t.u.f.), senza però che ne emerga chiaramente la sua struttura in rapporto all'agire della persona fisica, e una responsabilità aggiuntiva delle persone fisiche subordinata alla ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 190 *bis* t.u.f.

[13] Nel dettaglio, il confronto con l'art. 6 l. n.689 del 1981 evidenzia come l'art. 187 *quinquies* t.uf. non ponga a carico dell'ente un'obbligazione in solido con l'autore dell'illecito, e quello con l'art. 197 c.p. come non abbia per presupposto la condizione di insolvenza del condannato.

[14] Così, per l'art. 6, comma 3, l. n. 689 del 1981, sul presupposto che tale disposizione concreta una forma di responsabilità solidale dell'ente per fatto altrui (la quale, in quanto tale, rafforza la pretesa creditizia statale, ma al contempo consente di tenere indenne l'ente dall'esborso economico eventualmente sopportato attraverso il generale meccanismo di regresso di cui agli artt. 1292 ss. c.c.) ovvero un debito senza responsabilità, mentre l'art. 187 *quinquies* t.u.f. una forma di responsabilità per fatto proprio dell'ente: in questo senso Cass. civ. SU, 30 settembre 2009, cit., che ammette la congiunta operatività dell'obbligazione solidale *ex* art. 6 l. n. 689 del 1981, della responsabilità *ex* art. 187 *quinquies* t.u.f. e di quella prevista dall' art.25 *sexies* d.lgs. n. 231 del 2001.

Non va però trascurato come di recente la responsabilità solidale *ex* art. 6 l. n. 689 del 1981 sia stata qualificata come autonoma (in relazione a quella dell'obbligato in via principale) dalla stessa Suprema Corte, che ne ha ravvisato, oltre che una funzione di

Ad ogni modo, il d.lgs. n. 107 del 10.8.2018 ha provveduto a riformulare l'art. 187 *quinquies* t.u.f. nella parte in cui aveva dato adito a rilievi di ibridismo della figura, stabilendo direttamente una sanzione amministrativa pecuniaria per l'ente. Ogni residuo profilo di perplessità è dunque, in quest'ottica, venuto meno.

E sebbene l'art. 187 *quinquies* t.u.f. non si apra con una clausola cumulativa, secondo quanto avviene negli artt. 187 *bis* e *ter* t.u.f. per la correlativa responsabilità individuale, non v'è dubbio circa la riproposizione dell'opzione "a doppio binario" anche in relazione agli enti nel cui interesse o vantaggio le persone fisiche abbiano agito, come del

garanzia, anche e «soprattutto» una finalità pubblicistica di deterrenza generale «nei confronti di quanti, persone fisiche o enti, abbiano interagito con il trasgressore rendendo possibile la violazione» (Cass. civ. SU, 18 luglio 2007, n. 22082). In base a questa prospettazione e sempre che intervengano ulteriori e indispensabili sviluppi argomentativi, non è dunque da escludere che pure l'obbligazione incombente sulla *societas* conseguente a tale regime possa venire in futuro ricondotta nel perimetro della *matière pénale* convenzionale, con un effetto moltiplicativo delle sanzioni amministrative già esistenti in forza degli artt. 187 *quinquies* t.u.f. e 25 *sexies* d.lgs. n. 231 dl 2001 e correlativo rischio di *bis in idem* in rapporto al procedimento di accertamento della responsabilità contemplata da quest'ultima disposizione (atteso che la responsabilità *ex* art. 6 l. n. 689 del 1981 è contestata insieme con quella *ex* art. 187 *quinquies* t.u.f., la quale, a sua volta, è interna al procedimento afferente la persona fisica autrice della violazione ammnistrativa). Sebbene, come sarà più chiaro nell'immediato prosieguo del testo, non dovrebbe ricorrere il requisito della medesimezza fattuale, atteso che i fatti materiali riferibili all'ente, da un lato e dall'altro, a fronte delle corrispondenti fattispecie legali, non possono dirsi coincidenti.

Si segnala, peraltro, che, secondo un filone dottrinale, gli stessi artt. 196 e 197 c.p. maschererebbero una forma di responsabilità penale indiretta, benché subordinata all'insolvibilità del condannato: così, per tutti, S. Vinciguerra, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983, p. 27, il quale conclude nel senso della natura penale della misura. *Contra*, M. Romano, *Art. 196*, in *Commentario sistematico del codice penale*, M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, Milano, 2011, p. 395. Cfr., sul punto, pure G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, Pisa, 2012, pp. 254 ss., il quale, anche sulla scorta della giurisprudenza costituzionale (che ha negato il contrasto con l'art. 27, comma 1, cost., sottolineando come il pagamento della somma imposta al civilmente obbligato *ex* art. 196 c.p. non sarebbe una vera e propria pena: C. cost., 14 maggio 1966, n. 40), esclude che l'obbligazione di cui agli artt. 196 e 197 c.p. abbia carattere penale e, evidenziando i limiti dell'istituto, inquadra la seconda nello schema della responsabilità per fatto proprio o altrui a seconda dei soggetti che la incardinano: in particolare, osserva come, utilizzando l'idea dell'immedesimazione organica, si potrebbe propendere per la prima alternativa quando la responsabilità tragga origine da un reato commesso dall'amministratore nell'interesse dell'ente. Al riguardo, comunque, i rischi di *bis in idem* europeo risultano scongiurati dal *simultaneus processus*, sede delle relative statuizioni, nonché, secondo quanto poc'anzi segnalato, dall'assenza del requisito della medesimezza fattuale.

resto confermato dalla disciplina della compensazione sanzionatoria di cui all'art. 187 *terdecies* t.u.f., che, tanto nella vecchia quanto nella nuova formulazione, coinvolge espressamente l'ente[15].

Pare scontata la prospettabilità della questione sul piano del *ne bis in idem* europeo; ne ricorrono infatti i ben noti requisiti basilari.

A parte la duplicità dei procedimenti (l'uno disciplinato dall'art. 187 *septies* t.u.f. e l'altro dagli artt. 34 ss. d.lgs. n. 231 del 2001), entrambi volti ad accertare un illecito formalmente amministrativo, nei confronti dell'*eadem persona* – l'ente quale autonomo centro di imputazione giuridica –, non si incontrano particolari difficoltà nel sostenere la natura *sostanzialmente* penale della sanzione da ambo i lati. Con riferimento alla responsabilità dell'ente interna al t.u.f., dove si prevede una sanzione amministrativa pecuniaria di pari importo nel minimo e superiore nel massimo rispetto a quella prevista per l'illecito amministrativo individuale (art. 187 *quinquies*, comma 1, t.u.f.), possono valere le stesse considerazioni in merito alla natura e alla severità di quest'ultima sviluppate dalla Corte EDU nell'*affaire* Grande *Stevens*[16]. Con riferimento alla responsabilità foggiata dal d.lgs. n. 231 del 2001 e intitolata «amministrativa», pur tenendo conto di un mai sopito dibattito dottrinale dal quale emerge una triplice, plausibile alternativa di inquadramento (come penale[17],

[15] Che il duplice fronte di responsabilità dell'ente non sia il frutto di un intervento legislativo disarmonico, bensì di una precisa scelta di politica legislativa, è peraltro e più in generale dimostrato dal dato per cui entrambe le responsabilità siano state introdotte dal medesimo atto normativo (l. n. 62 del 2005): così Fratini, *Art. 187 quinquies t.u.f.*, cit., p. 2531. Per una critica a tale scelta, atteso che entrambi i regimi di responsabilità prevedono quale conseguenza solo la sanzione pecuniaria, quando invece un ulteriore e più garantista procedimento di accertamento sarebbe stato giustificabile in presenza di sanzioni interdittive, M. Vizzardi, *Manipolazione del mercato: «doppio binario» da ripensare?*, cit., 707 ss., il quale finisce per spiegarla ponendo l'accento sull'esigenza di creare un procedimento parallelo – quello sull'illecito amministrativo – più snello e meno gravoso per l'accusa, come segnalato dall'inversione dell'onere della prova dell'aver agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (art. 187 *quinquies*, comma 3, t.u.f.) rispetto al corrispondente regime stabilito dall'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001.

[16] Cfr. CoEDU, *Grande Stevens c. Italia*, cit., §96 e ss.

[17] Così la dottrina prevalente. Cfr., tra gli altri, in ordine di tempo, E. Musco, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in «D&G», 2001, pp. 8 ss.; V. Maiello, *La natura (formalmente amministra tiva, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in «RTDPE», 2002, pp. 900 ss.; A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in «CP», 2003, pp. 1109 ss.; G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*: in «RIDPP», 2006, pp. 170 ss.; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale-parte generale*, diretto da C.F. Grosso,T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2008, pp. 322 ss.; C. E. Paliero, *La società punita: del* come,

amministrativa[18] o *tertium genus*[19]), balza agli occhi, nella prospettiva convenzionale, la portata repressiva dell'apparato sanzionatorio[20], che incentrato sulla sanzione pecuniaria (*pro* quota) fino a importi affatto ingenti e sulla confisca (anche nella forma per equivalente), può implicare, oltra alla pubblicazione della sentenza di condanna, anche l'applicazione di pesanti sanzioni interdittive, le quali giungono, volendo utilizzare le coordinate sanzionatorie del diritto penale individuale, sino alla stessa "pena di morte", qual è a ben vedere l'interdizione di cui all'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001.

Insomma, nonostante la Corte di Strasburgo non si sia finora pronunciata al riguardo – probabilmente in ragione dell'impianto tipicamente penalistico delle garanzie riconosciute dalla normativa, nonché per la limitata attenzione ad essa rivolta dal formante giurisprudenziale –, sembra certa la riconduzione delle sanzioni del d.lgs. n. 231 del 2001 al bacino della *matière pénale*[21], come peraltro può ritenersi confermato dalle conclusioni raggiunte, nell'ambito di un panorama giurisprudenziale comunque eterogeneo, dalla Corte di cassazione. Il giudice di legittimità, pur aderendo all'inquadramento della responsabilità dell'ente in termini di *tertium genus*, ne ha espressamente riconosciuto la contiguità al *penale* (in ragione della connessione con un reato, della severità dell'apparato sanzionatorio e delle modalità processuali di accertamento) e ha sottolineato la necessità di interrogarsi sulla compatibilità della disciplina con i principi costituzionali di questo settore dell'ordinamento (interrogativo, peraltro,

del perché e *del* per cosa, in «RIDPP», 2008, p. 1535.

[18] Cfr. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*: *profili generali*, in «Riv.Soc.», 2002, p. 400; G. Marinucci, Societas puniri potest. *Uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in «RIDPP», 2002, 1193 ss.; G. Cocco, L'*illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in «RIDPP», 2004, pp. 116 ss.

[19] Così anche la *Relazione* al decreto. In dottrina, tra gli altri, E. M. Ambrosetti, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, a cura di Ronco, Bologna, 2006, p. 191.

[20] Sottolinea come l'applicazione di tali sanzioni possa determinare un insormontabile ostacolo alla prosecuzione dell'attività d'impresa, E. Mezzetti, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire e una conseguenza per l'azienda da evitare*, in «DPC-RT », 1/2018, p. 137.

[21] In questo senso, da ultimi, Consulich, *L'ente alla Corte. Il D.LGS. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, cit., 24; Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 116; V. Manes, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i «nuovi» vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes,V. Zagrebelski,Milano, 2011, pp. 38 ss.

sciolto nella decisione positivamente)[22].

Una riflessione a parte merita la valutazione del requisito della medesimezza fattuale.

È noto come, secondo l'ormai univoco orientamento della Corte EDU, registrabile a partire dalla pronuncia armonizzatrice del 2009[23], il requisito dello *stesso fatto* vada inteso come *idem factum* e non come *idem legale*, ossia avendo riguardo all'accadimento naturalisticamente inteso – ricostruibile in base alle circostanze fattuali concrete contenute nei *dossier* processuali – e non alla definizione legale dell'incriminazione[24]. In questa prospettiva, comune alla posizione della Corte di giustizia UE[25] e accolta dalla nostra Corte Costituzionale[26], non interessa dunque confrontare gli elementi costitutivi del fatto tipizzato dalle due norme (o dar rilievo ai beni giuridici offesi) – con l'effetto di poter riscontrare, nel caso di disomogeneità strutturale, un concorso formale di reati dal quale derivare l'insussistenza di un *bis in idem* –, bensì solo se i fatti sussunti in esse e giudicati nei due procedimenti siano o meno *sostanzialmente* gli stessi, assumendo quali parametri di verifica l'insieme delle *circostanze fattuali concrete* relative allo *stesso autore* e *indissociabilmente legate fra loro nel tempo* e *nello spazio*.

Nondimeno e per certi versi risulta ingannevole l'idea della totale separabilità del *fatto materiale* dal *fatto legale*, per come cioè tipizzato nella fattispecie di riferimento. In effetti è pur sempre il *tipo legale* a selezionare ovvero a mettere a fuoco nell'ambito della correlativa fenomenica naturalistica quanto di rilievo per il diritto[27], tant'è che la

[22] Cass. SU, 24 aprile 2014, n.38343.

[23] CoEDU, Grande Camera, *Zolotoukhine c. Russia*, 10.2.2009.

[24] Sul tema, per una ricostruzione dettagliata, L. Bin, *Anatomia del* ne bis in idem, cit., pp. 4 ss.; E. Mancuso, F. Viganò, Art. 4 Prot. n.7 – *Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, pp. 379 ss.; S. Allegrezza, *Art.4 Prot.7 CEDU*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole , P. De Sena, V. Zagrebelski, Padova, 2012, p. 900. Nella letteratura straniera si veda A. Garin, Ne bis in idem *et Convention européenne des droits de l'homme*, in «Revue trimestrielle des droits de l'homme» 2016, pp. 416 ss.

[25] Tra le varie, CoGUE, 18 luglio 2007, *Norma Kraaijenbrink*.

[26] Cfr. C. cost., 31 maggio 2016, n. 200, commentata da D. Pulitanò, Ne bis in idem. *Novità dalla Corte Costituzionale e problemi aperti*, in «DPP», 2016, p. 1588; D. Vicoli, *Il* ne bis in idem *tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in «GC», 2016, p. 2466; P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in «CP», 2017, p. 78.

[27] Cfr. sul punto C. Sotis, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione,* in «IP», 2017, pp. 462 ss.; A. Vallini, *Tracce di* ne bis in idem *sostanziale lungo i percorsi*

stessa giurisprudenza, nel segnare il perimetro del fatto rilevante nella prospettiva dell'*idem factum*, si richiama agli elementi del fatto tipico (pur sempre assunti nella relativa dimensione empirica): condotta, nesso causale, evento naturalistico[28]. Detto altrimenti, l'emersione nel secondo giudizio di un evento naturalistico – *in aggiunta* alla condotta già giudicata nel primo –, come tale capace di mutare il fatto[29], è comunque dovuta alla fattispecie legale (che lo prevede e che è) venuta in gioco in quel giudizio.

Questa premessa chiarificatrice, valida in generale, si rivela particolarmente utile quando si voglia tentare di identificare il fatto storico-naturalistico riferito alla persona giuridica o più precisamente a un soggetto collettivo, vale a dire un'entità frutto di un processo di astrazione giuridica che, già in quanto tale, sembra porsi in antitesi con la dimensione materiale entro cui cogliere il *factum* ai fini della verifica del *bis*.

A scolpire i tratti del fatto materiale è, a ben vedere, la stessa fattispecie legale di illecito che si ritiene poter ascrivere all'ente, la quale, data la fisiologica connessione della responsabilità del suo destinatario con l'agire della persona fisica, dovrà essere ricavata dalla dinamica imputativa dell'illecito individuale al soggetto collettivo ovvero, più in generale, dalla relazione con quest'ultimo configurata dal legislatore. Potremmo dunque dire che, in presenza di un soggetto immateriale, la dimensione naturalistica del *factum* è quasi consustanziale a quella legale.

In materia di abusi di mercato la dinamica imputativa del reato (*ex* d.lgs. n. 231 del 2001) e dell'illecito amministrativo (*ex* t.u.f.) coincidono in ragione dei sopra segnalati richiami operati dall'art. 187 *quinquies* t.u.f. Di modo che, quale che sia l'esatta fisionomia dell'illecito della *societas*, che comunque cercheremo a breve di individuare facendo

disegnati dalle Corti, in «DPP», 2018, p. 534. D'altra parte è vera anche la relazione eguale e contraria, nel senso che il fatto materiale condiziona la lettura delle norme, dipendendo la relativa interpretazione dalla stessa dimensione naturalistica delle cose. Su quest'ultimo profilo, si veda Vallini, *Concorso di norme e di reati*, cit., p. 265. In generale, sulla separazione tra fatto e diritto, quale carattere contraddittorio della modernità giuridica, cfr. le riflessioni di M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007.

[28] Ancora, C. cost., 31 maggio 2016, cit., n. 200; e, nella giurisprudenza di legittimità, per tutte, Cass. 21 marzo 2013, n. 18376 e Cass. SU, 28 giugno 2005, n. 34655.

[29] L'affermazione rimanda alla questione, che qui non si può approfondire, afferente il perimetro dello stesso concetto di fatto inteso in una prospettiva storico naturalistica (secondo dunque il criterio dell'*idem factum*): se, cioè, esso ricomprende solo l'azione (o l'omissione) o se si estende all'oggetto materiale della condotta e all'evento. La questione, non ancora direttamente e compiutamente affrontata dalla giurisprudenza convenzionale, è risolta positivamente da quella interna, per la quale si vedano le decisioni richiamate alla nota precedente.

leva sulle più accreditate ricostruzioni dottrinali, resta il dato della conseguente corrispondenza dei *facta* riferibili all'ente nell'ambito dei due procedimenti[30].

4. *La duplice posizione dell'ente in materia fiscale*

L'inserimento dei reati tributari tra quelli presupposto della responsabilità degli enti *ex* d.lgs. n. 231 del 2001[31] ha tracciato un evidente doppio binario punitivo per la *societas* anche in campo fiscale. Di séguito i tratti identificativi del cumulo sanzionatorio, che pongono in risalto il contrasto con la manifesta scelta del modello "a doppio binario" *alternativo* operata nello stesso settore in relazione al diritto punitivo degli individui[32] attraverso l'*espressa* previsione del criterio della specialità (ribadito, se si tiene conto dell'art. 9 l. n.689 del 1981) all'art. 19 del D.lgs. n.74 del 2000.

Se l'art. 39, comma 2, d.l. n. 124 del 2019 includeva nel catalogo solo

[30] Non deve trarre in inganno una recente decisione della Suprema Corte (Cass. civ. Sez. II, 26 settembre 2018, n. 31635), che, chiamata a pronunciarsi sulla questione del *ne bis in idem*, ha riscontrato a monte una diversità dei *facta* ascrivibili all'ente. La conclusione poggia infatti sul corretto rilievo dell'alterità soggettiva degli autori dell'illecito amministrativo (art. 187 ter t.u.f.) presupposto della responsabilità di cui all'art. 187 *quinquies* t.u.f. e del reato (art. 185 t.u.f.) presupposto della responsabilità di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 (a cui si riferiva il procedimento già definito e dunque assunto come preclusivo dell'altro), dovuta evidentemente a circostanze del tutto casuali. E non v'è dubbio come l'identità della persona fisica che impegna la responsabilità dell'ente sia parte integrante del fatto materiale selezionato quale rilevante dal *tipo* di illecito complesso normativamente ritagliato in capo alla *societas*. I giudici si sono inoltre premurati di chiarire, con riferimento ad altro parallelo procedimento penale afferente – questo sì – gli stessi soggetti interessati da quello sull'illecito amministrativo, come la condanna dell'ente (*ex* art. 538 c.p.p.) quale responsabile civile ivi pronunciata, costituendo una statuizione non sanzionatoria, dunque, in quanto tale non riconducibile alla *matière pénale*, non possa attivare la garanzia del *ne bis in idem*. Per un commento a tale decisione si veda M. Riccardi, *Doppio binario sanzionatorio e responsabilità «derivata» degli enti in materia di market abuse: il* ne bis in idem in societatem, in «RASE», 2/2020, pp. 225 ss.

[31] Sulle ragioni a favore di tale inserimento nell'ambito del dibattito che l'ha preceduto, si rinvia, per tutti, a R. Alagna, *I reati tributari e il regime della responsabilità da reato degli enti*, in «RTDPE», 2012, pp. 397 ss. Sulle particolarità del reato nella prospettiva dell'imputazione all'ente e le relative implicazioni, F. Giunta, *Note sulla punizione dell'ente evasore*, in <*discrimen.it*>, 23.9.2020, 2 ss., il quale osserva come la scissione tra autore materiale e centro di imputazione, su cui si fonda il sistema della responsabilità da reato degli enti, sia già insita nella normativa tributaria.

[32] Per il quale, volendo, A.F. Tripodi, Ne bis in idem *e reati tributari*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2019, pp. 55. ss.

la fattispecie di cui all'art. 2 («Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti») d.lgs. 74/2000, la legge di conversione (l. n.157 del 19.12.2019) ha adottato un'opzione più ampia, che prevede, quali delitti-presupposto, contemplati nel neonato art. 25 *quinquiesdecies* del d.lgs. n. 231 dl 2001, anche le fattispecie di cui agli artt. 3 («Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici»), 8 («Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti»), 10 («Occultamento o distruzione di documenti contabili») e 11 («Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte») d.lgs. 74/2000.

L'ultimo atto di questo progressivo perfezionamento della piattaforma penale volta a innescare la responsabilità dell'ente da reato tributario è il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75, che attua la delega conferita al Governo dall'art. 3, l. 4 ottobre 2019, n. 117 (legge di delegazione europea 2018) e recepisce nel nostro ordinamento la Direttiva (UE) 2017/1371 (c.d. "Direttiva PIF"), relativa alla lotta contro la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale. A tale Direttiva, già considerata come in parte recepita col d.l. n. 124 del 2019[33], si deve l'obbligo per gli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di uno dei reati di frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione commessi a vantaggio o in conseguenza di un *deficit* organizzativo dell'ente.

L'art. 5 del d.lgs. n. 75 del 2020 introduce nell'art. 25 *quinquiesdecies* il comma 1 *bis* che contempla quali nuovi reati-presupposto quelli di cui agli artt. 4 («Dichiarazione infedele»), 5 («Omessa dichiarazione») e 10-quater («Indebita compensazione») d.lgs. n. 74/2000, solo, però, «se commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro».

Sul piano sanzionatorio, oltre alle sanzioni pecuniarie, l'art. 25 *quinquiesdecies* prevede anche, al ricorrere delle generali condizioni previste dall'art. 13, quelle interdittive di cui all'art. 9, comma 2, lettre c), d), e).

Più articolata la posizione dell'ente dal lato della responsabilità da illecito amministrativo.

Prima dell'innovazione normativa apportata nel 2003 l'ente, dotato o meno di personalità giuridica, in base alla disciplina dettata dall'art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997, era solidalmente responsabile, in qualità di contribuente,

[33] Sul rapporto tra tale decreto e la Direttiva UE n. 1371 del 2017, cfr., per tutti, A. M. Dell'Osso, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario: spunti critici sul cd. decreto fiscale*, in «DPP», 2020, pp. 330 ss. e B. Ballini, *Le novità introdotte dal D.lgs. 14.7.2020, n. 75 in attuazione della cd. Direttiva PIF*, in <*discrimen.it*>, 28 luglio 2020, p. 11.

con la persona fisica autrice materiale dell'illecito, sempre che la violazione incidente sulla determinazione o sul versamento del tributo fosse commessa nel suo interesse[34].

L'art. 7 del d.l. 269/2003, convertito dalla legge 326/2003, derogando all'art. 11 d.lgs. 472/1997, ha disposto che le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica. La riferibilità della sanzione amministrativa al solo contribuente produce una regolamentazione sanzionatoria dicotomica, dipendente dalla presenza o meno in capo all'ente della personalità giuridica.

Il quadro appena descritto va, ai nostri fini, raccordato con la disciplina che il d.lgs. n. 74 del 2000 riserva al coordinamento con l'illecito penale e il relativo procedimento concernente lo stesso fatto, atteso che l'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 non può che dipendere dallo sviluppo penalistico della vicenda.

Il meccanismo previsto dall'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000 (relativamente alla posizione dell'individuo), nel quadro della regola generale sancita all'art. 20, secondo cui il procedimento di accertamento tributario non può essere sospeso per la pendenza del procedimento penale inerente gli stessi fatti, impedisce l'*esecuzione* della sanzione per l'accertato illecito amministrativo ove prima non si sia concluso il procedimento penale con formula di proscioglimento che escluda la rilevanza penale del fatto e quindi la sussistenza del presupposto operativo del principio di specialità, rendendo peraltro evidente come il legislatore abbia presunto che, nel rapporto tra le due norme, quella speciale sia la norma penale, e ciò in ragione degli elementi specializzanti in generale rinvenibili nelle soglie di punibilità e nel dolo (specifico) di evasione[35].

[34] Sulla riforma del 1997, che ha incentrato sulla persona fisica le conseguenze afflittive derivanti dall'inflizione della sanzione e, più in generale, ricondotto l'illecito tributario ai principi di derivazione penalistica, in sintonia con la legge 24 novembre 1981, n. 689, si vedano AA.VV., in *Commentario alle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, a cura di F. Moschetti, L. Tosi, Padova, 2000; P. Aldrovandi, *Profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padova, 2005, *passim*; R. Lupi, *Prime osservazioni sul nuovo sistema delle sanzioni amministrative tributarie*, in «RT», 1998, p. 328; e, con specifico riferimento al rapporto tra la normativa del 1981 e la legislazione tributaria, L. Del Federico, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano, 1993, pp. 93 e ss.

[35] Per l'esegesi della disposizione e la sottolineatura di taluni aspetti problematici, si veda V. Napoleoni, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, pp. 275 ss.; P. Russo, *Il principio di specialità ed il divieto del ne bis in idem alla luce del diritto comunitario*, in «RT», 2016, pp. 25 ss. Rileva, peraltro, come gli artt. 20 e 21 non risultino puntualmente applicati, A. Iorio, *I nuovi reati tributari*, Milano, 2015, p. 122.

La dinamica, per così dire, di *stop and go* dei procedimenti, trasfusa nell'art. 21 del decreto, quale norma servente al criterio della specialità[36], risulta chiaramente ispirata ad una logica di efficienza operativa. L'amministrazione, in effetti, rispetto alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato, si precostituisce un titolo che porrà in esecuzione laddove il processo penale venga definito con formula di proscioglimento che esclude la rilevanza penale del fatto (e dunque i presupposti per l'applicazione del principio di specialità), così evitandosi l'apertura, dopo la chiusura del processo penale, di una nuova fase relativa all'applicazione delle sanzioni amministrative esposta a sviluppi in sede contenziosa.

Di converso, l'accertamento dell'illecito penale preclude, in ragione del principio di specialità e, si intende, sempre che la relazione di specialità tra gli illeciti venga ravvisata, l'*esecuzione* della sanzione amministrativa, benché il relativo procedimento, ai sensi dell'art. 21, si sia concluso con la sua *irrogazione*.

Val la pena a questo punto ricordare il doppio ruolo rivestito dal congegno approntato dall'art. 21 nella prospettiva evolutiva della giurisprudenza europea sul *ne bis in idem*: da un lato, in ragione dell'"istituzionalizzazione" di una piattaforma *bi*-procedimentale e dunque del peso di due procedimenti di cui viene gravato il consociato, generatore del rischio di tensione con la garanzia[37]; dall'altro, quale strumento impeditivo dell'applicazione della doppia sanzione nei limiti della ricorrenza di una relazione di specialità tra le fattispecie, baluardo della proporzionalità sanzionatoria e dunque, in qualche modo, fattore risolutivo *in parte qua* di quella tensione.

Anche l'ente è preso in considerazione da questa disciplina, la quale richiede comunque l'applicazione nei suoi confronti di quella sanzione amministrativa assunta come generale (e dunque ineseguibile) rispetto alla norma penale speciale nel diritto punitivo degli individui: l'art. 19, comma

[36] Cfr., per tutti, Napoleoni, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, cit., pp. 275 ss.

[37] A nulla vale replicare che il provvedimento sanzionatorio dell'illecito amministrativo è ineseguibile: a rilevare infatti è la presenza di un giudizio definitivo e non la concreta esecuzione della sanzione da esso scaturente. Pertanto, il provvedimento di applicazione/irrogazione della sanzione amministrativa dell'ufficio accertatore, una volta acquisito il crisma della definitività, quantunque non eseguibile, sancisce la chiusura del giudizio, circostanza che, nell'ottica del *ne bis in idem* europeo, problematizza l'apertura o la sussistenza del secondo giudizio (quello penale *stricto sensu*). Inoltre, come confermato dalla giurisprudenza convenzionale (cfr. CoEDU, *Kiiveri c. Finlandia*, cit.; CoEDU, 16 giugno 2009, *Ruotsalainen v. Finland*), ai fini del riscontro del *vulnus* alla garanzia, risulta sufficiente il provvedimento definitivo dell'amministrazione finanziaria, potendo mancare l'intervento dell'organo giurisdizionale conseguente all'impugnazione di detto provvedimento da parte del contribuente, in ipotesi acquiescente.

2, infatti, precisa che rispetto ai soggetti di cui all'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 472 del 1997, permane la responsabilità per la sanzione amministrativa; e l'art. 21, comma 2, quale riflesso sul piano procedurale, eccettua i soggetti indicati nel comma 2 dell'art. 19 dall'effetto di ineseguibilità delle sanzioni amministrative[38]. Del resto, è agevole cogliere la *ratio* di tale opzione, la quale risiede nell'esigenza di evitare che per l'ente risulti più conveniente un'evasione sopra-soglia, e dunque il *penale* (al confronto con un'evasione sotto-soglia, e quindi la corrispondente infrazione amministrativa), atteso che, in assenza del comma 2 dell'art. 19, si avrebbe la *sola* sanzione penale per la persona fisica suo rappresentante[39].

Il sopraggiungere dell'art. 7 d.l. 269/2003 non fa che riaffermare ovvero rafforzare questo modello di disciplina. L'ente dotato di personalità giuridica, sottratto alla regolamentazione di cui all'art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997 e divenuto immediato destinatario della sanzione amministrativa, andrà incontro al relativo procedimento e all'esecuzione della relativa sanzione a prescindere da quanto accada in sede penale.

In tale scenario, l'intervento del d.lgs. n. 231 del 2001 cambia, per così dire, le carte in tavola, dal momento che, prevedendo la responsabilità dell'ente da reato, impedisce che la *societas* risulti immune dalle conseguenze dell'illecito penale, con l'effetto, a ben vedere, di far venir meno la ragione

[38] Si soffermano in chiave critica sulla scelta legislativa, I. Caraccioli, G.Falsitta, *Il principio di non cumulabilità fra sanzioni penali e sanzioni tributarie e la sua aberrante mutilazione col decreto delegato n. 74/2000*, in «Fisco», 2000, p. 9476, i quali segnalano come la mancata previsione di una versione integrale della specialità, dovuta al timore di procurare pregiudizi all'Erario, fa sì che il raddoppio sanzionatorio, cacciato dalla porta, sia fatto rientrare dalla finestra, dal momento che, diversamente dai contribuenti persone fisiche, i contribuenti persone giuridiche finiscono nella sostanza per subire direttamente o indirettamente il peso delle sanzioni penali e di quelle amministrative.

[39] Cfr. A. Perini, *Brevi considerazioni in merito alla responsabilità degli enti conseguente alla commissione di illeciti fiscali*, in «RASE», 2/2006, p. 85; Napoleoni, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, cit., pp. 250 ss., i quali peraltro correttamente osservano come l'ente, obbligato *ex* art. 19 comma 2, non potrebbe poi agire in regresso nei confronti della persona fisica *ex* art. 11 d.lgs. n.472 del 1997 pena la vanificazione dello stesso principio di specialità stabilito al comma 1 dell'art. 19.

Va precisato come, per l'ente, la richiamata maggiore convenienza dell'illecito penale potesse derivare pure dall'emersione nella prassi di un ulteriore profilo, collegato alla difficoltà – e, quindi, all'inutilità per l'amministrazione finanziaria – di dimostrare il dolo o la colpa grave dell'amministratore, con l'effetto di rendere operativo per l'amministratore stesso il limite sanzionatorio dei cento milioni di lire *ex* art. 5 co. 2, d.lgs. n. 472/1997. Tale somma, infatti, come fa notare ancora A. Perini, op. cit., 85, finiva di regola, nella prassi, con l'essere preventivamente del tutto accollata alla società grazie alle deliberazioni adottate dai consigli di amministrazione.

alla base della previsione contenuta al comma 2 dell'art. 19 e, ferma la disciplina della responsabilità dell'ente da illecito amministrativo, di duplicare i titoli di responsabilità, ossia di aggiungere a quest'ultima quella da delitto.

Posto ciò, diverse, a seconda del tipo di ente che viene in rilievo, sono le coppie di norme fondative di questo nuovo doppio binario sanzionatorio.

Rispetto agli enti privi di personalità giuridica, la responsabilità da reato *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 si aggiunge a quella da illecito amministrativo discendente dalla previsione di cui all'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000. Rispetto agli enti dotati di personalità giuridica, la responsabilità da reato *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 si aggiunge a quella da illecito amministrativo discendente dalla previsione di cui all'art. 7 d.l. 269/2003.

Si rivela tuttavia problematica la prospettabilità della questione sul piano del *ne bis in idem* europeo.

Nessun dubbio sul *bis* procedimentale, tanto meno sulla plausibilità di una lettura in chiave sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative tributarie, il cui ammontare è parametrato percentualmente a quello dell'imposta evasa, giungendo anche a consistenti multipli del *quantum* accertato e dovuto all'Erario[40]; senza poi contare che la stessa Corte EDU, anche in presenza di importi sanzionatori contenuti, nell'ambito di giudizi che interessavano il sistema sanzionatorio fiscale di Paesi scandinavi, ha comunque ricondotto la sanzione amministrativa tributaria (cd. sopratassa) alla *matière pénale*, valorizzando il profilo teleologico della sanzione, nel caso di specie non reintegratorio[41]. Non mancano peraltro nel sistema fiscale, al ricorrere delle previste condizioni, le sanzioni accessorie interdittive ai sensi degli artt. 12 d.lgs. n. 471 del 1997 e 21 d.lgs. n. 472 del 1997, le quali secondo le generali indicazioni convenzionali possono integrare materia penale[42].

Le perplessità si concentrano sul requisito della medesimezza fattuale e in questa prospettiva, tenuto conto della premessa metodologica sopra svolta, il confronto tra i *fatti* non può prescindere dalle norme configuranti le rispettive responsabilità, le quali, come osservato, dal lato dell'illecito amministrativo si differenziano per tipo di ente preso in considerazione. Segnatamente, per gli enti privi di personalità giuridica, occorre guardare

[40] Ad esempio, per fatti di dichiarazione fraudolenta le sanzioni comminate dall'art. 1 d.lgs. n. 471 del 1997 vanno dal 135 al 270% dell'imposta evasa.

[41] Cfr. CoEDU, *Nykänen c. Finlandia*, cit.; CoEDU, *Lucki Dev c. Svezia*, cit.; CoEDU, *Kiiveri c. Finlandia*, cit.

[42] Si veda, con riferimento alle sanzioni di tipo interdittivo, CoEDU, *Dubus S.A. c. Francia*, 11.6.2009.

al fatto naturalistico per come ritagliato dall'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000; per quelli dotati di personalità giuridica, al fatto naturalistico per come ritagliato dall'art. 7 d.l. 269/2003.

Il fatto dell'ente oggetto del procedimento penale è filtrato dalla complessa architettura della figura di illecito che lo concerne secondo il disegno del legislatore del 2001. Una fattispecie di illecito che è il frutto della combinazione di più norme insistenti sulla dinamica imputativa del reato individuale alla *societas*, volte – si direbbe – a sancirne l'*appartenenza* a questa[43].

In ultima analisi e sulla base di una necessaria opera di sintesi, l'ente è responsabile dell'inadeguata prevenzione (*rectius*, riduzione del rischio di commissione) del crimine individuale ad esso riferibile in ragione del canale imputativo di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001, e, dunque di averlo agevolato attraverso questo atteggiamento disorganizzato, al quale è rivolto l'autonomo rimprovero di colpevolezza *ex* artt. 6, 7 del decreto[44].

Tale modello di diretta responsabilità trova, sul piano dogmatico, almeno due possibili rappresentazioni, le quali nella nostra ottica finiscono per intrecciarsi.

Quella secondo lo schema concorsuale[45], nel senso cioè della configurazione di una fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una (nuova) ipotesi di concorso necessario di persone fisiche e giuridiche nel *medesimo* reato (a fronte di diverse dinamiche imputative)[46].

[43] Cfr. su questo specifico profilo A. Fiorella, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese,Milano, 2006, pp. 5103 ss.; Id, *From "macro-anthropos" to "multiperson organisation". Logic and structure in compliance programs in the corporate criminal liability*, in *Corporate criminal liability and compliance programs*, a cura di A. Fiorella,vol. II, Napoli, 2012, pp. 403 ss.

[44] Sulla teorizzazione della colpevolezza organizzativa, tra i principali contributi nella letteratura italiana, senza pretesa di esaustività, in ordine di tempo, C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa in organizzazione*, in «RASE», 3/2006, pp. 167 ss.; De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato,* Pisa, 2012, pp. 182 ss. e pp. 391 s..; M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità,* Napoli, 2012, spec. pp. 250 ss. e pp. 279 ss.; C. Piergallini, *Colpa di organizzazione e impresa*, in AA.VV., *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini, R. Orlandi, Bologna, 2013, pp. 171ss.; E. Villani, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016, *passim*; A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall'utile al giusto*, cit., pp. 130 ss. e pp. 177 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, pp. 192 ss.; Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in «RTDPE», 2018, pp. 175 ss.

[45] Cfr. Romano, *La responsabilità degli enti, società e associazioni: profili generali*, in «Riv. Soc.», 2002, p. 393.

[46] Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in «Societas puniri potest». *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura

Quella in termini di illecito monosoggettivo[47], dove il reato della persona fisica è ricostruito o come evento costitutivo di una fattispecie di natura agevolativa[48] ovvero come nucleo di disvalore correlato a un omesso intervento *lato sensu* impeditivo[49]; oppure, ancora, in una prospettiva più estrema, come condizione obiettiva di punibilità rispetto a una condotta omissiva che riflette il *deficit* organizzativo e in cui si sostanzia di per sé l'illecito[50].

Nella prima prospettiva la condotta tipica dell'ente, che si pone come *accessoria* rispetto a quella della persona fisica, si sostanzia in un *contributo agevolativo* da *deficit* di organizzazione. Il *factum* della *societas*, che stiamo cercando nell'orizzonte storico-naturalistico, è dunque quello che emerge dal fenomeno concorsuale in cui è inquadrato il suo illecito.

Nella seconda prospettiva il fatto imputabile all'ente è complessivamente messo a fuoco dal contenuto *omissivo* della colpevolezza organizzativa.

di F. Palazzo, Padova, 2003, pp. 17 ss.; Id., *La società punita: del come, del perché, del per cosa*, in «RIDPP», 2008, pp. 1539 ss.; Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., pp. 140 ss. Tesi poi condivisa dalla stessa Suprema Corte: Cass. SU, 27 marzo 2008, n. 26654. Nello stesso senso, ai fini della localizzazione dell'illecito dell'ente *ex* art. 6 c.p., T. Lucca, 31 luglio 2017, n. 222, in «GP», 20 agosto 2017.

[47] In giurisprudenza, nel senso dell'autonomia strutturale dell'illecito dell'ente, che configurerebbe una fattispecie complessa, rispetto alla quale il reato della persona fisica sarebbe solo uno degli elementi costitutivi, Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251; e, da ultimo, nella stessa direzione Cass. Sez. VI, 17 luglio 2018, n. 33044, nonché C. cost. 18 luglio 2014, n. 218.

[48] Cfr. M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*,F. Antolisei, vol. II, in 14ª ed., a cura di C.F. Grosso, 2018, p. 754, p. 758, il quale concepisce l'illecito dell'ente come un'autonoma figura di agevolazione colposa.

[49] Evoca il modello dell'art. 40, comma 2, c.p., precisando come l'ente risponda più che per l'omesso impedimento (secondo un giudizio controfattuale di tipo condizionalistico), per l'omessa prevenzione del reato ovvero per non aver ridotto *ex* ante il rischio della sua commissione entro il limite consentito dall'ordinamento, Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, pp. 139 ss. e p. 193, il quale spiega la visione in termini monistici dell'illecito, nonostante sul piano naturalistico si richieda la condotta penalmente rilevante di un altro soggetto (la persona fisica), ponendo l'accento sulla specificità del contributo della *societas*, non riconducibile a singoli atti, commissivi o omissivi, di complicità, secondo un'ordinaria dinamica concorsuale, ma a un insieme di carenze individuali.

[50] Prende in considerazione questa ipotesi De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, cit., pp. 407 ss. Attribuisce al reato-presupposto il ruolo di condizione obiettiva di punibilità Mucciarelli, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n.231/2001*, in «DPP», 4/2011, p. 442, il quale muove dalla posizione della giurisprudenza della Suprema Corte contraria ad ammettere la costituzione di parte civile contro l'ente in ragione della diversità strutturale tra l'illecito di quest'ultimo e il reato della persona fisica.

In definitiva, ad uno sguardo di insieme, il tratto unificante le varie visioni sembra essere, sul piano fattuale, fondamentalmente il *non fare* o, meglio, il *non aver fatto quanto dovuto in termini preventivi*; ciò che poi, concretizzando ulteriormente sul medesimo piano, può, al ricorrere di determinate condizioni, anche tradursi in *un fare* quando il reato venga commesso proprio sotto le direttive programmatiche dell'ente[51].

Spostandoci nel contesto normativo della responsabilità dell'ente da illecito amministrativo tributario, si avverte immediatamente un cambio di direzione.

L'art. 19, comma 2, pare effettuare un puro e semplice *trasferimento* della sanzione, per le ragioni anzidette, dalla persona fisica (alla quale non è applicabile in quanto relativa a una fattispecie di illecito *generale* rispetto a quello penale da considerarsi s*peciale*) alla *societas* in maniera *automatica*[52], ovvero a fronte del semplice dato per cui è quest'ultima il centro di imputazione del tributo.

La medesima connotazione della posizione contributiva ispira l'art. 7 d.l. n. 269 del 2003, dove la persona giuridica assume *in toto* i tratti di destinatario *originario* della sanzione, senza però che a ciò si aggiunga la richiesta di un particolare disvalore del suo operato correlato alla violazione tributaria[53].

Insomma, non si scorge traccia di riferimenti a fenomeni di *complicità*

[51] In quest'ultimo caso la colpevolezza dell'ente avrebbe i tratti di un atteggiamento pseudo-doloso, diversamente dagli altri, nei quali sembrerebbe assimilabile prevalentemente alla colpa. Per una tale articolazione nell'ambito dello schema concorsuale e dunque con riferimento alle forme soggettive della compartecipazione, cfr. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità,* cit., pp. 140 ss. Ravvisano l'impossibilità di ridurre alle forme del dolo e della colpa l'ipotesi di mancata adozione del modello di organizzazione e gestione di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001, C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 180.

[52] Cfr. sul punto Perini, *Brevi considerazioni in merito alla responsabilità degli enti conseguente alla commissione di illeciti fiscali*, cit., p. 88, che descrive l'attribuzione della responsabilità all'ente in termini di secco automatismo, quale conseguenza della colpevolezza della persona fisica.

[53] Conclude nel senso di una forma di responsabilità oggettiva per fatto del terzo, G. Marongiu, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in «RTDT», 2004, I, pp. 373 ss. Richiama la logica dell'espromissione *ex lege*, tenuto conto della riferibilità dell'illecito alla persona fisica, quale suo autore materiale, A. Giovannini, *Il diritto tributario per principi*, Milano, 2014, pp. 143 ss. L'assenza di riferimenti a qualsiasi criterio di ascrizione personale e "soggettiva" tradisce, secondo Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 127, la natura indiretta della responsabilità, esito della trasposizione nel settore del modello civilistico relativo alla responsabilità dei padroni e committenti rispetto alle conseguenze dell'illecito.

della persona giuridica nella violazione materialmente commessa dalla persona fisica o di richiami a una sua inadeguata organizzazione della prevenzione dell'illecito amministrativo[54].

Stando a questa ricostruzione non sembra allora possibile inferire un quadro di medesimezza fattuale tra i due procedimenti: l'uno calibrato sulla (mera) violazione tributaria, l'altro sul *non fare* dell'ente in ordine alla sua prevenzione.

Nessun parallelismo può essere tracciato con altre situazioni, ricorrenti nei sistemi sanzionatori fiscali, dove l'elemento addizionale rinvenibile nella fattispecie penale non pare interferire sul quadro di medesimezza fattuale dei due procedimenti aventi a oggetto l'illecito individuale.

Si pensi alle soglie di punibilità, il cui superamento, che segna in grave gradualistica il perfezionamento dell'illecito penale (più precisamente, del maggior numero dei reati tributari), è prevalentemente qualificato come evento della fattispecie tipica[55], così facendo sorgere dubbi circa

[54] Pone l'accento sulla struttura composita dell'illecito dell'ente *ex* d.lgs. 231 del 2001, dove al disvalore dell'evento si aggiunge quello di condotta, raffrontandola con quella interamente polarizzata sull'obiettivo riscossivo, alla stregua di un mero disvalore d'evento, Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente,* in «DPC-RT», 2/2020, p. 232, la quale ne deriva la mancanza dell'i*dem factum.* Da più parti, del resto, si è evidenziato come, in ultima analisi, lo scopo del d.lgs. n. 231 del 2011 sia di tipo preventivo rispetto alla commissione dell'illecito, mentre la normativa tributaria sia orientata a una finalità riscossiva alla quale è estranea una funzionalità preventiva *stricto sensu*: cfr., per tutti, R. Alagna, *I reati tributari e il regime della responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 402. Prima dell'introduzione dell'illecito tributario nel novero dei reati presupposto della responsabilità da reato degli enti, auspicava una riforma dell'art. 7 d.l. n. 269 del 2003 che subordinasse la responsabilità dell'ente alle stesse condizioni poste dal d.lgs. n. 231 del 2001, insieme con l'unificazione del regime di attribuzione delle responsabilità da illecito tributario per le società, che dunque accomunasse quelle con e senza personalità giuridica, G. Ragucci, *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Per un nuovo ordinamento tributario*, C. Glendi, G. Corasaniti, C. Corrano Oliva, P. Dé Capitani di Vimercate, Padova, 2019, pp. 1562 ss.

[55] Così la Relazione ministeriale al D.lgs. n. 74/2000, consultabile in «GD», 2000, 14, pp. 31 ss. In dottrina, sia pure con diverse sfumature, tra gli altri, Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, pp. 1729 ss.; D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, 2007, pp. 67 ss.; C. Longari, *La controversa natura delle soglie di punibilità*, in «PPG», 2019, pp. 259 ss.; M. Caputo, In limine, *natura e funzioni politico-criminali delle soglie di punibilità nei reati tributari*, in *profili critici del diritto penale tributario*, a cura di R. Borsari,Padova, 2013, pp. 27 ss. In giurisprudenza, tra le varie, Cass. 5 novembre 2015, n. 3098, in «CP», 2016, p. 3373; Cass. 14 luglio 2015, in «CP», 2016, p. 1072; Cass. 26 giugno 2014, n. 36859. Per la qualificazione in termini di condizioni obiettive di punibilità, si rinvia, per tutti, a Manna, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in «RTDPE»,

la ricorrenza del medesimo fatto rispetto al procedimento avente a oggetto l'illecito amministrativo. Invero, la dimensione quantitativa dell'omissione fiscale, benché acquisisca rilievo sul piano giuridico solo in sede penale, non è un dato fattuale presente solo in questo giudizio ed estraneo dunque a quello relativo al corrispondente illecito amministrativo complessivamente considerato, bensì costituisce pur sempre un profilo oggettivo comune a entrambi i procedimenti e, dunque, in quanto tale, incapace di integrare un profilo di differenziazione del loro oggetto storico-fattuale. Volendo, si potrebbe sostenere che il superamento della soglia, piuttosto che integrare un evento naturalistico *stricto sensu*, che, in quanto tale, *si aggiunge* alla condotta (essenzialmente) omissiva di evasione dell'imposta, ne rappresenta esclusivamente una "misurazione": l'omissione-evasione d'imposta è sempre quella e la sua entità rileverà nel solo procedimento penale.

Seguendo la stessa argomentazione, altrettanto potrebbe valere per la specifica modalità di condotta caratterizzante, in ipotesi, l'illecito penale tributario rispetto a quello amministrativo, dal momento che il suo inquadramento ai fini del riscontro dell'*idem factum* appare simile a quello riconosciuto alle soglie di punibilità, nel senso cioè che la dimensione (in questo caso) qualitativa del fatto non sarebbe estranea al procedimento sull'illecito amministrativo, ma in esso non acquisirebbe rilievo.

Pare evidente, allora, come non possa essere assimilato a quello appena descritto il quadro fattuale proprio dei procedimenti relativi alla responsabilità dell'ente, dove "a monte" della violazione tributaria sembrano stagliarsi circostanze profondamente differenti – incentrate, la prima, sulla (mera) posizione contributiva dell'ente e, la seconda, su una sua difettosa organizzazione – che si riflettono sull'oggetto dei procedimenti, mutandone il rispettivo spettro fattuale.

E val la pena precisare come una diversa conclusione non potrebbe poggiare sulla ritenuta estraneità dell'elemento soggettivo al perimetro del *fatto* per come tracciato dal criterio dell'*idem factum*[56].

2000, p. 133. In giurisprudenza, Cass. 16 dicembre 2014, n. 6705; Cass. 26 maggio 2011, n. 25213, in «CP», 2013, p. 285.

[56] Il tema della perimetrazione del fatto nell'ottica dell'*idem factum* involge anche il profilo dell'inclusione in esso dell'elemento psichico. Sulla relativa estraneità non sembrano esservi dubbi in dottrina (per tutti, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2000, p. 1125; e, da ultimo, S. Fasolin, *Conflitti di giurisdizione e* ne bis in idem *europeo*, Padova, 2015, p. 142) e la stessa conclusione parrebbe potersi dedurre sul piano interpretativo anche dalla decisione della Consulta 31.5.2016, n. 200, cit., la quale, pur non prendendo posizione espressamente sul punto, ha posto l'accento sulla dimensione empirica entro cui apprezzare gli elementi della citata triade, prospettiva "obiettiva" e – si direbbe –

Partendo da questo assunto, si dovrebbe mantenere fuori dal perimetro fattuale ogni profilo afferente l'organizzazione della *societas* e i suoi riflessi sull'evento (*ex* art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001), poiché inquadrati sul terreno della *colpevolezza* della *societas* e, dunque, ritenuti appartenenti, almeno secondo le tradizionali categorie del diritto penale individuale, all'elemento soggettivo. Il *fatto* dell'ente, allora, "fotografato" dal *solo* canale di imputazione *oggettiva* del reato individuale (*ex* art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001), a cui si attribuisce la funzione di tradurre nella normativa la teoria dell'immedesimazione organica e dunque di rendere quello stesso fatto come *proprio* della *societas*[57], verrebbe necessariamente a coincidere con quello della persona fisica ossia con la mera violazione tributaria. Con l'effetto di poter ravvisare la piena corrispondenza dei *fatti* oggetto dei due procedimenti *in societatem* e, dunque, di attivare il *ne bis in idem*.

In realtà, è ben chiaro come la colpevolezza organizzativa riempia di contenuto lo stesso fatto tipico e, dunque, si proietti sull'*Unrecht*, prima ancora che sulla *Schuld*. Le ricostruzioni dogmatiche passate velocemente in rassegna, dove la carenza organizzativa è assunta a contributo/condotta

"materiale" dunque, che parrebbe incompatibile con quella "immateriale", implicante un giudizio inevitabilmente soggettivo (almeno fin quando non si disporrà di strumenti di indagine neurologica retrospettiva), tipica del dato psicologico. D'altra parte, il rischio insito nell'opinione contraria sarebbe quello di accordare rilevanza in termini di diversità del fatto nelle ipotesi, ad esempio, di concorso formale di reati dolosi, quando l'agente, autore di un'unica condotta materiale, si sia rappresentato e abbia voluto due diversi reati; conclusione, questa, che striderebbe con la ritenuta *non preclusività* del concorso formale per il riscontro di medesimezza fattuale, convalidata dallo stesso giudice delle leggi nella pronuncia richiamata. Per questi rilievi si veda J. Epifani, Quid de nocte*? Un apparente passo indietro nel dialogo tra Cassazione e Corte costituzionale per la definizione dei rapporti tra concorso formale e divieto di* bis in idem *processuale*, in «AP», 3/2019, pp. 5 ss. Ciò premesso, risulta discutibile il recente arresto della Corte di cassazione che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di un secondo giudizio per lesioni lievi (*ex* art. 582, comma 1, c.p.) avente a oggetto i medesimi elementi fattuali già giudicati in un precedente processo come (frazione della condotta di) maltrattamenti (*ex* art. 572, comma 1, c.p.), ha escluso la ricorrenza dell'*idem* sul presupposto espresso dell'inclusione dell'elemento soggettivo nel perimetro del *factum* (con una sorta di indiretta trasposizione sul terreno processuale della teoria finalistica della condotta), che nel caso di specie distinguerebbe i fatti oggetto dei due giudizi: «ne deriva che, quando si possa distinguere la condotta che ha cagionato le lesioni personali lievi da quella di maltrattamenti, sotto il profilo dell'elemento soggettivo (rinvenendo l'intenzione, anche, di ledere l'integrità fisica della vittima), l'identità del fatto storico viene meno proprio nella individuazione – necessariamente oggettiva e soggettiva – della condotta» (Cass. V, 18 luglio 2018, n. 42599, in«AP», 3/2019, con nota critica di Epifani, op. cit.).

[57] Sul tema, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, per tutti, De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche,* cit., pp. 40 ss.

di natura agevolativa ovvero ad autonomo fatto di reato, danno piena prova di questa intersezione di orbite[58], sicché ogni tentativo di tenerle separate non coglie nel segno.

Posto ciò, occorre indugiare ancora sul punto con l'intento di chiarire l'esatto ruolo del canale imputativo oggettivo, che, concepito quale fondamento organico della responsabilità, invero mal si armonizza con le richiamate ricostruzioni: con quella secondo lo schema concorsuale, in quanto si dovrebbe ammettere la plausibilità di un concorso dell'ente in un fatto proprio; ma anche con le altre, rispetto alle quali si rivelerebbe inutile, attesa la diversità dei fatti (in esse) ascritti al soggetto individuale e a quello collettivo[59].

A ben vedere, per superare l'*impasse*, è possibile fornire una rilettura della teoria dell'immedesimazione organica adeguata al peculiare contesto, riconoscendo nel criterio di imputazione oggettivo (dell'agire criminale di *quei* soggetti nell'interesse o a vantaggio della *societas*), nel quale essa è tradotta, un requisito di pura riferibilità teleologica del crimine all'ente, quale presupposto *personalistico* in senso lato della sua corresponsabilizzazione[60], piuttosto che uno stringente meccanismo di traslazione dello *stesso* fatto penalmente rilevante.

Ritornando conclusivamente sul profilo della medesimezza fattuale, va comunque chiarito come non si possa neanche escludere che la giurisprudenza convenzionale, nel solco della dimensione *flou* che da sempre segna i suoi passi, adotti un approccio alla questione dell'*idem* marcatamente *concreto*, che potremmo chiamare *sintetico-effettuale*[61], finendo per isolare, quale *comune* nucleo *essenziale* dei procedimenti, la vicenda che *sostanzialmente* ne è alla base, ossia la violazione in sé considerata della norma tributaria[62]. In questa ipotesi, e cioè superato

[58] In dottrina, per la sottolineatura di tale aspetto, cfr. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, cit., p. 407, secondo il quale il *deficit* organizzativo, più che la *colpevolezza*, rappresenterebbe propriamente il *fatto* imputabile alla persona giuridica.

[59] Si sofferma su tali profili, ancora, De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, cit., p. 409 in nota, p. 410.

[60] Più precisamente, sul piano *giustificativo* dell'inquadramento del suo apporto come contributo concorsuale ovvero come condotta agevolativa della verificazione dell'evento; oppure, e al di là dell'esigenza *personalistica,* dell'inquadramento dell'evento stesso come condizione obiettiva di punibilità del suo reato di natura omissiva.

[61] Quale indicazione generale, pone l'accento sulla «dimensione unitaria» dell'«esito» dei comportamenti, G. De Francesco, Ne bis in idem: *evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea,* in <*lalegislazionepenale.eu*>*,* luglio 2015, pp. 16 ss.

[62] Peraltro, si segnala come in dottrina prevalga la posizione favorevole circa la presenza

l'ostacolo dell'*idem*, la legittimità del doppio binario dell'ente collettivo sarebbe rimessa, come del resto si verifica per quello in materia di abusi di mercato, al vaglio degli indici dimostrativi della conformità del sistema normativo alla garanzia richiamati all'inizio dell'indagine. Sarà, dunque, nostra cura ricomprendere nello spettro della riflessione finale sul *test* di connessione dei procedimenti *in societatem* anche il doppio binario in materia fiscale.

4.1. *Strumenti risolutivi "a valle" alternativi al* ne bis in idem *europeo*

Se si conviene che il *ne bis in idem* europeo non trovi spazio, mancando un suo indispensabile presupposto operativo, vale a dire l'*idem*, la ricerca di soluzioni al *dupliciter* che incombe sull'ente in materia fiscale dovrà percorrere altri itinerari.

Si è detto del venir meno della ragione alla base della previsione di cui all'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000, a fronte dell'ingresso del reato tributario nel novero di quelli presupposto della responsabilità dell'ente *ex* d.lgs. n. 231 del 2001. È, dunque, altrettanto priva di una reale ragione, se non quella di determinare un appesantimento del carico sanzionatorio sull'ente, si rivela la previsione dell'art. 7 d.lgs. n. 269 del 2003 quando si è presenza di un illecito penale per il quale la persona giuridica debba già rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001.

Un varco, quindi, potrebbe essere aperto dal principio di proporzione: attraverso la previsione di meccanismi di compensazione sanzionatoria della specie di quelli già introdotti in materia di abusi di mercato benché sulla scorta dell'ultima giurisprudenza europea sul *ne bis in idem*, dove pure la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria svolge –

del requisito della medesimezza fattuale (e, più in generale, dei presupposti necessari per una problematizzazione in termini di *ne bis in idem*). Cfr., in ordine di tempo, S. Cavallini, A. Ingrassia, *Brevi riflessioni sulla relazione tra il D.LGS: 231/2001 e i reati tributari:* poenae non sunt multiplicanda sine necessitate, in «RASE», 3/2016, p. 113; C. Santoriello, *Il* ne bis in idem *nel processo verso le società. Un problema da porsi*, in «RASE», 4/2019, p. 17; P. Ielo, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, in «RASE», 1/2020, pp. 18 ss.; Dell'Osso, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario: spunti critici sul cd. decreto fiscale*, cit. 330 ss.; F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema*, in «SP», 7/2020, sez spec. Atti del webinar "*Tax compliance*, responsabilità degli enti e reati tributari. Una riflessione alla luce della legge n.157 del 2019" (15 maggio 2020), p. 178. *Contra*, invece, Consulich, *L'ente alla Corte. Il D.LGS. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, cit., 41 e D. Piva, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel ma non di sistema*, in «DPC-RT», 3, pp. 278 ss.

come anticipato – un ruolo significativo[63]; oppure attraverso un autonomo giudizio di illegittima costituzionale avente a oggetto la scelta legislativa doppiamente punitiva[64].

Le due prospettive potrebbero in qualche modo riunirsi nella proposta, avanzata in dottrina, di sollevare una questione di illegittimità costituzionale della norma che disciplina la compensazione sanzionatoria in materia di abusi di mercato, ossia l'art. 187 *terdecies* t.u.f., in quanto non estendibile agli enti in materia fiscale, sul presupposto, tuttavia, che in entrambe le materie sarebbe violato il *ne bis in idem*[65]. Proposta che, a nostro modo di vedere, rimane valida anche se si concorda sull'assenza dei requisiti necessari per collocare la problematica sul terreno del *ne bis in idem*, potendosi fondare la richiesta di illegittimità costituzionale della disposizione del t.u.f. sull'esigenza, comune a entrambi i settori, di proporzione sanzionatoria *tout court*; esigenza appagata in un caso dalla previsione di cui si contesta la legittimità sul piano del raggio applicativo e rimasta priva di risposta nell'altro.

Peraltro, in quest'ultima direzione di senso e assumendo a referente del giudizio lo stesso doppio binario fiscale, la materia degli abusi di mercato attraverso il suo strumento di compensazione sanzionatoria potrebbe assurgere a *tertium comparationis* satisfattivo della necessità "sostitutiva" della sanzione assunta come sproporzionata. È noto infatti come il giudice delle leggi abbia assegnato al principio di proporzione un ruolo fondativo del giudizio autosufficiente, ossia emancipato dallo schema di giudizio triadico della ragionevolezza-eguaglianza, ma, al contempo, per evitare lo sconfinamento del suo intervento nel merito della scelta politico-criminale, abbia comunque riconosciuto la necessità di individuare dei *tertia comparationis* ai fini della (successiva) "sostituzione" della cornice

[63] L'esigenza di «evitare un eccesso nella risposta sanzionatoria» diretta all'ente attraverso meccanismi di coordinamento ispirati al *ne bis in idem* europeo viene in rilievo anche nella Relazione del Massimario della Corte di cassazione sull'innovazione normativa in esame: così Relazione su novità normativa – La legge 19 dicembre 2019, n. 157 di conversione del decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124, "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili": Profili penalistici, Rel. 3/20, Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale, 9 gennaio 2020, 32.

[64] Sottolinea la tensione col principio di proporzionalità sanzionatoria e, con essa, la conseguente proponibilità di una questione di illegittimità costituzionale Piergallini, *La riforma dei reati tributari*, cit., 224, la quale rimarca la significatività a questi fini della decisione della Consulta n. 112 del 2019.

[65] Così, R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in «SP», 3/2020, p. 220 e p. 226.

edittale sproporzionata con altra già rinvenibile nel sistema legislativo[66].

4.2. *Strumenti risolutivi "a monte"*

Se finora la ricerca di soluzioni si è, per così dire, orientata "a valle", non si deve dimenticare come il *ne bis in idem*, nella sua versione sostanziale, possa offrire delle prestazioni "a monte".

Facciamo un passo indietro e guardiamo al *factum* dell'ente in una prospettiva diversa da quella disgiunta, calibrata cioè sull'angolo visuale proprio dei due procedimenti, finora presa in considerazione. Ancora in estrema sintesi, possiamo dire di essere al cospetto di un *fatto unitario* consistente *nell'aver mancato di prevenire la violazione tributaria*, rilevando come su di esso convergano due disposizioni sanzionatorie: una, relativa al fatto complessivamente considerato, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001; l'altra, riferita all'ultimo segmento del fatto, ai sensi della normativa fiscale.

Il tracciato evoca in qualche modo la fisionomia della figura del reato complesso, la cui disciplina non è tuttavia riproposta all'interno della disciplina generale dell'illecito amministrativo dettata dalla l. n. 689 del 1981, ma si lascia agevolmente inquadrare come ipotesi riconducibile

[66] Sul cammino ascendente del principio di proporzione, da ultimo, Manes, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in *La legge penale illegittima*, V. Manes, V. Napoleoni, Torino, 2019, 364, il quale indica come tappe fondamentali del nuovo approccio la pronuncia n. 236 del 2016 sul minimo di pena del delitto di alterazione di stato (su tale decisione cfr. inoltre F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in «DPC-RT», 2, 2017, 61 ss.; E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in «RIDPP», 2016, pp. 1956 ss; Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in «DPC-RT», 2/2017, p. 48;), dove il *tertium comparationis* non è più «*starting point* del vaglio di proporzionalità» ma solo «mero "sostitutivo sanzionatorio"», benché pur sempre un «*limite* apposto al sindacato della Corte», e la pronuncia n. 222 del 2018 sulla pena accessoria fissa del delitto di bancarotta fraudolenta (su tale decisione cfr. inoltre P. Pisa, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo riformatore della Corte costituzionale*, in «DPP», 2019, pp. 216 ss.; Bartoli, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in «GC», 2018, 2566 ss.), nella quale si prescinde dalla (prima richiesta) presenza nel sistema di un'unica soluzione costituzionalmente vincolata capace di sostituirsi a quella illegittima ovvero di una fattispecie «immediatamente trasponibile» e ci si accontenta che il sistema fornisca punti di riferimento già rinvenibili nel sistema legislativo ovvero soluzioni già esistenti ancorché non costituzionalmente obbligate. Da ultimo, per un tentativo di applicazione di tale metodologia ai minimi edittali della fattispecie di omicidio stradale nei commi 2, 3, 4, 5 dell'art. 589 *bis* c.p., Piergallini, *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli self restraint e imbarazzati silenzi*, in «GC», 2019, pp. 1210 ss.

all'area della specialità tra fattispecie[67]. Limitando l'indagine, per ragioni di praticabilità giurisprudenziale[68], a quest'area, è evidente come la sua rilevanza sia subordinata all'assenza nel comparto sanzionatorio in esame di un'espressa deroga al principio di specialità, per come stabilito dall'art. 9 l. n. 689 del 1981 in relazione alle disposizioni – quali solo quelle in esame – che prevedono una pluralità di sanzioni amministrative; e sempre che un tale deroga non la si possa comunque ricavare per mezzo di una lettura sistematica.

In effetti, né il d.lgs. n. 231 del 2001 né le normative rilevanti ai fini della responsabilità dell'ente da illecito amministrativo contemplano espressamente o implicitamente una deroga all'art. 9 l. n. 689 del 1981[69]. Sicché l'unico ostacolo positivo che può frapporsi all'utilizzo di questo strumento attiene allo stesso ambito applicativo della l. n. 689 del 1981 ovvero alla riconducibilità in esso delle coppie sanzionatorie sorte dalla combinazione del decreto del 2001 con l'art. 7 del d.lgs. n. 269 del 2003 e con l'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 74 del 2000.

Com'è noto l'art. 12 l. n. 689 del 1981 delimita il perimetro operativo della legge, più precisamente delle «(..) disposizioni di questo Capo»[70],

[67] Cfr., per tutti, nella manualistica, T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2017, p. 449; Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2019, p. 399.

[68] La giurisprudenza adotta infatti, rispetto al tema del concorso di illeciti, in maniera del tutto prevalente, l'approccio monistico facente leva sul criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p., dove la logica del *ne bis in idem* si sposa con quella della *tipicità.* Cfr., per tutte, Cass. SU, 23 febbraio 2017, n. 20664, con commento di S. Finocchiaro, *Il buio oltre la specialità. Le sezioni unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in «DPC-RT», 5/2017, pp. 344 ss. E con specifico riferimento ai rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo, Cass. SU, 28 ottobre 2010, n. 1963, con commento di Vallini, *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a* sequestro, in «DPP» 7/2011, p. 848; la cui *regula iuris* è stata poi ribadita da Cass. Sez. I, 9 marzo 2017, n.13937, in «GD», 2017, p. 24, p. 60.

[69] Il d.lgs. n. 472 del 1997, contenente le disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, pur avendo ricondotto l'illecito tributario ai principi (di derivazione penalistica) stabiliti dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, non ha riproposto al suo interno il principio di specialità (successivamente ribadito nel d.lgs. n. 74 del 2000 con riferimento al rapporto tra illecito penale e illecito amministrativo) e tantomeno una deroga al medesimo. Ciò nonostante, il principio può considerarsi operativo anche in questo ambito (dunque, con riferimento al rapporto tra illeciti amministrativi) in ragione della regolamentazione generale della sanzione amministrativa di cui alla legge del 1981, rispetto alla quale la sanzione amministrativa tributaria rappresenta una tipologia. Così, R. Miceli, voce *Sanzioni amministrative tributarie*, in «ET», 2014.

[70] Sulla non impeccabile collocazione della disposizione si veda F. Lambertucci, *Art.12*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, F. C. Palazzo, C.E. Paliero, Padova,

alle «(…) violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale».

Da qui un possibile bivio ermeneutico, a seconda che si ritengano o meno escluse dalla portata dell'art. 9 quelle violazioni punite *anche* (*ma non solo*) con la sanzione amministrativa pecuniaria, com'è nel nostro caso, in cui si prevedono *pure* sanzioni interdittive.

Se, per un verso, si può ritenere che la prima opzione interpretativa farebbe dire troppo a una disposizione definitoria che, stando al dettato letterale, sembra circoscrivere lo spettro della propria regolamentazione agli illeciti sanzionati in via pecuniaria *tout court*; per altro verso, l'opzione inclusiva potrebbe comportare delle conseguenze quantomeno singolari, laddove si assumessero gli effetti propri della specialità come limitati alla sola tipologia di sanzione richiamata dalla medesima disposizione, così da circoscrivere l'inoperatività della norma generale alla *sola* sanzione pecuniaria in essa prevista.

Esclusa la plausibilità di quest'ultima ipotesi in ragione della pertinenza del criterio della specialità alle *norme* in quanto tali, di modo che la prevalenza di quella speciale – e la correlativa soccombenza di quella generale – non potrebbe giammai conoscere eccezioni con riferimento a taluni effetti giuridici, occorre ora vagliare la sussistenza di una tale relazione tra fattispecie di illecito, la cui struttura, almeno per quel che riguarda la responsabilità da reato dell'ente, non è immediatamente definita dal legislatore, ma è, come si è visto, la risultante di un processo di astrazione che muove dall'incontro di più norme.

Proseguendo, si potrebbe concludere che la fattispecie di illecito dell'ente, come delineata dal legislatore del 2001, presenta, in ragione della richiesta di profili di connessione col reato della persona fisica ulteriori rispetto alla semplice condizione dell'ente quale titolare del rapporto fiscale, una maggiore caratterizzazione strutturale e dunque, volendo, degli elementi specializzanti, i quali fanno da *pendant* con quelli, pur sempre rilevanti, già ravvisati nello stesso evento-reato fiscale rispetto al corrispondente illecito amministrativo.

Verrebbe in tal modo sancita la prevalenza della responsabilità dell'ente da reato, con l'esclusiva applicazione delle relative sanzioni pecuniarie e interdittive, senza però l'operatività del meccanismo di coordinamento

2007, 1002, il quale osserva come tra i principi generali dell'illecito amministrativo debbano essere ricompresi non solo quelli a carattere *sostanziale* della Sezione I che con l'art. 12 si chiude, ma evidentemente, nel rispetto dello stesso tenore letterale della norma, anche quelli processuali contenuti nella Sezione II del medesimo capo.

tra procedimenti di cui all'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000, vigente nel solo diritto penale tributario delle persone fisiche. E dunque con la necessità di instaurare dei canali di dialogo tra le rispettive autorità per evitare lo sviluppo *bi*-procedimentale e, in ogni caso, l'applicazione di entrambe le fattispecie.

5. Test *di connessione e doppio binario punitivo* metaindividuale*: spunti di riflessione*

L'oramai comune sottolineatura di evanescenza del *test* europeo di compatibilità del doppio binario sanzionatorio[71] suggerisce di non sbilanciarsi nella previsione dei suoi esiti e dunque di procedere con grande cautela nel tentativo di misurarsi con sue simulazioni. Del resto, l'elasticità e la malleabilità dei parametri che governano la verifica hanno consentito, come sopra evidenziato, alla giurisprudenza interna, in controtendenza con quella più recente delle corti europee, di elaborarne, ad ora, uno statuto incentrato sulle *performances* assicurate dal metro della proporzionalità sanzionatoria, con l'effetto di configurare una sorta di rimedio *in action* alla presunta irrazionalità dei sistemi "a doppio binario", rimesso nelle mani del giudice.

Spostandoci nella prospettiva metaindividuale e dando per scontata la soddisfazione del requisito convenzionale della *prevedibilità del doppio procedimento*, nonché di quello più strettamente eurounitario dell'*interesse pubblico* sotteso alla normativa, il primo momento di confronto è rappresentato dall'indice, comune al metodo di entrambe le Corti europee, della *complementarietà teleologica dei procedimenti*, di cui pure immediatamente risalta la marcata elasticità già apprezzabile con riferimento alla giurisprudenza formatasi sui doppi binari individuali (e di cui peraltro non si è mancato di evidenziare degli intrinseci tratti problematici[72]).

Se nel ragionamento del giudice di Lussemburgo il requisito è ridotto a una sorta di simulacro, risultando automaticamente soddisfatto dall'immanente diversa gravità degli illeciti oggetto dei procedimenti[73], nella riflessione della Corte EDU gli è riconosciuto un ruolo effettivamente condizionante. Prova ne è la già richiamata decisione *Nodet c. Francia* del 6.6.2019, con oggetto una vicenda giudiziaria generata dall'applicazione del sistema sanzionatorio francese in materia di abusi di mercato *sub forma* di sua manipolazione (già colpito da una declaratoria di illegittimità del

[71] Cfr., da ultimo e per tutti, Bin, *Anatomia del* ne bis in idem, cit., pp. 25 ss., e bibliografia ivi richiamata.

[72] Cfr., ancora, L. Bin, *Anatomia del* ne bis in idem, cit., p. 29.

[73] CoGUE, *Menci*, cit. §45; CoGUE, *Garlsson Real Estate*, cit., §47; CoGUE, *Di Puma c. Zecca*, cit., §42, dove si richiama la decisione *Garlsson Real Estate*. Per una sottolineatura del carattere tautologico della posizione della Corte di giustizia, M. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in «Le Società», 2019, 543.

Conseil Costitutionel del 18.3.2015 relativamente all'illecito di *insider trading* e poi riformato con l. n. 2016-819del 21.6.2016), anch'esso, come quello italiano, "a doppio binario" cumulativo.

Il giudice di Strasburgo, nell'attuare il *test*, ha ravvisato l'assenza di uno stretto legame procedimentale, oltre che sul piano del *coordinamento in materia probatoria* e su quello *temporale*, sul piano *teleologico*, facendo in particolare leva sulla sottolineata funzionalità di entrambi i procedimenti alla repressione degli stessi elementi di dannosità del fatto illecito, in essi definito e qualificato in maniera identica, e alla tutela dei medesimi interessi sociali[74]. Caratteristiche, queste, che, riconducibili alla sostanziale identità strutturale dei due illeciti, sono fondamentalmente rinvenibili anche nel sistema degli abusi di mercato italiano, pure nella sua versione metaindividuale.

Ad indiziare nel senso di una possibile differenziazione tra la materia fiscale e quella degli abusi di mercato[75] è la, invece, costantemente riconosciuta alterità di obiettivi in sede tributaria, con conseguente complementarità teleologica tra procedimenti. In particolare, la *Grande Chambre*, nella decisione *A e B c. Norvegia* ha rilevato, in relazione al doppio binario fiscale norvegese, una chiara asimmetria finalistica – un obiettivo dissuasivo/compensativo (rispetto agli sforzi profusi dall'amministrazione per scoprire e sanzionare l'illecito) per la sanzione amministrativa, un obiettivo repressivo per quella penale –, facendo leva tra l'altro, in coerenza con la stessa formalizzazione dell'indice in esame[76], sulla *peculiarità* della condotta penalmente sanzionata, caratterizzata da «un élément additionnel de fraude délictueuse»[77].

D'altra parte, va riconosciuto come in quest'ultima decisione, a rigore, la diversa caratterizzazione dei due illeciti sia stata colta sul piano del solo giudizio di colpevolezza e non a fronte di un'assente particolare *modalità* dell'agire penalmente rilevante aggiuntiva rispetto a quanto richiesto ai fini dell'integrazione dell'illecito amministrativo (in questo senso, il riferimento alla *frode* dovrebbe acquisire nella pronuncia un significato esclusivamente soggettivo), secondo dunque una prospettiva che ben potrebbe interessare

[74] CoEDU, *Nodet c. Francia*, 6.6.2019, § 48.

[75] Cfr. Scoletta, *Il* ne bis in idem *"preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato*, in <*www.penalecontemporaneo.it*>, 17 giugno 2019, p. 3.

[76] CoEDU, *A. e B. c. Norvegia*, cit., § 132: «le point de savoir si les différentes procédures visent des buts complémentaires et concernent ainsi, non seulement *in abstracto* mais aussi *in concreto*, des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société en cause».

[77] CoEDU, *A. e B. c. Norvegia*, cit., §144.

gli stessi abusi di mercato, così sancendone la compatibilità con l'indice in esame. Ciò del resto pare confermato dalla nostra Corte di Cassazione la quale, nella decisione più evoluta in materia[78], ha derivato l'affermata complementarietà teleologica dei procedimenti insistenti su un fatto di *insider trading* dai diversi aspetti delle corrispondenti fattispecie individuabili nella differente rilevanza della condotta antisociale sul piano dell'elemento psicologico e dunque del giudizio di colpevolezza. In particolare, il giudizio di colpevolezza circa l'illecito amministrativo, come confermato dalla stessa giurisprudenza[79], sarebbe fondato esclusivamente sulla *suitas* della condotta inosservante, gravando sul trasgressore, in ragione della presunzione di colpevolezza posta dall'art. 3 L. n. 689 del 1981, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza. Ciò che, unitamente all'equiparazione, per l'illecito amministrativo, del tentativo alla consumazione, evidenzierebbe «una più marcata finalizzazione dell'illecito amministrativo alla tutela oggettiva del mercato e della fiducia degli investitori», bene comune all'illecito penale, la cui tutela però, su questo piano, si arricchirebbe di «ulteriori finalizzazioni tipiche della sanzione penale», in particolare, quella special-preventiva[80].

Toccata dunque con mano la flessibilità del parametro teleologico, che si presta evidentemente a legittimare al tempo stesso operazioni interpretative salvifiche e invalidanti i doppi binari, ci si avvede di come le conclusioni raggiunte dalla nostra giurisprudenza non siano trasponibili in ambito metaindividuale, dove la colpevolezza dell'ente da illecito amministrativo di abuso di mercato e quella da reato non presentano, nella prospettiva di cui ora si è detto, elementi di differenziazione.

Diversamente, l'idea della complementarietà teleologica dovrebbe poter attecchire sul terreno della responsabilità dell'ente da illecito tributario, ma non in ragione del rilievo di destinazione compensativa delle spese formulato dalla *Grande Chambre* in relazione alla sanzione amministrativa del sistema norvegese, che non pare riferibile al nostro sistema[81]. Piuttosto, ai fini della

[78] Cass. V, 31 ottobre 2018, n. 49869, cit.

[79] Viene richiamata la sentenza delle Sezioni Unite civili della Corte n. 20930 del 30.9.2009 in tema di violazione dell'art. 190 t.u.f., il cui principio di diritto è stato successivamente ribadito da Cass. civ. Sez. II, 4 dicembre 2013, n. 27225, in tema di violazione dell'art. 187 *bis*, comma 4, t.u.f.

[80] Cass. V, 31 ottobre 2018, n. 49869, cit.

[81] Così G. Melis, M. Golisano, *Il livello di implementazione del principio del* ne bis in idem *nel processo tributario*, in «RTDT», 3/2020, p. 590, i quali sottolineano come le sanzioni tributarie non abbiano alcuna funzione compensatoria dei costi dell'attività di accertamento, che restano pacificamente a carico della fiscalità generale, diversamente da

distinzione finalistica, potrebbe valere la diversa forma delle responsabilità dell'ente, nel senso che quella da illecito amministrativo, essendo priva di un nesso di ascrizione soggettiva, si rivelerebbe funzionale a una tutela obiettiva dell'interesse erariale ovvero a una finalità puramente riscossiva. E per di più, dall'altro lato, attesa la specificità della disciplina dettata dal d.lgs. n. 231 del 2001, si può ben dire che lo spettro teleologico del procedimento sulla responsabilità da reato dell'ente, in ragione del fatto a cui attiene, risulta arricchito di una finalità strettamente rieducativa, funzionale a incentivare la *ri*-organizzazione della prevenzione del reato, testimoniata dalle previsioni del decreto che "premiano" l'eliminazione delle carenze organizzative (artt. 12, 17, 49 e 78 d.lgs. 231/2001)[82].

Riguardo al *coordinamento dei due procedimenti*, parametro che nell'argomentazione della Corte EDU si esemplifica nel riferimento alla conduzione degli stessi in modo da evitare, per quanto possibile, duplicazioni nella raccolta e nella valutazione della prova, la riflessione deve muovere dal riconoscimento normativo dell'assimilazione della posizione processuale dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 (art. 35) a quella dell'imputato, così da poter convalidare sul piano metaindividuale le argomentazioni sorte con riferimento al doppio binario individuale.

In materia di abusi di mercato la tesi favorevole alla sussistenza della connessione, sostenuta tra l'altro dalla Suprema corte nella stessa decisione richiamata circa l'indice della complementarietà teleologica[83], si basa su una serie di elementi a tal fine significativi: l'attribuzione alla Consob, nel procedimento penale, dei diritti e delle facoltà riconosciuti agli enti e alle associazioni rappresentative degli interessi lesi dal reato (*ex* art. 187 *undecies* t.u.f.); l'attribuzione alla Consob di poteri di indagine previa autorizzazione del Procuratore della Repubblica (*ex* art. 187 *octies*, comma 5, t.u.f.); i rapporti tra autorità giudiziaria e Consob per come regolati, in specie dall'art. 187 *decies* t.u.f., con particolare riferimento allo scambio di informazioni funzionali all'accertamento degli illeciti; il consolidato orientamento della Corte medesima circa l'utilizzabilità delle relazioni ispettive dei funzionari della Consob ai fini di prova, relativamente alle parti concernenti il rilevamento dei dati oggettivi sull'andamento delle sedute di borsa ed al contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli intermediari.

quanto avviene per l'attività di riscossione, finanziata con l'aggio.

[82] Per quest'ultima notazione, Piva, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non) di sistema*, cit., p. 280.

[83] Cass. Sez. V, 31 ottobre 2018, n. 49869, cit.; in dottrina, E. Fusco, G. Baggio, *Recenti pronunce in materia di* market abuse, in «DPC-RT», fasc. 1/2019, p. 70.

D'altra parte, non si è mancato di segnalare come la descritta unitarietà della complessiva procedura sottenda il nodo dell'*utilizzabilità* processual-penalistica di elementi probatori acquisiti senza l'osservanza delle prescrizioni del codice di rito, col paradosso che, sotto l'egida dell'integrazione procedimentale, funzionale alla garanzia del *ne bis in idem*, rischierebbero di essere aggirati i capisaldi di garanzia in materia di prova a danno dell'imputato[84].

Nel settore tributario, come evidenziato dallo stesso giudice delle leggi in un *obiter dictum* di una decisione di inammissibilità relativa a una (nuova) questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. (per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4, Prot. 7, CEDU e per contrasto con l'art. 3 Cost., declinato come principio di ragionevolezza intrinseca dell'ordinamento)[85], rilevano i previsti obblighi comunicativi degli illeciti a carico delle autorità volti ad assicurare la contestualità dell'avvio dei due procedimenti[86], utili pertanto anche nell'ottica della connessione temporale, e soprattutto la sostanziale condivisione dell'attività di raccolta delle prove (le risultanze delle verifiche amministrative sono tenute presenti nel processo penale e viceversa)[87], alla quale però – occorre aggiungere – fa da contraltare

[84] Basile, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in «DPC-RT», 5/2017, pp. 280 ss., il quale osserva come ciò appunto si abbia quando, attraverso la lettura estensiva resa dalla giurisprudenza in materia di abusi di mercato (Cfr. Cass. Sez. V, 8 novembre 2012, cit, secondo cui «le relazioni ispettive dei funzionari della CONSOB sono utilizzabili ai fini di prova relativamente alle parti riguardanti il rilevamento dei dati oggettivi sull'andamento delle sedute di borsa ed al contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli intermediari».), vengono consentite deroghe all'art. 220 disp. att. c.p.p., ammettendo che «veri e propri *apprezzamenti* circa l'illiceità dei fatti (e non mere *constatazioni di dati obiettivi*)», provenienti dal procedimento sull'illecito amministrativo condotto dall'Autorità di vigilanza, possano entrare, in via quasi automatica, nel compendio probatorio alla base del vaglio penalistico dell'*idem factum*.

[85] C. cost., 15 luglio 2019, n. 222, per la quale si veda Scoletta, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del* ne bis in idem *europeo*, in «GC» 2019, pp. 2608 ss.

[86] Ai sensi degli artt. 331 c.p.p., 36 D.P.R. 600/2973 e 14, comma 4, L. 537/1993 (come modificato dall'art. 1, comma 141, L. 208/2015).

[87] Cfr., sul piano normativo, gli artt. 63, comma 1, DPR 633/1972 e 33, comma 3, DPR 600/1973; e gli artt. 234 o 238-bis c.p.p. e 220 delle relative norme di attuazione, di coordinamento e transitorie. Per la sottolineatura di tale aspetto in dottrina, F. M. Magnelli, *Sulla (in)compatibilità del sistema repressivo degli illeciti fiscali con lo statuto transnazionale del* ne bis in idem: *tra proporzionalità e 231*, in «GP», 2/2019, pp. 6 ss.; Piva, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non) di sistema*, cit., p. 281, che riporta vari riscontri giurisprudenziali; F. Colaianni, M. Monza, *Il problema del "conflitto" tra* ne bis in idem *"internazionale" e doppio binario tributario. La*

il dato per cui il giudicato nell'uno non fa stato nell'altro procedimento, tant'è che non di rado le due autorità giungono a conclusioni diverse[88].

Ad ogni modo e in via generale, se si prescinde dalla locuzione («autant que possibile») con cui il giudice di Strasburgo lo introduce[89], che ne rende sfumati gli effetti ovvero impedisce una loro enfatizzazione, è innegabile come tale indice sconti l'intrinseca e insuperabile diversità del criterio valutativo del *penale* (ispirato al più rigoroso *al di là di ogni ragionevole dubbio*), ineludibilmente destinato a sovrapporsi a quello adottato nel settore amministrativo[90].

Riguardo all'indice di connessione temporale[91], rilevante solo nella giurisprudenza convenzionale – è questo, in concreto, il profilo di divergenza più significativo negli approcci tra le due Corti europee – ed evidentemente di difficile perimetrazione, come del resto già è dato registrare ponendo al confronto alcune decisioni[92], non si può tacere il rischio di censura che ad

parabola del principio verso l'eclisse?, in «RTDT», 2/2017, p. 39; F. Gallo, *Il* ne bis in idem *in campo tributario: un esempio per riflettere sul "ruolo" delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in «RT», 2017, p. 923; G. Melis, Ne bis in idem *con il nodo della connessione*, in *Norme e tributi*, *Il sole 24 ore*, 15.10.2017. Da ultimo, per ulteriori approfondimenti, G. Melis, M. Golisano, *Il livello di implementazione del principio del* ne bis in idem *nel processo tributario*, cit., pp. 598 ss.

[88] Per tale rilievo, cfr., in particolare, M. Tortorelli, *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in «AP», 2018, p. 10; F. Colaianni, M. Monza, op. cit., p. 39; Melis, op. cit.; Gallo, op. cit.; e, da ultimo, G. Melis, M. Golisano, *Il livello di implementazione del principio del* ne bis in idem *nel processo tributario*, cit., pp. 604 ss. Si soffermano sull'autonomia dei due giudicati, anche con dovizie di riferimenti giurisprudenziali, A. Comelli, *Rapporti tra procedimento penale e processo tributario*, in, *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., pp. 676 ss. e P. Rivello, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del* ne bis in idem, in«DPC-RT», 1/2018, pp. 110 ss.

[89] CoEDU, *A. e B. c. Norvegia*, cit., §132.

[90] Lo rimarca immediatamente il giudice Pinto de Albuquerque nella *dissenting opinion* espressa nell'ambito della decisione *A. e B. c. Norvegia.*

[91] Anch'esso, così come l'indice di proporzione sanzionatoria, additato a esempio di trasfigurazione del *ne bis in idem*: in particolare, in questo caso, il principio fungerebbe da «improprio rimedio contro l'eccessiva durata del procedimento che "sopravvive" alla definizione del primo». Così, Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, cit., p. 2.

[92] Particolarmente significativa pare l'indicazione restrittiva fornita dalla CoEDU nella decisione *Bjarni Armannsson c. Islanda*, 16.4.2019, che si discosta dall'apprezzamento invece favorevole della decisione *A* e *B. c. Norvegia*, nonostante le rispettive vicende procedimentali presentassero coordinate temporali simili. In particolare, i due procedimenti islandesi avevano coperto nel complesso un arco di circa quattro anni e dieci mesi, svolgendosi in contemporanea per pochi mesi; e il procedimento penale era andato avanti per

esso si accompagna, attesa l'identificazione di uno dei mali della giustizia italiana con la lunghezza dei relativi procedimenti e tenuto conto della riconosciuta sufficienza della mancata soddisfazione di uno solo degli indici del *test* perché si abbia un generale difetto di connessione[93].

5.1. *La* sanzione integrata *per l'ente*

Dallo *standard* europeo di proporzionalità filtrato dal *ne bis in idem* discende il dovere di prendere in considerazione la sanzione irrogata nel primo procedimento nell'opera di determinazione della sanzione da irrogare nel secondo. Consapevoli della intuibile difficoltà che connota tale opera, cerchiamo di individuare la logica che dovrebbe governarla e, senza poter entrare troppo nel dettaglio, di definirne una cornice concettuale coerente con il contesto argomentativo in cui ha preso forma e si è sviluppata l'esigenza di proporzionalità sanzionatoria interna al principio.

Il riscontro della connessione procedimentale, quale connotato legittimante il doppio binario, risponde invero a una precisa idea di fondo: *laddove v'è integrazione tra i due procedimenti è esclusa la duplicazione del peso proprio di ciascuno dei due, che reifica la violazione del diritto fondamentale*. Sono figli di questa "filosofia" i principali indici dei *test* euroconvenzionali[94], compreso quello della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria.

Posto ciò, la *sanzione complessiva proporzionata* non potrà, allora, che presentarsi come una *sanzione integrata*, a composizione bifronte, in cui ciascuna porzione (amministrativa e penale) è deputata a fotografare le prerogative del proprio illecito, non essendo ammissibile la loro sovrapposizione per i profili comuni, la quale determinerebbe quella

soli, si direbbe, due anni dalla conclusione di quello avente a oggetto l'illecito amministrativo. Nella vicenda norvegese l'arco temporale dei due procedimenti era stato di circa cinque anni e i procedimenti penali erano continuati per due anni dopo la conclusione in via definitiva del procedimento tributario. Da ultimo, nella decisione CoEDU, *Velkov c. Bulgarie*, 21.7.2020, si è ritenuto determinante nel senso della disconnessione temporale il prolungamento del procedimento penale per due anni e quattro mesi rispetto alla data di chiusura di quello con oggetto l'illecito amministrativo.

[93] Per tutte, CoEDU, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, 18.5.2017, §§ 51 ss.

[94] È espressamente così per la raccolta e la valutazione delle prove. È fondamentalmente così per i profili teleologici dei procedimenti, dove si vuole che le finalità non si cumulino, ma si integrino. Possiamo sostenere che sia così anche per l'indice cronologico, atteso il collegamento logico tra duplicazione e estensione temporale.

duplicazione che si vuole evitare[95].

Per dare attuazione a tale progetto, il giudice penale, di solito interveniente per secondo, dispone in ambito *individuale* dell'art. 133 c.p., norma che, attraverso innanzitutto il riferimento al *precedente giudiziario*, permette di rivolgere lo sguardo al passato, ossia a quanto avvenuto nel primo procedimento, perché il giudice *possa tenerne conto*[96]. Ma ciò non basta. In assenza di un'àncora concettuale, l'intervento *in proportionem* del giudice in sede di commisurazione della pena risulterebbe fondamentalmente *vinculis solutus* (ovvero significativo di una valutazione di stampo equitativo, condizionata unicamente dalla finalità rieducativa che deve connotare la pena). A restringere questo "spazio libero" provvede la gamma criteriale della *gravità del reato*, la quale, fornita dalla medesima disposizione codicistica, consente di cogliere la specificità dell'illecito penale e dunque di giustificare il *quantum* aggiuntivo di penalità da corrispondere nella definizione del trattamento sanzionatorio: una *quota punitiva addizionale*, che cioè si aggiunge alla sanzione amministrativa (sostanzialmente penale) e che corrisponde a quello specifico profilo di disvalore del reato, come tale assente nella fattispecie di illecito amministrativo e dunque non "coperto" dalla relativa sanzione già irrogata.

I tratti essenziali di questa impostazione possono rinvenirsi nelle premesse argomentative della giurisprudenza di legittimità, la quale assume il *disvalore del fatto* «da apprezzarsi con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti (…)» a parametro di valutazione della proporzionalità del cumulo[97].

Trasponendo le richiamate coordinate teoriche nella sfera metaindividuale, ci si avvede di come le coppie di fattispecie assunte a volàno della nostra riflessione, presentino elementi capaci di diversificare il disvalore degli illeciti. A svolgere tale ruolo, così giustificando l'applicazione di un *quantum* punitivo aggiuntivo, commisurato secondo il peculiare sistema *pro quota*, è la diversa qualificazione giuridica dell'evento interno all'illecito complesso dell'ente *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, vale a dire la più qualificata origine della corrispondente responsabilità, che si radica in un illecito penale e non amministrativo.

[95] Per un richiamo a un'analoga direzione di senso, cfr. M. Scoletta, *Abusi di mercato e* ne bis in idem*: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in «Le Società», 5/2019, p. 545.

[96] Per una proposta di lettura in questa prospettiva dell'indice dei precedenti giudiziari sia consentito rinviare a A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi,* ne bis in idem *e proporzionalità*, in «RIDPP», 2017, p. 1083.

[97] Cass. Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, cit.

Pertanto, in materia di abusi di mercato, il delta differenziale di maggior disvalore, che di per sé dovrebbe distinguere la responsabilità da reato *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 da quella da illecito amministrativo *ex* art. 187 *quinquies* t.u.f., deriva dalla diversa *gravità del fatto* – criterio di commisurazione della sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001 –, atteso che nel primo caso non si è adeguatamente prevenuto ovvero si è agevolato un reato e nel secondo un illecito amministrativo.

Nel dettaglio, rispetto a questo settore, il compito è invero già assolto dalla prescrizione dell'art. 187 *terdecies* t.u.f., e in particolare, data la tipologia di sanzione prevista (pecuniaria da ambo i lati), dalla disciplina dettata alla lett. b, con conseguente *scomputo* della sanzione pecuniaria, nel quale dovrebbe concretizzarsi il progetto di sanzione integrata per come tratteggiato, potendosi concepire la quota di sanzione residuata dalla sottrazione di quella amministrativa già riscossa come espressiva del maggior disvalore immanente nell'illecito penale.

Va però aggiunto che tale impostazione non si riflette pienamente nelle cornici edittali dei due sistemi normativi, risultando, in particolare, il massimo della sanzione pecuniaria per la responsabilità da illecito amministrativo *ex* art. 187 *quinquies* t.u.f ben più alto del corrispondente *ex* art. 25 *sexies* d.lgs. n. 231 del 2001. Salvo a non voler ravvisare in questa stessa scelta un tratto di irragionevolezza (ricollegato alla diversa natura degli illeciti-presupposto), resta fermo che il giudice penale, in caso di applicazione di sanzione amministrativa pecuniaria in concreto superiore a quanto da lui stabilito con riferimento alla propria sanzione, non potrebbe far altro che ritenere la quota punitiva di sua spettanza assorbita in quella, secondo quanto imposto dal meccanismo di cui all'art. 187 *terdecies* t.u.f.

Analoghe conclusioni possono trarsi con riferimento al doppio binario in materia fiscale, ambito in cui, peraltro, le responsabilità dell'ente non sono configurate secondo uno schema strutturale sostanzialmente sovrapponibile (come avviene per gli abusi di mercato) e dove, dunque, già l'intera piattaforma di tipicità – e, di riflesso, di colpevolezza – del fatto (e non solo la qualificazione dell'evento) potrebbe bastare a giustificare la maggiore gravità dell'illecito dipendente da reato. Anche qui le sanzioni pecuniarie per la responsabilità da illecito amministrativo *ex* d.lgs. n. 471 del 1997, costruite come percentuale dell'imposta evasa (fino a raggiungere multipli della stessa), possono per entità sopravanzare quelle stabilite per quota dal d.lgs. n. 231 del 2001.

Quanto alle norme che governano l'opera compensatoria, in assenza dell'art. 187 *terdecies* t.u.f. e dell'art. 133 c.p., l'accento va posto sul già

richiamato art. 11 del d.lgs. n. 231 del 2001, disposizione a cui fa rinvio anche l'art. 14 circa la scelta delle sanzioni interdittive, e inoltre, sull'art. 83, comma 2, disposizione espressiva della logica compensatoria. Nell'ipotesi in cui, in conseguenza dell'illecito, sia stata applicata all'ente una sanzione amministrativa di contenuto identico o analogo a quella interdittiva prevista nel decreto[98], la norma richiede infatti che la durata della sanzione già sofferta sia computata nella determinazione della durata di quella dipendente da reato[99].

Va presa poi in considerazione l'eventualità della previa definizione del processo penale col conseguente spostamento dell'opera compensatoria nella fase commisurativa della sanzione amministrativa interveniente per seconda. Sono i casi di *successione procedimentale atipica*. Corollario dell'impostazione sopra prospettata dovrebbe essere la tendenziale disapplicazione della sanzione amministrativa: l'irrogazione di una porzione di sanzione amministrativa realizzerebbe inevitabilmente una duplicazione sanzionatoria, essendo l'intero disvalore del fatto – composto da quello, per così dire, comune a entrambi gli illeciti e quello aggiuntivo, specifico dell'illecito penale – già completamente "coperto" dalla sanzione penale previamente applicata. Conclusione, questa, che risulta in linea di massima coerente con l'impostazione della giurisprudenza eurounitaria, la quale, sul piano della proporzionalità sanzionatoria, riconosce un peso determinante alla previa definizione del giudizio penale[100].

Più precisamente, a parte l'ipotesi anomala in cui il giudice penale non abbia preso in considerazione profili di disvalore comuni ai due illeciti, le uniche *chances* di applicazione della sanzione amministrativa aggiuntiva (che potrà essere dosata in funzione del rigore complessivo della sanzione

[98] Ciò che dovrebbe poter accadere, ai sensi degli artt. 25 *quinquiesdecies* e 12 d.lgs. n. 471 del 1997 (che rinvia all'art. 21 d.lgs. n. 472 del 1997) relativamente al divieto di contrattare con la pubblica amministrazione rispetto a quello di partecipare a gare per l'affidamento di pubblici appalti.

[99] Su tale previsione, nell'ottica compensatoria, cfr. Riccardi, *Doppio binario sanzionatorio e responsabilità «derivata» degli enti in materia di market abuse*, cit., p. 237.

[100] Nella decisione *Garlsson Real Estate e a. c. Consob*, cit., §59, con una presa di posizione estendibile a tutte le *successioni procedimentali atipiche*, viene infatti censurato, perché eccedente quanto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo di *interesse generale*, un sistema normativo che consenta di celebrare un procedimento afferente una sanzione amministrativa, quando per lo stesso fatto sia già stata pronunciata sentenza penale di condanna e sempre che quest'ultima soddisfi i caratteri che devono connotare la risposta sanzionatoria nel diritto dell'Unione, vale a dire risulti idonea a reprimere il reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva; apprezzamento, quest'ultimo, che viene rimesso al giudice del rinvio (quello sull'illecito amministrativo).

penale già irrogata) sono collegate al dato per cui i relativi parametri di commisurazione includano elementi non rilevanti in sede penale o, comunque, *ivi* non valutati. Un'evenienza non facilmente realizzabile per la tendenziale sovrapponibilità della gamma criteriale rilevante[101], nonché per la marginalità dei casi in cui nei giudizi penali si resti indifferenti agli aspetti comuni ai due illeciti[102].

Peraltro, l'ipotesi disapplicativa della sanzione è contemplata dalla stessa giurisprudenza, che, sviluppando la premessa argomentativa a cui si è fatto cenno, giunge ad ammettere che l'attività compensatoria possa sfociare, oltre che nella discesa al di sotto del minimo edittale, anche nella disapplicazione *in toto* della sanzione inflitta per seconda quando la prima possa considerarsi da sola proporzionata in quanto idonea ad assorbire quel disvalore, «offrendo tutela complessivamente e pienamente adeguata e soddisfacente all'interesse protetto»[103]. Una manovra estrema ritenuta ammissibile anche quando a intervenire in seconda battuta sia la sanzione penale, con l'effetto di affidare in concreto a quella amministrativa l'intero presidio sanzionatorio[104].

Non potendoci in questa sede soffermare sulle preoccupazioni legalistiche[105] e di politica sanzionatoria/criminale[106] legate a tali interventi estremi, peraltro già registratisi[107], val la pena chiarire, da un lato, come essi, nell'approccio giurisprudenziale, appaiano giustificati dalla sola entità della prima sanzione, laddove invece, a nostro avviso, non dovrebbe essere

[101] Si considerino, ai nostri fini, l'art. 7 d.lgs. n. 472 del 1997 e l'art. 194 bis t.u.f., la cui pur dettagliata gamma di indici dovrebbe comunque essere ricompresa nel più generale novero dei criteri contemplati agli artt. 133 e 133 *bis* c.p.

[102] Sia detto per inciso che la stessa ristrettezza dei margini di praticabilità del modello di sanzione integrata, salvi diversi itinerari argomentativi che in questa sede non è possibile sviluppare, dovrebbe connotare l'ipotesi della piena coincidenza dell'area di tipicità delle fattispecie descrittive dei due illeciti (cui si accompagna l'unicità dell'elemento soggettivo caratterizzante il fatto materiale).

[103] Si vedano Cass. Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, cit. e Cass. Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, cit., a cui si riferisce la citazione testuale.

[104] Cfr. le decisioni citate nella nota precedente.

[105] Cfr. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in «DPP», 7/2018, p. 957; Scoletta, *Abusi di mercato e* ne bis in idem*: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti* cit., è. 545; e, da ultimo, Bin, *Anatomia del* ne bis in idem, cit., pp. 40 ss.

[106] In quest'ottica le riflessioni da noi sviluppate in Tripodi, Ne bis in idem *e* insider trading*: dalla Cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*, cit., p. 939.

[107] Il fenomeno di disapplicazione del minimo edittale della pena prospettato dalla Suprema Corte ha preso forma nella già richiamata decisione del T. Milano, 15 novembre 2018.

l'ammontare della sanzione precedentemente irrogata a giustificare la disapplicazione dell'altra, bensì l'impossibilità che quest'ultima poggi su un qualche elemento non previamente valutato ai fini sanzionatori nel primo procedimento. Con il duplice effetto, dunque, da un lato, di rendere, come già detto, quasi normale la disapplicazione della sanzione amministrativa interveniente per seconda, attesa la difficoltà di giustificare una quota sanzionatoria addizionale, dall'altro, di impedire, per la ragione eguale e contraria, la disapplicazione di quella penale, la cui irrogazione si lega al maggior disvalore dell'illecito di propria competenza.

Riconosciuta l'esportabilità sul piano metaindividuale delle considerazioni svolte, particolare attenzione va prestata all'ipotesi in cui la *successione atipica* consegua alla scelta di un rito speciale premiale, secondo quanto peraltro normalmente avviene in questa, pur non frequente, sequenza procedimentale, come confermato dal riscontro giurisprudenziale circa i doppi binari sanzionatori individuali. Lo stesso può aversi anche rispetto agli enti, i quali, in base alla disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001 (artt. 62 ss.), hanno accesso a tali riti.

La giurisprudenza assume a referente dell'opera compensatoria la pena finale concretamente inflitta[108]. Di modo che, se, da un lato, si potrebbe ritenere che la pena "scontata", impedendo alla sanzione penale di assorbire l'intero disvalore del fatto, consente la successiva integrazione da parte di quella amministrativa[109], come riconosciuto dal giudice di ultima istanza[110], secondo uno schema in via generale avallato dalla Corte di Giustizia UE, la quale, affermato il ruolo determinante della previa definizione del processo penale, pur sempre accorda al giudice interno dell'illecito amministrativo il potere di valutare l'adeguatezza della sanzione penale e dunque anche quello di integrarla[111]; dall'altro, va sottolineato come questa impostazione si connoti per il profilo di iniquità di trattamento dovuto all'effetto di neutralizzazione della premialità del rito sul piano della verifica di compatibilità del doppio

[108] La giurisprudenza di legittimità, in sede di verifica della complessiva proporzionalità della risposta sanzionatoria, dinanzi l'alternativa tra *misura della penale iniziale*, ossia non "scontata", e *misura della pena finale*, ossia "scontata", ha optato per quest'ultima, ponendo, in generale, la regola della pena finale concretamente inflitta quale referente della coerenza del sistema a doppio binario sanzionatorio interno col *ne bis in idem* europeo. Cfr. Cass. Sez. trib. civ., 9 luglio 2018, n. 27564. cit.; Cass. Sez. V, 9 novembre 2018, cit.

[109] Nella nostra prospettiva si tratterebbe di un'ipotesi in cui la *ri*-valutazione ai fini sanzionatori di un aspetto già considerato nel precedente giudizio sarebbe ammessa in virtù della riconosciuta "parzialità", conseguente allo sconto di pena *ex lege*, della prima definizione dell'entità sanzionatoria.

[110] Cass. Sez. trib. civ., 9 luglio 2018, n. 27564. cit.

[111] CoGUE, *Garlsson Real Estate e a. c. Consob*, cit., §59.

binario sanzionatorio col *ne bis in idem*: nel senso che il consociato si vedrebbe prima "premiato" per il rito prescelto, al costo però di subire una compressione del diritto di difesa in funzione della contrazione dei tempi di giudizio, e poi, per la stessa ragione, valutato più severamente in punto di proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva[112]. La complessità della questione, a cui qui si è potuto solo accennare, è resa per di più evidente dal dato per cui corollario di quest'ultima notazione sarebbe l'indiretta incentivazione della corrispondente strategia processuale: basterebbe infatti accedere a un tale rito per "risolvere", o avere un'alta probabilità di farlo, la vicenda su entrambi i fronti sanzionatori.

Infine, ferme le esposte indicazioni metodologiche circa la commisurazione della sanzione, va segnalato come sul raggiungimento della "meta" della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria possano incidere anche specifici istituti previsti nelle normative di riferimento.

In ambito fiscale, invero, alla sicura inoperatività del risolutivo meccanismo di cui all'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000, dovrebbe accompagnarsi, stando agli orientamenti giurisprudenziali[113], l'inapplicabilità della causa di non punibilità del pagamento del debito tributario di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, sicché ogni tentativo di recuperarne in qualche modo e comunque parzialmente gli effetti ripone le basi sulla disciplina dettata dal d.lgs. n. 231 del 2001 (artt. 11, comma 1 e 12, comma 2, lett. a) e dal

[112] Così L. Roccatagliata, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto* vs *disapplicazione* in mitius *della norma interna*, in «GP», 12 novembre 2018, p. 3; Id, *Doppio binario sanzionatorio: lo sconto di pena per il rito speciale rientra nel computo per la proporzionalità del trattamento punitivo complessivamente applicato*, cit., pp. 2 ss.;

[113] Così, Cass. Sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072 e Cass. Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518, con riferimento all'inestendibilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. all'ente, sulla scorta del presunto *generale* sbarramento rinvenuto nel meccanismo di decumulo in danno dell'ente di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, che recherebbe, secondo un'interpretazione teleologico-sistematica, un principio generale di autonomia della relativa responsabilità aperto ad accogliere anche istituti diversi da quelli espressamente previsti. Ferma la specificità della questione, ricollegabile alle peculiari ragioni di non punibilità che ispirano la singola figura di volta in volta rilevante, l'argomento richiamato tuttavia non convince, dal momento che la lettura estensiva dell'art. 8, norma che fa riferimento alle sole cause di estinzione e non alle cause di non punibilità, integrerebbe comunque un'interpretazione analogica con effetti *in malam partem*, come tale inammissibile. Sul tema, evidentemente complesso, che qui non è possibile approfondire, cfr. Piergallini, *La riforma dei reati tributari*, cit., pp. 226 ss., la quale conclude in senso favorevole all'applicabilità dell'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 all'ente, giustificandola attraverso la lettura dell'illecito della *societas* in chiave concorsuale e la conseguente rilevanza della causa di non punibilità in termini di circostanza oggettiva ai sensi dell'art. 119 c.p.

d.lgs. n. 472 del 1997 (art. 13) riguardo al comportamento *post delictum* ovvero all'avvenuto pagamento del debito tributario, per il quale è prevista la riduzione della sanzione[114].

[114] Cfr. Piva, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non) di sistema*, cit., p. 279, il quale peraltro segnala come proprio la scoperta del fatto e la tempestiva attuazione del ravvedimento operoso ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n 472 del 1997 potrebbe rappresentare un indice favorevole nell'ambito della valutazione di idoneità del modello organizzativo. Si ricorda inoltre, come, in base all'art. 6 del d.lgs. n. 128 del 2015, un effetto riduttivo della sanzione amministrativa consegua, soddisfatte determinate condizioni, all'adesione al regime di adempimento collaborativo previsto dallo stesso decreto legislativo.

Paolo Veneziani [*]

Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario[1]

Sommario: 1. Osservazioni introduttive – 2. Il decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124 – 3. La legge di conversione 19 dicembre 2019, n. 157 – 4. La c.d. Direttiva P.I.F. e la legge delega per l'attuazione – 5. Lo Schema di decreto legislativo n. 151 del 2020 – 5.1. (*Segue*) Concorso di persone nel reato e tentativo – 5.2. (*Segue*) L'estensione della responsabilità dell'ente da reato tributario – 6. Ulteriori problematiche in tema di rapporti tra sistemi sanzionatori in materia tributaria: dubbi sul *ne bis in idem* e sulla ragionevolezza del quadro complessivo delineato dalle recenti riforme.

1. *Osservazioni introduttive*

Per quasi vent'anni i delitti tributari previsti dal d.lgs. 74/2000 non sono stati compresi tra i reati da cui può derivare la responsabilità dell'ente.

Da più parti è stato criticato il ritardo del legislatore nell'adeguare il catalogo di parte speciale dei reati-presupposto, sollecitando l'inserimento dei modelli delittuosi a tutela dell'interesse dello Stato alla percezione dei tributi - o quantomeno di una parte di tali delitti - nel "sistema 231"[2].

[*] Ordinario di Diritto Penale, Università di Parma.

[1] Si segnala che, dopo l'ultimazione del presente contributo, è entrato in vigore il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75, di attuazione della direttiva UE 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'UE mediante il diritto penale (c.d. direttiva P.I.F.). Rispetto allo Schema di decreto legislativo n. 151 del 2020, il testo è rimasto pressoché invariato; nell'art. 5, laddove si prevede il nuovo c. 1-*bis* dell'art. 25-*quinquiesdecies* del d.lgs. 231/2001, ai reati *"compiuti anche nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea*" si è sostituito il riferimento ai reati *"commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri"*.

[2] Nella vasta letteratura, cfr. per esempio R. Alagna, *I reati tributari e il regime di responsabilità da reato degli enti*, in «RTDPE», 2012, p. 397 ss. (spec. 402); P. Ielo, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in «RASE», 2007, n. 3, p. 10. Si vedano anche i lavori della Commissione ministeriale presieduta dal Cons. Greco (Commissione di studio per la riforma del d.lgs. 231/2001, 2007); in argomento: Ielo, *Commissione Greco. Dall'usura alla frode verso una più ampia responsabilità degli enti*, in «GD», 2010, n. 1, p. 22. Sulla tendenza ad una "crescita esponenziale" dei reati-presupposto, con parallela estensione

Ma in maniera altrettanto decisa sono state evidenziate le ragioni di segno contrario, così da sconsigliare una siffatta estensione: con preminente rilievo dell'argomento relativo alla duplicazione delle sanzioni amministrative destinate a convergere a carico dell'ente[3].

Nel frattempo, alle osservazioni *de iure condendo* si sono affiancati non pochi interventi giurisprudenziali, diretti a sopperire in via ermeneutica alla pretesa carenza legislativa ovvero a colmare le lacune mediante la creazione di istituti sostanzialmente nuovi, mirati a sanzionare l'ente quale soggetto che trae profitto dal reato tributario.

La giurisprudenza si è mossa secondo direttrici differenti, sia facendo leva su reati-presupposto che possono concorrere, formalmente o materialmente, con delitti tributari, sia plasmando mezzi volti ad aggredire il patrimonio della *societas*, in aggiunta agli strumenti sanzionatori previsti dalla normativa tributaria.

Basti qui richiamare, a titolo esemplificativo, l'avallo (sia pure minoritario) della teoria del concorso tra le fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti o mediante altri artifici (di cui, rispettivamente, agli artt. 2 e 3 d.lgs. 74/2000) e la truffa in danno dello Stato, proprio allo scopo di rendere applicabile lo statuto della responsabilità da reato delle persone giuridiche ad ipotesi siffatte[4].

Altri sforzi in analoga direzione potrebbero fare perno sul delitto di associazione a delinquere, laddove finalizzato alla commissione di delitti

della responsabilità "para-penale" dell'ente, A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 651 ss.

[3] Per tutti: I. Caraccioli, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in «RASE», 2007, I, p. 155; C. Santoriello, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in «AP», 2017, p. 82 ss.; A. Perini, *Brevi considerazioni in merito alla responsabilità degli enti conseguente alla commissione di illeciti fiscali*, in «RASE», 2006, II, p. 88; S. Cavallini, A. Ingrassia, *Brevi riflessioni sulla relazione tra il d.lgs. 231/2001 e i reati tributari:* poenae non sunt multiplicanda sine necessitate, in «RASE», 2016, II, p. 109 ss. (ove si critica la prospettiva di una mera "aggiunta" della responsabilità amministrativo-penale a quella già contemplata in via amministrativa e si analizza una sorta di "terza via", mediante una sostituzione del modello *ex* d.lgs. 231 alle forme tradizionali).

[4] Sul punto, è prevalsa l'opposta e condivisibile conclusione secondo la quale - almeno tendenzialmente - il concorso di reati non è configurabile, dovendo trovare applicazione la sola fattispecie penale tributaria (connotata in termini di frode) a fronte del conflitto apparente di norme incriminatrici: Cass. SU, 28 ottobre 2010, n. 1235/2011, in «DPP», 2011, p. 567 ss., con nota di A. Scarcella, *Specialità, concorso e consunzione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*.

tributari, ma con difficoltà che paiono insormontabili o quasi[5].

Ancora, da tempo la prassi ha confermato il dato criminologico della connessione, *lato sensu* intesa, tra delitti tributari e fattispecie quali le false comunicazioni sociali, la corruzione, il riciclaggio, l'autoriciclaggio, che possono comportare un coinvolgimento dell'ente in vicende caratterizzate - almeno in parte ovvero indirettamente - anche da una lesione dell'interesse erariale, penalmente tutelato, alla tempestiva e completa (o quasi) percezione del tributo[6].

Ma soprattutto, il riferimento paradigmatico della tendenza in oggetto si rinviene in tema di confisca[7].

Come è noto, nella *law in action* la confisca diretta del denaro che si trovi nella disponibilità della società, sino ad un ammontare corrispondente (equivalente) al *quantum* di imposta evasa, è la nuova *species* creata dalle Sezioni Unite della Cassazione, ibridando le caratteristiche genetiche della

[5] Cfr. Cass. Sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635/2014, in C.E.D. n. 257789, secondo cui la rilevanza dei reati non compresi nella parte speciale del d.lgs. 231 non può essere indirettamente recuperata nella diversa prospettiva di una loro imputazione quali delitti-scopo del reato associativo contestato, poiché in tal modo il delitto di cui all'art. 416 c.p. (pur inserito fra i reati-presupposto) "si trasformerebbe, in violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal d.lgs. n. 231 del 2001, in una disposizione 'aperta', dal contenuto elastico, potenzialmente idoneo a ricomprendere nel novero dei reati-presupposto qualsiasi fattispecie di reato, con il pericolo di un'ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo, i cui organi direttivi, peraltro, verrebbero in tal modo costretti ad adottare su basi di assoluta incertezza, e nella totale assenza di oggettivi criteri di riferimento, i modelli di organizzazione e di gestione previsti dal citato d.lgs., art. 6, scomparendone di fatto ogni efficacia in relazione agli auspicati fini di prevenzione".

[6] Anche per i necessari riferimenti, si rinvia a G.L. Gatta, *I profili di responsabilità penale nell'esercizio della Corporate Tax Governance*, in «DPC», 4 giugno 2018, p. 9 ss.

[7] Sul tema, anche a voler restringere l'attenzione allo specifico settore penale tributario, la letteratura è assai vasta. Per tutti (oltre ai lavori citati *infra*) v. S. Delsignore, *Articolo 12*-bis. *Confisca*, in *La riforma dei reati tributari*, a cura di C. Nocerino, S. Putinati, Giappichelli, Torino, 2015, p. 290; D. D'Ippolito, *La confisca*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, I, Utet Giuridica, Torino, 2017, p. 1065 ss. (spec. p. 1078); A. Ingrassia, *Ragione fiscale* vs *'illecito penale personale'. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 162; M. Lanzi, *La confisca diretta e di valore nei reati tributari*, in *Ricchezza illecita ed evasione fiscale*, a cura di A. Gullo, F. Mazzacuva, Cacucci, Bari, 2016, p. 35 ss.; F. Mazzacuva, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in «CP», 2009, p. 3420 ss.; O. Mazza, *La confisca per equivalente fra reati tributari e responsabilità dell'ente*, in «DPC-RT», 23 gennaio 2012; G. Varraso, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro ai fini di confisca e reati tributari*, in «CP», 2014, p. 2814.

confisca diretta e della confisca per equivalente. Ciò al dichiarato scopo, appunto, di sopperire alla mancata previsione di taluni delitti tributari quali reati-presupposto della responsabilità dell'ente, con conseguente impossibilità di far luogo alla confisca per equivalente nei confronti della *societas* nel cui interesse il delitto tributario sia stato commesso[8]: ma a nessuno sfugge l'ossimoro di una confisca qualificata come *diretta* e che al tempo stesso si determina *per equivalente*[9].

Tanto in estrema sintesi premesso, sembra quindi un paradosso che la prima previsione di un delitto tributario come reato-presupposto da cui può derivare la responsabilità della *societas* si rinvenga in un recente decreto legge (26 ottobre 2019, n. 124) recante "Disposizioni *urgenti* in materia fiscale e *per esigenze indifferibili*".

2. *Il decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124*

È nel capo IV di tale decreto legge ("Modifiche della disciplina penale in materia tributaria e della responsabilità amministrativa degli enti nella stessa materia") che si collocano le disposizioni fondamentali dettate dall'art. 39, con cui si introducono rilevanti modifiche che incidono sia sul d.lgs.

[8] Invero, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nell'ormai celebre caso Gubert (sentenza 30 gennaio 2014, n. 10561), muovendo da una nozione assai lata di profitto confiscabile in tema di reati tributari, hanno concluso che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta (conclusioni ribadite e sviluppate dalle Sezioni Unite nella sentenza Lucci, 26 giugno 2015, n. 31617). Così, peraltro, la nozione di "profitto" confiscabile si trasfigura in un evanescente concetto di "vantaggio", tale da comprendere qualsivoglia risparmio di spesa, e si sopprime il requisito della c.d. pertinenzialità (F. Mucciarelli, C.E. Paliero, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in «DPC-RT», 20 aprile 2015, p. 1 ss.); inoltre, si riduce "a poco più che un pleonasmo l'estensione del meccanismo ablatorio previsto dall'art. 322-*ter* c.p. ai reati tributari" (M. Romano, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in «DPC-RT», 2015, p. 1674 ss.). Per inciso, differenziando la confisca diretta da quella per equivalente, in base alla natura preventiva della prima, e sanzionatoria della seconda, si oblitera il dato per cui la confisca diretta, nella norma cui ha dato vita l'interpretazione della Suprema Corte, assume il più delle volte i caratteri sostanziali di una confisca per equivalente: con il risultato che si trasforma essa stessa in sanzione *lato sensu* penale, con ogni relativa conseguenza, anche in tema di rapporti con la prescrizione: cfr. P. Veneziani, *La confisca obbligatoria nel settore penale tributario*, in «CP», 2017, p. 1694 ss.

[9] Cfr. R. Bricchetti, P. Veneziani, *La confisca*, in «I reati tributari», a cura di R. Bricchetti, P. Veneziani, Giappichelli, Torino, 2017, p. 463 ss.

74/2000, sia sul d.lgs. 231/2001.

Circa poi la reale incidenza di quelle modifiche, va ricordato che il decreto è entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 26 ottobre 2019. Ma nel terzo ed ultimo comma del citato art. 39 si dispone che tutte le modifiche di cui ai commi precedenti hanno efficacia dalla data di pubblicazione in Gazzetta della legge di conversione.

Dunque, a prescindere dalle numerose e rilevanti modifiche in sede di conversione, è chiaro come le "novità" di tale decreto, *ex* art. 39, c. 1 e c. 2, non abbiano *ab origine* prodotto effetto[10].

Il meccanismo adottato ha sollevato dubbi nell'ottica del mancato rispetto dell'art. 77 Cost., sotto il profilo dei requisiti di necessità ed urgenza[11]. Ma in pratica, al di là dell'anomalia di ricorrere ad un decreto legge (al tempo stesso sterilizzandone gli effetti) per porre mano ad un intervento rimandato per quasi due decenni, si può oggi constatare quantomeno la semplificazione della vicenda successoria fra norme.

Giova comunque ricordare che il decreto dell'Esecutivo prevedeva l'aggiunta, nel decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, dell'art. 25-*quinquiesdecies* ("Reati tributari"), con una portata decisamente più ridotta in confronto al testo poi varato in sede di conversione, individuandosi quale reato presupposto il (solo) delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. 74/2000), con l'applicabilità all'ente della (sola) sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.

Sin da una prima lettura, detta scelta appariva non coordinata rispetto alla già emanata legge di delega al Governo per il recepimento - fra l'altro - della Direttiva dell'U.E. n. 1371 del 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione (c.d. Direttiva P.I.F., sulla quale v. più ampiamente nel prosieguo).

Invero, la legge delega (l. 4 ottobre 2019, n. 117, c.d. "Legge di delegazione europea 2018"), all'art. 3, prevedeva una serie di principi e di criteri direttivi per l'attuazione della Direttiva P.I.F., tali da incidere - come meglio si vedrà *infra* - sul delicato tema della corresponsabilità dell'ente a

[10] Pertanto, non vi è in radice alcun problema di successione di leggi penali nel tempo con riguardo ai c.d. fatti concomitanti rispetto al decreto legge, commessi nel periodo di vigenza del medesimo, a partire dal 26 ottobre. Tutte le problematiche sottese alla disciplina dell'art. 2 c.p., per converso, vanno parametrate alle modifiche introdotte con la legge di conversione 19 dicembre 2019, n. 157, entrata in vigore il 25 dicembre 2019.

[11] P. es. S. Finocchiaro, *Le novità in materia di reati tributari e responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. n. 124/2019)*, in «SP», 18 novembre 2019, p. 2.

fronte della realizzazione di reati tributari nell'interesse o a vantaggio del medesimo, anche oltre il versante sanzionatorio amministrativo *ex* art. 7 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, così oltretutto sollevando non trascurabili interrogativi sul versante del rispetto della regola del *ne bis in idem*.

In altri termini, il decreto legge 124/2019 da un lato risultava concepito in maniera per così dire avulsa dal più ampio contesto in cui si sarebbe dovuto calare l'intervento di riforma (la cui cornice era rappresentata dalla legge delega per l'attuazione della Direttiva P.I.F.); e, d'altro lato, risultava ben poco razionale e coerente anche nel proprio impianto interno.

Da quest'ultimo punto di vista, infatti, pur volendo immaginare un intervento solo parziale, non si comprendeva - né retrospettivamente si comprende oggi - la ragione per cui si ponesse come fondamento della responsabilità dell'ente il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante l'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, e non anche il correlativo modello di emissione di fatture false (art. 8 d.lgs. 74/2000). Sicché, per esempio, qualora *in subiecta materia* il decreto varato dal Governo fosse stato tradotto in legge, sarebbe stata potenziale responsabile da reato la società utilizzatrice delle fatture per operazioni inesistenti, ma mai la società emittente, neppure in casi eclatanti (emittente mera "cartiera"[12]; termine gergale rimasto immutato, anche dopo il preponderante passaggio alla fatturazione elettronica).

3. *La legge di conversione 19 dicembre 2019, n. 157*

Con la legge di conversione 19 dicembre 2019, n. 157, il comma 2 dell'art. 39 d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, è stato radicalmente mutato, con la conseguenza che - a far data dal 25 dicembre 2019 - il catalogo dei reati-presupposto della responsabilità degli enti si è esteso a una serie di delitti in materia di imposte dirette ed IVA, tassativamente elencati nel nuovo art. 25-*quinquiesdecies*, inserito nel d.lgs. 231/2001.

Più precisamente, al delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. 74/2000) si sono aggiunti quello di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3), di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti

[12] A. Perini, *Brevi note sui profili penali tributari del d.l. n. 124/2019*, in «SP», 3 dicembre 2019, p. 15.

(art. 8), di occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10), di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11).

Nell'ambito del d.lgs. 74/2000, sono stati quindi selezionati - tra i delitti in materia di dichiarazione - quelli caratterizzati in termini di fraudolenza e - tra i delitti in materia di documenti e pagamento dell'imposta - quelli aventi un contenuto di disvalore analogo, rispecchiato da cornici edittali identiche (art. 8 in rapporto all'art. 2) o quasi sovrapponibili (art. 10), ovvero tipizzati con specifico richiamo alla fraudolenza della condotta (art. 11).

Ciò è avvenuto in una prospettiva di marcato inasprimento delle pene previste per tali reati[13], oltre che dei modelli di dichiarazione infedele e omessa (sui quali v. *infra*), utilizzando a fini di propaganda mediatica lo stesso slogan, "manette agli evasori", che era stato coniato all'epoca della riforma del 1982 (l. 516).

Ma mentre il sistema introdotto negli anni Ottanta del secolo scorso si è ben presto rivelato pletorico e poco effettivo, le "manette" agitate oggi dai fautori di una "penalizzazione totale"[14] rappresentano viceversa una fedele sintesi dell'obiettivo perseguito, ossia di addivenire alla carcerazione del reo: scopo che pare concretamente raggiungibile, come mostrano non solo i nuovi minimi edittali, volti a impedire o quasi la concessione della sospensione condizionale della pena e a rendere più arduo il ricorso a misure alternative alla detenzione, ma anche i massimi, che svelano le sinergie punitive con la ben nota riforma in tema di prescrizione[15].

Vero è che con la legge 157/2019 si è provveduto altresì ad una sorta di sdoppiamento dell'ipotesi di dichiarazione fraudolenta mediante fatture per operazioni inesistenti, prevedendo una pena inferiore qualora l'ammontare

[13] Eccezion fatta per l'art. 11, con *ratio* che sfugge.

[14] F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, il Mulino, Bologna, 2019, *passim*.

[15] Sgubbi, *Nuova prescrizione e nuova confisca penale tributaria (un connubio che inquieta)*, in «DC», 10 gennaio 2020, spec. p. 5 ss. per quanto concerne la confisca allargata *ex* art. 240-*bis* c.p., detta anche per sproporzione, avendo ad oggetto il denaro, i beni o le altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. Si tratta di misura fondata su una presunzione (pur suscettibile di prova contraria) di origine illecita dei beni, mutuata dalla confisca di prevenzione di cui al d.lgs. 159/2011 (c.d. codice antimafia), che con la riforma del 2019 - mediante l'inserimento del nuovo art. 12-*ter* nel d.lgs. 74/2000 - è applicabile, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per taluni delitti tributari ivi tassativamente indicati (artt. 2, 3, 8, 11), in presenza di un'evasione oltre specifiche soglie.

degli elementi passivi fittizi sia inferiore ad euro 100.000 (art. 2, c. 2-*bis*, reclusione da un anno e sei mesi a sei anni, ossia la pena prevista in precedenza per il delitto *ex* art. 2). La medesima riduzione di pena è contemplata, nella prospettiva del delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti, se l'importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o negli altri documenti equipollenti è inferiore ad euro 100.000 per periodo di imposta (art. 8, comma 2-*bis*). Ma tali previsioni non restituiscono ragionevolezza e proporzione a una risposta sanzionatoria che, dopo la riforma del 2019, risulta sperequata per eccesso, come dimostra il confronto con le pene previste per altri delitti in materia economica[16].

Resta aperto, inoltre, il problema della corretta qualificazione delle suddette ipotesi, come circostanze attenuanti ovvero titoli autonomi di reato: con ogni relativa conseguenza, sia ai fini dell'eventuale giudizio di comparazione fra circostanze, sia ai fini del computo della prescrizione.

Esse infatti rappresentano senza alcun dubbio figure speciali rispetto ai modelli generali in cui si trovano inserite, col che sarebbe soddisfatta la condizione necessaria, ma di per sé non ancora sufficiente, per poter evocare il dato circostanziale.

Un argomento letterale di segno diverso potrebbe essere desunto proprio dalla disposizione di nuovo conio inserita nel d.lgs. 231/2001.

Nell'art. 25-*quinquiesdecies* si legge infatti che si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote "per il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti previsto dall'articolo 2, comma 2-*bis*" (lettera *b*) ed analoga previsione - *mutatis mutandis* - vale per il delitto di emissione di false fatture "previsto dall'articolo 8, comma 2-*bis*" (lettera *e*). Il legislatore, cioè, parrebbe far riferimento alle previsioni *de quibus* (speciali e meno gravemente punite rispetto ai corrispondenti modelli generali) come se si trattasse di altrettanti autonomi delitti, e non di circostanze attenuanti.

Sennonché, il dato letterale, sopra richiamato, non è affatto univoco, giacché non mancano casi in cui nel d.lgs. 231/2001 si fa riferimento a "delitti", richiamando disposizioni che prevedono, nell'interpretazione più diffusa e recepita dalla giurisprudenza di legittimità, mere circostanze (ad esempio, art. 24 d.lgs. 231/2001 in rapporto all'art. 640-*bis* c.p.)[17].

In definitiva, quindi, il delitto di cui all'art. 2, così come quello *ex* art. 8, paiono invero unitari, sia nell'aspetto estrinseco del *nomen iuris*,

[16] Perini, *Brevi note*, cit., p. 17 ss.

[17] Cass. SU, 26 giugno 2002, n. 26351, Fedi, ad es. in «GI», 2004, pp. 374 ss., con nota di R. Borgogno, *Criteri di distinzione fra elementi costitutivi e circostanze del reato in una recente pronuncia delle Sezioni unite penali*.

sia nella struttura intrinseca, salvo solo un minor impatto lesivo sotteso alle circostanze attenuanti di cui ai rispettivi commi 2-*bis*: il che giustifica appunto il riconoscimento della minor gravità del fatto, e dunque di una (almeno potenziale) diminuzione della pena.

Nell'ottica delle sanzioni, oltre a quella pecuniaria (aumentata di un terzo, se l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità) si applicano, nei casi previsti dai commi 1 e 2, le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, lettere *c)*, *d)* ed *e)* (cfr. art. 25-*quinquiesdecies*, cit.).

Invero, tali sanzioni sembrano in parte disallineate rispetto alle esigenze di natura preventiva ricollegabili alla realizzazione dei reati tributari da cui deriva la responsabilità dell'ente. Non a caso, mentre il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 9, lett. *c*) trova corrispondenza con la pena accessoria che stabilisce analoga incapacità per la persona fisica (art. 12, c. 1, lett. *b*, d.lgs. 74/2000) ([18]), altrettanto non si può dire per le ulteriori sanzioni interdittive in cui può incorrere la *societas*. In particolare, si ripropone il problema della sanzione interdittiva di cui all'art. 19, lett. *d)*, che - in aggiunta all'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi - contempla anche l'eventuale revoca di quelli già concessi. La revoca dei finanziamenti già concessi espone l'ente ad una reazione sanzionatoria potenzialmente sproporzionata, che guarda al passato anziché al futuro e che ha poco o nulla a che vedere con esigenze di natura interdittiva, risultando già in astratto inidonea a prevenire la commissione di reati del tipo di quello (tributario) commesso[19].

4. *La c.d. Direttiva P.I.F. e la legge delega per l'attuazione*

Come si è anticipato, l'intervento del legislatore italiano sia nel settore penale tributario *tout court*, sia nell'ottica di un'estensione della responsabilità degli enti mediante l'introduzione di taluni delitti in materia di imposte dirette e (soprattutto) di IVA, va inserito nel quadro delle fonti

[18] In argomento, per tutti, M. Celva, *Le pene accessorie*, in *I reati tributari*, a cura di R. Bricchetti, P. Veneziani, cit., p. 415 s.

[19] In sostanza, allo strumento ablatorio della confisca, ulteriormente potenziato nei riguardi della *societas* mediante l'inserimento di parte dei delitti tributari nel d.lgs 231/2001, rischia di aggiungersi una sanzione ulteriore e affatto scollegata rispetto alla realizzazione del reato-presupposto, che diverrebbe semplicemente l'occasione per revocare e quindi pretendere la restituzione di agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi lecitamente ottenuti in passato, senza oltretutto un chiaro limite temporale, con possibili conseguenze esiziali per l'ente.

sovranazionali, ed in particolare della Direttiva UE n. 2017/1371 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale (c.d. Direttiva P.I.F.), approvata in via definitiva il 5 luglio 2017.

Come è noto, si tratta di Direttiva adottata ai sensi dell'art. 83, § 2, TFUE, sicché la base giuridica della stessa da un lato consente una più ampia discrezionalità agli Stati membri nel darvi attuazione, mentre d'altra parte comporta come inevitabile riflesso un minor grado di omogeneizzazione dei contenuti normativi in sede di recepimento[20].

Sarebbe fuori luogo, in questa sede, il tentativo di analizzare la Direttiva in oggetto: si reputa bastevole, piuttosto, sintetizzare solo quegli aspetti necessari per un miglior inquadramento delle scelte operate di recente dal nostro legislatore in materia di responsabilità dell'ente da reato tributario.

Giova allora ricordare, almeno per sommi capi, come la fonte europea (art. 2) definisca la "persona giuridica" come "qualsiasi entità che abbia *personalità giuridica* in forza del diritto applicabile, ad eccezione degli Stati o di altri organismi pubblici nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche" e come l'ambito di applicazione della Direttiva in materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA - per quanto di specifico interesse in questa sede - sia espressamente circoscritto ai soli casi di reati gravi (e necessariamente dolosi: v. *infra* sull'intenzionalità della frode) contro il sistema comune dell'IVA, ricorrendo l'estremo della gravità in presenza di un duplice requisito: il carattere transfrontaliero delle azioni od omissioni ("connesse al territorio di due o più Stati membri dell'Unione") e l'elevato ammontare del danno "complessivo" cagionato ("pari ad almeno 10.000.000 EUR"). Ciò ferma restando la facoltà dei singoli Stati membri di mantenere in vigore o adottare norme più rigorose per reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione[21].

[20] *Ex plurimis*, F. Basile, *Brevi note sulla nuova Direttiva PIF*, in «DPC-RT», 2017, 12, p. 63 ss.; F. La Vattiata, *La nuova direttiva PIF. Riflessioni in tema di responsabilità da reato degli enti giuridici, gruppi societari e reati tributari*, in «GP», 2019, 9, p. 2 ss. Le alternative avrebbero potuto essere rappresentate dagli strumenti offerti dall'art. 325 TFUE ovvero dall'art. 86 TFUE.

[21] Invero, l'art. 3 ("Frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione") impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione costituisca reato, soltanto se commessa intenzionalmente (par. 1: "Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se commessa intenzionalmente, la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione costituisca reato"). In materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, cui si ricollega un fondamentale interesse finanziario dell'Unione, suscettibile di lesione con modalità differenti, ma che necessitano ovviamente di ulteriore ed adeguata tipizzazione in sede di recepimento della fonte sovranazionale da

Inoltre, nel Titolo III ("Disposizioni generali relative alla frode e ad altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione"), all'art. 6 si prevede - in sintesi - che gli Stati adottino le misure necessarie affinché si configuri una responsabilità diretta delle persone giuridiche, derivante dalla realizzazione dei reati suddetti a loro vantaggio, da soggetti in posizione apicale, o di controllo, o subordinata.

Si tratta quindi di un sistema di responsabilità dell'ente da reato, in cui si rispecchia l'impianto del nostro d.lgs. 231/2001, ma con l'espressa menzione - nella Direttiva P.I.F. - dei reati in materia di IVA connotati da fraudolenza, intenzionalità e particolare gravità (ricollegata, come detto, sia al carattere transfrontaliero della condotta, sia all'entità del danno cagionato, pari ad almeno dieci milioni di euro). In ciò è stato individuato il referente normativo sovranazionale, fonte dell'obbligo del nostro legislatore di ampliare il novero dei reati-presupposto della responsabilità della *societas*, con riferimento ai delitti tributari che corrispondano a tali caratteristiche[22].

Quanto alle sanzioni per le persone giuridiche, l'art. 9 della Direttiva stabilisce che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché l'ente sia sottoposto a sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che comprendono sanzioni pecuniarie (penali o non: la natura giuridica resta indifferente), cui possono aggiungersi anche altre sanzioni di tipo interdittivo, quali l'esclusione dal godimento di un beneficio o di un aiuto pubblico, l'esclusione temporanea o permanente dalle procedure di gara pubblica, l'interdizione temporanea o permanente dell'esercizio di un'attività commerciale, l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria, la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti che sono stati usati per commettere il reato, o financo provvedimenti giudiziari di scioglimento.

Il quadro sanzionatorio si completa mediante l'imposizione agli Stati membri di adottare le misure necessarie per consentire il congelamento e la confisca degli strumenti e dei proventi dei reati *de quibus* (art. 10).

Sul versante interno, l'art. 3 della legge delega 4 ottobre 2019, n. 117

parte del singolo Stato membro, una serie di indicazioni *ad hoc* sono dettate dalla lettera *d)* del citato art. 3, per cui si considerano frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione le condotte (attive od omissive) realizzate "in sistemi fraudolenti transfrontalieri" (ovvero localizzabili nel territorio di due o più Stati membri dell'Unione) relativamente *(i)* all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all'IVA, cui consegua la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione; *(ii)* alla mancata comunicazione di un'informazione relativa all'IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero *(iii)* alla presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell'IVA.

[22] Per esempio, Basile, *Brevi note*, cit., p. 68.

("Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2018")[23] detta una serie di princìpi e criteri direttivi per l'attuazione della Direttiva P.I.F. sopra esaminata.

Per quanto interessa più da vicino in questa sede, si prevede (art. 3, lett. *c*) di abrogare espressamente tutte le disposizioni interne che risultino incompatibili con quelle della Direttiva citata, e in particolare le norme che stabiliscono che i delitti che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di cui agli articoli 3 e 4 della medesima Direttiva non sono punibili a titolo di concorso o di tentativo.

L'attenzione va quindi al disposto degli artt. 6 (che esclude espressamente la punibilità a titolo di tentativo per i delitti di dichiarazione fraudolenta *ex* artt. 2 e 3, nonché di dichiarazione infedele *ex* art. 4)[24], e 9 d.lgs. 74/2000 (che pone un limite al concorso dell'emittente delle false fatture nel reato dell'utilizzatore delle stesse, e viceversa, in deroga al disposto dell'art. 110 c.p.), dovendosi verificare se siano compatibili o meno, ovvero entro quali limiti, con la suddetta indicazione. Si vedrà più avanti la soluzione offerta nello Schema di decreto legislativo all'uopo predisposto.

Nella prospettiva degli enti, il Governo viene delegato (art. 3, lett. *e*) ad integrare le disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, "prevedendo espressamente la responsabilità amministrativa da reato *delle persone giuridiche* anche per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea e che non sono già compresi nelle disposizioni del medesimo decreto legislativo".

Infine, all'Esecutivo si dà mandato di prevedere, ove necessario, che, in caso di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, in aggiunta alle sanzioni amministrative previste dagli articoli da 9 a 23 del d.lgs. 231/2001 siano applicabili, per le persone giuridiche, talune delle sanzioni di cui all'articolo 9 della Direttiva (UE) 2017/1371 e che tutte le sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive (art. 3, lett. *h*).

5. *Lo Schema di decreto legislativo n. 151 del 2020*

Come si è anticipato poc'anzi, per dare attuazione alla delega, il

[23] Pubblicata nella *Gazz. Uff.* 18 ottobre 2019, n. 245.

[24] Per inciso, salve opinioni minoritarie, ancorché autorevoli, si reputa non configurabile il tentativo di omessa dichiarazione, *ex* art. 5, in quanto fattispecie omissiva propria.

Governo ha predisposto un apposito Schema di decreto legislativo, recante norme di attuazione della Direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale.

Tale Atto del Governo (n. 151 del 2020) è stato presentato alle Camere in data 30 gennaio 2020, per consentire l'espressione del parere parlamentar. In effetti - come si legge nel documento che illustra lo Schema di decreto legislativo - il termine originario per il recepimento della Direttiva P.I.F. è scaduto il 6 luglio 2019 (dunque prima dell'entrata in vigore della citata "legge di delegazione europea"). A fronte del ritardo del legislatore, il termine di tre mesi per l'adozione del decreto delegato sarebbe spirato il 2 febbraio 2020; sennonché, il meccanismo dello "scorrimento del termine", funzionale all'espressione del parere del Parlamento, ha comportato una dilazione per l'esercizio della delega da parte del Governo.

5.1. *(*Segue*) Concorso di persone nel reato e tentativo*

Per quanto riguarda le modifiche al d.lgs. 74/2000, in base al suddetto Schema l'intervento è limitato unicamente alla tematica del tentativo, mediante l'aggiunta del comma 1-*bis* all'art. 6: "Salvo che il fatto integri il reato previsto dall'articolo 8, la disposizione di cui al comma 1 non si applica quando gli atti diretti a commettere i delitti di cui agli articoli 2, 3 e 4 sono compiuti anche nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea, al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un valore complessivo non inferiore a dieci milioni di euro".

Come si desume dalla Relazione illustrativa che accompagna lo schema di decreto legislativo, il legislatore delegato ha ritenuto che l'intervento sulla disciplina del concorso di persone nel reato non fosse necessario, e dunque ha lasciato inalterato il disposto dell'art. 9 d.lgs. 74/2000[25].

[25] "L'esclusione del concorso di persone nel reato è stato, infatti, introdotto dal legislatore nazionale al fine di evitare che un medesimo soggetto sia chiamato a rispondere due volte per il medesimo fatto: una volta per aver emesso le fatture relative ad operazioni inesistenti ed un'altra volta per aver concorso, con l'emissione medesima, nel reato commesso con la dichiarazione fiscale dall'utilizzatore delle fatture medesime. Poiché la direttiva riguarda esclusivamente i delitti di dichiarazione, va osservato che la limitazione all'operatività della regola generale del concorso di persone riguarda esclusivamente colui che è punito, peraltro con medesime sanzioni penali, ad un differente titolo: ne consegue che non ne deriva alcun vuoto di tutela per gli interessi finanziari dell'Unione, proprio in quanto l'ordinamento italiano punisce già l'emissione delle fatture per operazioni inesistenti quale

Quest'ultima soluzione pare condivisibile. Del resto, anche in dottrina si osserva come la Direttiva non imponga affatto di abrogare (neppure parzialmente e con riferimento alle "frodi" dalla medesima richiamate) l'art. 9 d.lgs. 74/2000, giacché ammettere il "concorso incrociato" tra emittente ed utilizzatore, ossia far rispondere l'uno anche del reato commesso dall'altro, *ex* art. 110 c.p., significherebbe violare il principio del *ne bis in idem* sostanziale, anch'esso di sicura rilevanza a livello europeo[26]; per non dire che, "a monte", la previsione in deroga all'applicabilità della disciplina generale in tema di concorso di persone nel reato sarebbe addirittura pleonastica, ovvero meramente esplicativa, tale cioè da esprimere una regola destinata a trovare applicazione "a prescindere", proprio per il motivo che non si può punire un soggetto due volte per un fatto sostanzialmente unico[27].

Inoltre, la scelta di non intervenire sul disposto dell'art. 9, ritenuto compatibile con le indicazioni promananti dalla Direttiva e dalla legge delega, deve essere valutata nel contesto del diritto vivente, in cui risultano cristallizzate interpretazioni dirette a espandere l'ambito di operatività della clausola generale di cui all'art. 110 c.p. e correlativamente a comprimere la portata delle deroghe introdotte dall'art. 9 d.lgs. 74/2000, sì da rendere a maggior ragione comprensibile la recente scelta di non porre mano a quest'ultima disposizione[28].

autonomo titolo di reato".

[26] G. Flora, *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "direttiva PIF" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, in «DC», 22 novembre 2019, p. 8.

[27] Flora, *Errore, tentativo, concorso di persone e di reati nella nuova disciplina dei reati tributari*, in «RIDPP», 2001, p. 707 ss.

[28] Problemi particolari si presentano nel caso in cui uno stesso soggetto apparentemente concorra tanto nel delitto di emissione quanto nel delitto di dichiarazione fraudolenta *ex* art. 2. Ad esempio: un commercialista induce un proprio cliente ad emettere una f.o.i. in favore di altro cliente, che viene istigato dal medesimo professionista ad avvalersi della fattura, presentando una dichiarazione fraudolenta. Oppure: l'amministratore di fatto delle società Alfa e Beta induce sia l'amministratore di diritto di Alfa a emettere una f.o.i. in favore di Beta, sia l'amministratore di diritto di Beta ad utilizzarla documentando fraudolentemente il costo fittizio nelle dichiarazioni annuali IVA e IIDD. Pare che in effetti l'art. 9 non sia stato pensato con riguardo a siffatte eventualità: addirittura e per assurdo, il concorrente potrebbe invocare la deroga con riferimento all'art. 2 per aver concorso con l'emittente, e con riferimento all'art. 8 per aver concorso con l'utilizzatore. Ma fuor di paradosso, a fronte del concorso apparente di norme incriminatrici, nei casi ipotizzati il concorrente *ex* art. 110 c.p. sia nel fatto dell'emittente che in quello dell'utilizzatore sarà punibile unicamente per il reato in concreto più grave, tendenzialmente quello di danno per l'Erario. Analogamente, con riguardo alla figura dell'intermediario, ad avviso delle Sezioni Unite della Cassazione questi "non potrà considerarsi concorrente

Ciò premesso, occorre valutare la portata della modifica all'art. 6 d.lgs. 74/2000, contemplata nello Schema citato[29], senza che si possa prescindere dalla consapevolezza delle già affiorate interrelazioni tra il disposto dell'art. 6 e quanto sancito dall'art. 9 d.lgs. 74/2000. Né si può trascurare che, tra le funzioni dell'art. 6, vi è anche quella di "stimolare, nell'interesse dell'Erario, la resipiscenza del contribuente scoperto nel periodo d'imposta"[30].

In sostanza, nell'assetto originario del d.lgs. 74/2000 si è mirato in linea di principio ad ancorare la tutela penale a fatti lesivi dell'interesse statuale alla percezione del tributo, coniando *in primis* una serie di modelli di danno (i delitti in tema di dichiarazione), non configurabili in forma tentata. In questa prospettiva, il delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti, per la particolare insidiosità e pericolosità della condotta tipica, si pone come una fattispecie prodromica, tale da segnare una notevole anticipazione della tutela. Questa anticipazione è destinata ad operare, tuttavia, solo per l'emittente e per chi concorre *ex* art. 110 c.p. con l'emittente; non invece per l'utilizzatore e chi concorre *ex* art. 110 c.p. con l'utilizzatore, in quanto le condotte e i conseguenti danni prodotti da questi ultimi soggetti sono oggetto della previsione e della punizione di cui all'art. 2.

Ebbene, la coerenza di tale quadro va rivalutata alla luce dell'ammissibilità del tentativo, nelle ipotesi in cui "gli atti diretti a commettere i delitti di cui agli articoli 2, 3 e 4 sono compiuti anche nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea, al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un valore complessivo non inferiore a dieci milioni di euro".

Tali ipotesi sono speciali rispetto a quelle che in ipotesi deriverebbero dall'applicazione diretta dell'art. 56 c.p. ai rispettivi modelli consumati. Il riferimento letterale ad "atti diretti", contenuto nel citato comma 1-*bis*,

in entrambi i reati ma, a seconda dei casi concreti, in una delle distinte ipotesi" (Cass. SU, 25 ottobre 2000, n. 27, Di Mauro).

[29] Nella Scheda di lettura del Senato si legge che l'intervento mediante l'aggiunta del comma 1-*bis* comporta "una deroga alla non punibilità del tentativo qualora i reati di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art 2 del medesimo decreto legislativo), dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3) e dichiarazione infedele (art. 4) siano compiuti anche nel territorio di un altro Stato facente parte dell'Unione, al fine di evadere l'IVA per un valore complessivo non inferiore a dieci milioni di euro".

[30] Come puntualmente rilevato da C. cost., n. 49 del 2002. In tale intervento, la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 6 e 9, comma 1, lett. *b)*, d.lgs. 74/2000, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui escludono, rispettivamente, la punibilità a titolo di tentativo del delitto di cui all'art. 2 e la punibilità di chi si avvale delle fatture per operazioni inesistenti a titolo di concorso nel delitto *ex* art. 8, a fronte dei limiti di sindacabilità *in malam partem* delle norme di favore.

deve con ogni probabilità intendersi come ad "atti idonei diretti in modo non equivoco", poiché la disposizione introduce in ogni caso fattispecie di tentativo, che debbono necessariamente poggiare su un pericolo concreto, cioè innanzitutto sull'idoneità lesiva della condotta, oltre che sulla direzione univoca verso la realizzazione dell'evento lesivo.

Dal punto di vista strutturale, si tratta di altrettanti delitti autonomi, che scaturiscono dal combinato disposto degli artt. 56 c.p., 6, comma 1-*bis*, e della singola previsione richiamata in materia di dichiarazione.

Posto che, a livello sistematico, l'anticipazione della tutela alla soglia del tentativo rischia di compromettere - per le ragioni già accennate - la coerenza del d.lgs. 74/2000, problemi ulteriori emergono sul piano più strettamente esegetico.

In particolare, non brilla per chiarezza la clausola di riserva con cui esordisce il citato comma 1-*bis* dell'art. 6: "Salvo che il fatto integri il reato previsto dall'articolo 8".

Pare logico limitare la portata di tale inciso al rapporto che intercorre tra art. 8 e art. 2, ma anche così restringendo il campo non è agevole stabilire quando il soggetto non debba rispondere a titolo di tentativo del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante l'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti (nei limiti speciali sopra ricordati), perché il fatto integra (al tempo stesso) il reato previsto dall'art. 8.

In radice, infatti, l'utilizzatore non può commettere il fatto proprio dell'emittente, salve quelle problematiche ipotesi in cui un unico soggetto, in vesti diverse, sia al tempo stesso emittente ed utilizzatore dei documenti falsi ovvero un unico soggetto concorra sia con l'emittente che con l'utilizzatore (v. *supra*, sulla deroga al concorso di persone *ex* art. 9 e la lettura restrittiva che talora ne viene fornita).

Forse l'unico modo per attribuire un significato alla locuzione "salvo che il fatto integri il reato previsto dall'articolo 8" è di intenderla in senso lato: il potenziale utilizzatore delle fatture non è punibile a titolo di tentativo (*ex* artt. 56 c.p., 2 e 6 d.lgs. 74/2000), se e nella misura in cui il fatto tentato coincida con il (contributo al) fatto dell'emissione.

Si evita in tal guisa che venga reintrodotta, con lo strumento del tentativo, una forma di responsabilità del destinatario e potenziale utilizzatore delle fatture false, esclusa in base alla deroga in tema di concorso di persone nel reato *ex* art. 9. Peraltro, ad analoga conclusione si potrebbe arrivare anche in assenza di una disposizione *ad hoc*, mediante una corretta lettura dell'art. 56 c.p., che escluda un'anticipazione eccessiva

della soglia del pericolo concreto[31].

Viceversa, nel momento in cui il destinatario delle fatture le registra nelle scritture contabili ovvero le detiene a fine di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria, il fatto è autonomo e distinto rispetto a quello che integra il delitto di emissione, come dimostra l'art. 2, comma 2, d.lgs. 74/2000: le fatture (ideologicamente false) vengono utilizzate, e si concretizza quella porzione di fatto tipico che consiste nell'avvalersi delle fatture per operazioni inesistenti. Se ricorrono gli estremi speciali di cui si è detto, il tentativo di dichiarazione fraudolenta è configurabile[32].

Le modifiche prospettate nello Schema in materia di tentativo incidono anche sulla responsabilità dell'ente da reato. Infatti, l'art. 26 d.lgs. 231/2001 dispone che le sanzioni pecuniarie e interdittive sono ridotte da un terzo alla metà in relazione alla commissione, nelle forme del tentativo, dei delitti indicati nel Capo I del decreto (comma 1) e che l'ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento (comma 2).

Si pone comunque il nodo problematico, rappresentato da una minor coerenza del sotto-sistema penale tributario, nella misura in cui attraverso l'apertura, sia pur limitata, alla punibilità del tentativo dei delitti in materia di

[31] Per esempio, se Tizio legale rappresentante di Alfa si accorda con Caio, amministratore di Beta, affinché quest'ultima emetta fatture per operazioni inesistenti in modo da consentire ad Alfa di evadere l'IVA per oltre 10 milioni di euro, con atti compiuti anche in altro Stato membro dell'Unione europea, laddove Beta emetta effettivamente le fatture per tale fine si potrebbe affermare che Tizio concorre con Caio, secondo le regole generali *ex* art. 110 c.p.: ma il concorso è da escludere, ai sensi dell'art. 9 cit. Allo stesso modo, si potrebbe forse ritenere che la condotta di Tizio, sin dal momento in cui le fatture vengono emesse, rappresenti un tentativo del delitto di cui all'art. 2: ma ciò è escluso dalla clausola di riserva "salvo che il fatto integri il reato previsto dall'articolo 8" (art. 6, comma 1-*bis*).

[32] Per inciso, il fenomeno dell'emissione ed utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, nell'ottica rispettivamente degli artt. 8 e 2 d.lgs. 74/2000, dovrebbe essere inteso come limitato alle ipotesi di falsità ideologica (p. es. A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, Cedam, Padova, 2014, p. 245); con i relativi riflessi, anche in tema di tentativo punibile nell'ottica del nuovo art. 6. Non è questa - come è noto - la posizione accolta dalla giurisprudenza di legittimità, che comprende nella sfera tipica dell'art. 2 anche le fatture materialmente false, cioè contraffatte o alterate (che invece, secondo l'opinione prevalente in dottrina, andrebbero semmai ricondotte al modello dell'art. 3, con applicazione delle relative soglie di punibilità). Ebbene, nella prospettiva delle falsità materiali, il limite al tentativo segnato dalla clausola di riserva, di cui si è detto, non sembra comunque destinato ad operare, poiché l'utilizzo prescinde da una previa condotta di emissione in senso tecnico della fattura (ideologicamente) falsa, basandosi sulla creazione *ex novo* del documento da parte di soggetto diverso ovvero sull'interpolazione della fattura emessa regolarmente.

dichiarazione (esclusa l'omessa dichiarazione, per intrinseca incompatibilità del modello omissivo proprio con quella forma di manifestazione del reato) non solo si reintroducono modelli prodromici rispetto all'evasione in rapporto a delitti che si volevano incentrati sul danno, ma anche e soprattutto si rischia di disincentivare la presentazione di una dichiarazione corretta che, in difetto di punibilità del tentativo, è di per se stessa bastevole per eliminare ogni rilevanza penale dei precedenti segmenti tipici del fatto.

La contraddizione pare ancor più evidente, ove si consideri che - in forza delle modifiche introdotte nel testo dell'art. 13 d.lgs. 74/2000 con la legge 157/2019 - anche i delitti di dichiarazione fraudolenta (art. 2 e 3) non sono punibili, se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso, sempreché quest'ultimo sia avvenuto prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali.

Invero, se il pagamento integrale del debito tributario avvenuto, a dette condizioni, dopo la presentazione della dichiarazione, *id est* dopo la consumazione del reato di dichiarazione fraudolenta, assurge a causa di non punibilità in senso stretto (in luogo di circostanza attenuante ad effetto speciale, come nel previgente art. 13-*bis*), ciò significa che il legislatore ha inteso adottare, per esigenze di opportunità pratica, una linea marcatamente oggettivistica di tutela del bene protetto, estesa persino ai delitti connotati da fraudolenza: di qui il più forte incentivo (la non punibilità) per il reo che torni sui propri passi (prima della formale conoscenza dell'inizio di un accertamento tributario o di un'indagine penale).

Per salvaguardare un minimo di coerenza del sistema, occorrerebbe dunque - a fronte dei modelli di tentativo introdotti su indicazione europea - interpretare con una certa ampiezza l'istituto della desistenza, con particolare riferimento alla volontarietà della stessa, in modo da (continuare a) incentivare il più possibile la presentazione di una dichiarazione corretta, anche da parte di colui che abbia posto in essere condotte idonee ed univocamente dirette a supportare una dichiarazione fraudolenta o infedele, però poi rinunciando a realizzare la fase ultima consistente nel tradurre in dichiarazione i dati inquinanti ([33]). E comunque, in caso di desistenza non volontaria, si profila una punibilità a titolo di tentativo in assenza di danno, mentre in caso di consumazione e di ravvedimento successivo, con integrale pagamento del debito, il reo può ottenere la non punibilità del delitto commesso, *ex* art. 13 cit.: quadro la cui ragionevolezza meriterebbe forse una più approfondita discussione.

[33] Flora, *Prime riflessioni*, cit., p. 7-8.

Strettamente collegato al tema che precede è quello relativo agli effetti, sul versante della responsabilità da reato tributario dell'ente, della non punibilità della persona fisica, ai sensi dell'art. 13 d.lgs. 74/2000. Su questo aspetto si dovrà ritornare più avanti, dopo aver analizzato le più recenti innovazioni introdotte in tema di responsabilità degli enti *in subiecta materia*.

5.2. *(*Segue*) L'estensione della responsabilità dell'ente da reato tributario*

L'art. 5 dello Schema, recante modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, prevede (lettera *c*) che all'articolo 25-*quinquiesdecies* venga inserito il seguente comma 1-*bis*: "In relazione alla commissione dei delitti previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, se commessi anche in parte nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro, si applicano le seguenti sanzioni pecuniarie: *a)* per il delitto di dichiarazione infedele previsto dall'articolo 4, la sanzione pecuniaria fino a trecento quote; *b)* per il delitto di omessa dichiarazione previsto dall'articolo 5, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote; *c)* per il delitto di indebita compensazione previsto dall'articolo 10-*quater*, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote".

Nell'ottica dello Schema, tali nuove ipotesi di responsabilità da reato tributario vengono quindi ad aggiungersi a quelle introdotte con la legge 19 dicembre 2019, n. 157, sollevando tuttavia una serie di problemi di non agevole soluzione.

Una prima questione che si pone è relativa all'individuazione degli enti potenzialmente responsabili *ex* art. 25-*quinquiesdecies*, comma 1-*bis*.

Come si è visto, infatti, la Direttiva P.I.F. (art. 2) fa espresso riferimento alla "persona giuridica", intesa come "entità che abbia personalità giuridica".

La legge di delegazione sul punto è ambigua[34]. Taluno ha invero ritenuto che essa faccia riferimento - a differenza della Direttiva - anche agli enti privi di personalità giuridica[35], ma dal punto di vista letterale la delega è sì volta ad integrare le disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001,

[34] L'art. 3 della legge l. 4 ottobre 2019, n. 117, alla lettera *e)*, detta la delega ad "integrare le disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, prevedendo espressamente la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche anche per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea e che non sono già compresi nelle disposizioni del medesimo decreto legislativo".

[35] Flora, *Prime riflessioni*, cit., p. 10.

n. 231, ossia la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, ma prevedendo espressamente la responsabilità amministrativa da reato delle (sole) persone giuridiche.

Pertanto, l'art. 25-*quinquiesdecies*, comma 1-*bis*, viene aggiunto al *corpus* del d.lgs. 231/2001, che all'art. 1, comma 2, prevede espressamente che le disposizioni in esso contenute si applichino non solo agli enti forniti di personalità giuridica, ma anche alle società (pur se prive di personalità giuridica) e alle associazioni prive di personalità giuridica. Tuttavia, l'estensione agli enti privi di personalità giuridica dell'art. 25-*quinquiesdecies*, comma 1-*bis*, potrebbe essere ritenuta frutto di un eccesso di delega e pertanto costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 76 Cost.[36].

Dal punto di vista della tipicità oggettiva, poi, si può convenire in linea di massima sulla soluzione, proposta in dottrina, per cui l'adeguamento della normativa penale tributaria alla Direttiva, ivi compreso l'inserimento dei delitti tributari tra i reati fonte di responsabilità ai sensi del d.lgs. 231/2001, debba essere limitato ai reati in materia di IVA, commessi in ambito transnazionale e che comportino un'evasione IVA complessiva non inferiore ad euro dieci milioni[37].

Non è chiaro, peraltro, che cosa significhi il termine "complessiva", con riferimento all'evasione IVA non inferiore (cioè pari o superiore) alla soglia di dieci milioni di euro.

Nella legge delega il tema non è sviluppato né tantomeno chiarito: il legislatore delegante si limita a richiamare la Direttiva P.I.F. L'art. 2, par. 2, della Direttiva dispone, come si è visto, che in materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, essa si applica unicamente ai casi di reati gravi contro il sistema comune dell'IVA e che "i reati contro il sistema comune dell'IVA sono considerati gravi qualora le azioni od omissioni di carattere intenzionale secondo la definizione di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettera *d)*, siano connesse al territorio di due o più Stati membri dell'Unione e *comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 000 000 EUR*"[38].

[36] Con la conseguenza che il giudice non potrebbe disapplicare la norma *in parte qua* (come è stato immaginato sul presupposto di una violazione della sola Direttiva, interpretata in senso stretto), ma semmai sollevare questione di legittimità costituzionale.

[37] A. Spena, *La protezione degli interessi finanziari UE: considerazioni sparse a un anno dalla direttiva 2017/1371*, in «RDA», 2018, p. 38-39; Flora, *Prime riflessioni*, cit., p. 6.

[38] Nel Considerando 4 della Direttiva, si legge che "La nozione di reati gravi contro il sistema comune dell'imposta sul valore aggiunto («IVA») istituito dalla direttiva 2006/112/CE del Consiglio («sistema comune dell'IVA») fa riferimento alle forme più

Sul punto, si è osservato che non si possono certo applicare "a singhiozzo" le norme dettate in recepimento della Direttiva, "a seconda che in un determinato anno il complessivo danno cagionato da tutte le frodi IVA transnazionali sia di almeno dieci milioni", perché si rischierebbe addirittura di introdurre una forma di responsabilità penale per fatto altrui[39].

Su questo aspetto di rilevanza tutt'altro che marginale sembra essere mancato il necessario sforzo di approfondimento: il danno va calcolato in rapporto al singolo reato in materia di IVA, oppure deriva dalla somma del *quantum* di tributo evaso dal medesimo soggetto mediante una pluralità di reati? In questa seconda ipotesi, quale vincolo deve sussistere tra i reati per poter sommare il danno in termini di evasione IVA arrecato da ciascuna violazione, ed entro quale limite temporale?

Per dare corretta attuazione alla Direttiva, pur con tutte le difficoltà che solleva il concetto di "danno complessivo", pensato in maniera molto duttile e poco consona alle esigenze del diritto penale, sarebbe stato forse necessario introdurre apposite modifiche nel d.lgs. 74/2000, in maniera tale da consentire il recepimento di tale nozione nel rispetto dei principî costituzionali fondamentali, *in primis* quello di legalità, e maneggiando le opportune categorie dogmatiche, come per esempio l'istituto del reato eventualmente abituale.

Ma anche in un'ottica più generale, ci si è interrogati sugli strumenti di tecnica legislativa idonei a consentire il recepimento della fonte sovranazionale, affacciandosi l'alternativa tra l'inserimento di una autonoma fattispecie di dichiarazione IVA fraudolenta (che tra i propri requisiti contenga anche quello della transnazionalità e della evasione pari ad almeno dieci milioni di euro) oppure la previsione di un'apposita

gravi di frode dell'IVA, in particolare la frode carosello, la frode dell'IVA dell'operatore inadempiente e la frode dell'IVA commessa nell'ambito di un'organizzazione criminale, che creano serie minacce per il sistema comune dell'IVA e, di conseguenza, per il bilancio dell'Unione. I reati contro il sistema comune dell'IVA dovrebbero essere considerati gravi qualora siano connessi al territorio di due o più Stati membri, derivino da un sistema fraudolento per cui tali reati sono commessi in maniera strutturata allo scopo di ottenere indebiti vantaggi dal sistema comune dell'IVA e il danno complessivo causato dai reati sia almeno pari a 10 000 000 EUR". Il Considerando 18 aggiunge che "La presente direttiva non osta a che gli Stati membri prevedano altri elementi che indichino il carattere di gravità di un reato, ad esempio nei casi in cui il danno o il vantaggio sia potenziale ma di carattere molto consistente. Tuttavia, per i reati contro il sistema comune dell'IVA, la soglia al raggiungimento della quale il danno o il vantaggio dovrebbe essere presunto considerevole è, in conformità della presente direttiva, pari a 10 000 000 EUR".

[39] Flora, *Prime riflessioni*, cit., p. 6.

circostanza aggravante[40].

Orbene, si deve notare che lo Schema di decreto legislativo non è intervenuto né a dettare nuove ed autonome fattispecie caratterizzate dall'evasione dell'IVA per un importo (complessivo) non inferiore a dieci milioni di euro e dal carattere transfrontaliero, né a prevedere tali elementi come circostanze aggravanti.

Sicché si assiste ad una sorta di disallineamento tra le fattispecie penali in cui va sussunto il fatto commesso dalla persona fisica e il modello di illecito da cui sorge la responsabilità dell'ente: modello che si pone come speciale rispetto al reato, così che quest'ultimo può assurgere a presupposto solo se in concreto si assumano realizzati i dati specializzanti.

Il che può sollevare problemi assai delicati, che toccano anche altri aspetti demandati alla sensibilità dell'interprete, come ad esempio il rapporto tra la commissione del delitto-presupposto "anche in parte nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea" e l'aggravante del reato transnazionale, alla cui commissione abbia dato un contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato (art. 61-*bis* c.p.).

Si noti, inoltre, la discrasia, difficilmente emendabile, per cui nelle fattispecie delittuose in materia di dichiarazione sia l'imposta evasa, sia il *quantum* della stessa (laddove risulti prevista una soglia di punibilità) rappresentano un dato di natura oggettiva, qualificabile come elemento essenziale del reato[41], mentre nel nuovo articolo 25-*quinquiesdecies*, comma 1-*bis*, per come delineato nello Schema, si fa riferimento alla commissione del delitto "al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro", così trasferendo la soglia dal piano oggettivo a quello soggettivo, con una evidente difficoltà di armonizzare il modello tipico di responsabilità della persona fisica con quello della persona giuridica.

Invero, la Direttiva P.I.F. sembra descrivere in maniera inequivocabile il requisito della gravità della frode, *sub specie* di evasione dell'IVA rilevante

[40] Con preferenza per la seconda, Flora, *Prime riflessioni*, cit., p. 6-7.

[41] Lettura prevalente rispetto alla tesi che vorrebbe le soglie condizioni di punibilità: per tutti, P. Aldrovandi, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Cedam, Padova, 2005, p. 147; A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, cit., p. 249; S. Putinati, *Art. 3. Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in *La riforma dei reati tributari*, a cura di C. Nocerino, S. Putinati, cit., p. 67; Veneziani, *Le soglie di punibilità nei delitti tributari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Jovene, Napoli, 2011, p. 2141 ss.; F. Cingari, *La dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in *I reati tributari,* a cura di R. Bricchetti, P. Veneziani, cit., p. 221 ss. In giurisprudenza, Cass. SU, 28 marzo 2013, n. 37424, Romano.

ove non inferiore a dieci milioni di euro, quale danno effettivo, e cioè alla stregua dell'oggettivo risultato pregiudizievole degli interessi finanziari dell'Unione, e non come mera finalità perseguita dal reo.

Come si è visto, infatti, l'art. 2, par. 2, della Direttiva prevede che, in materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, essa si applichi unicamente ai casi di reati gravi contro il sistema comune dell'IVA, definendo tali quelli caratterizzati - fra l'altro - da "un danno complessivo pari ad almeno 10 000 000 EUR", e non semplicemente dall'intenzione ovvero dal fine di procurare un danno siffatto (intenzione che può essere bastevole in sede di tentativo - v. *supra* - ma non certo in rapporto al delitto consumato).

Sul punto, in effetti, la legge delega non fornisce alcuna specifica indicazione, tanto che viene da interrogarsi in maniera più radicale sulla stessa legittimità di fondo della formula utilizzata dal legislatore delegante, all'art. 3, lett. *e)*: è sufficiente dare mandato per integrare le disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, "prevedendo espressamente la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche anche per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea e che non sono già compresi nelle disposizioni del medesimo decreto legislativo"?

Si noti che dopo la delega, e a prescindere dalla stessa, con la l. 157/2019 sono stati inseriti nel d.lgs. 231/2001 (art. 25-*quinquiesdecies*, c. 1) i delitti di dichiarazione fraudolenta (artt. 2 e 3), di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8), di occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10) e di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11).

Orbene, in base allo Schema, il comma 1-*bis*, pur esordendo con un richiamo generico ed indistinto alla commissione di tutti i delitti previsti dal d.lgs. 74/2000, "se commessi anche in parte nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro", detta le sanzioni solo per i delitti di dichiarazione infedele (art. 4), di omessa dichiarazione (art. 5) e di indebita compensazione (art. 10-*quater*), così selezionando i nuovi delitti-presupposto, limitatamente alle ipotesi in materia di IVA che ricalchino l'ormai noto paradigma di "gravità".

È quindi il Governo a scegliere di allargare la base di responsabilità dell'ente, in controtendenza rispetto alla scelta del legislatore del 2019, mediante il richiamo a fattispecie che, nel nostro ordinamento, non sono per certo connotate da frode, quali la dichiarazione infedele, l'omessa dichiarazione e l'indebita compensazione di cui al primo comma dell'art.

10-*quater*[42].

Il che solleva interrogativi non da poco, sia sul versante interno, sia su quello dei rapporti con le fonti sovranazionali. Infatti, in base alla Direttiva è possibile accogliere una nozione assai dilatata ed elastica di frode, che comporta però una serie di frizioni con quella comunemente accolta in rapporto al sistema penal-tributario disegnato dal d.lgs. 74/2000, pur con qualche crepa di recente apertasi (si pensi all'art. 1, lett. *g-ter*, laddove con la riforma del 2015 si sono inserite fra le condotte fraudolente anche quelle omissive).

Ma se ciò non fa che riproporre all'attenzione i termini del dibattito di assai ampio respiro, sul confronto tra i canoni di legalità a livello europeo e a livello nazionale, in specie nell'ottica della tassatività/determinatezza, per come anche diversamente declinati dalle Corti che plasmano il diritto vivente (la vicenda Taricco resta esempio emblematico), le ricadute più immediate si debbono misurare in base alle scelte di attuazione concretamente operate nel nostro Paese.

I principi ed i criteri direttivi (nonché l'oggetto stesso) della delega paiono piuttosto vaghi e in definitiva tali da non fornire alcuna vera coordinata di riferimento al delegato[43], con il risultato di una assai scarsa coerenza del panorama normativo che ne emerge[44]. Le previsioni dell'art.

[42] Tra l'altro, il richiamo indifferenziato all'art. 10-*quater* suscita una certa perplessità, atteso che le distinte fattispecie di cui, rispettivamente, al primo ed al secondo comma del medesimo sono tra loro eterogenee: l'indebita compensazione realizzata utilizzando crediti non spettanti (primo comma) prescinde da una condotta fraudolenta, sottende un disvalore meno grave ed infatti è punita meno severamente (con una cornice edittale corrispondente a quella dell'omesso versamento IVA, di cui all'art. 10-*ter*, non incluso tra i reati presupposto); ben diversa l'indebita compensazione mediante crediti inesistenti (secondo comma), in cui le modalità tipiche di lesione si caratterizzano in termini di frode, perlomeno *lato sensu* intesa, così da rendere giustificata una cornice edittale decisamente più severa.

[43] La delega, invero, da tramite necessario tra la Direttiva e il decreto legislativo, sembra quasi evaporare, di modo che la scelta degli ulteriori delitti tributari, presupposto della responsabilità dell'ente, prescinde da un criterio guida, pur generale, fissato dal Parlamento, poggiando *tout court* sulla fonte comunitaria, *omisso medio*. È lo stesso art. 3, c. 1, lettera *a)*, della "legge di delegazione europea 2018" a risultare troppo generico, nel momento in cui non offre alcun riferimento di massima per "individuare i reati previsti dalle norme vigenti che possano essere ritenuti reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, in conformità a quanto previsto dagli articoli 1, 2, 3, 4 e 5 della direttiva (UE) 2017/1371", limitandosi così a un ampissimo rinvio alla fonte sovranazionale.

[44] Di conseguenza, si complica non poco il compito che attende chi debba ripensare i modelli organizzativi, in rapporto alle nuove forme di responsabilità da reato tributario della *societas*; tema che qui si può solo enunciare, ma che emerge già nel suo rilievo

25-*quinquiesdecies*, comma 1-*bis*, sembrano dunque poggiare su basi vacillanti, proprio nella misura in cui è la delega nel suo complesso a mostrare limiti non trascurabili nella prospettiva del rispetto dell'art. 76 Cost.

centrale.

6. *Ulteriori problematiche in tema di rapporti tra sistemi sanzionatori in materia tributaria: dubbi sul* ne bis in idem *e sulla ragionevolezza del quadro complessivo delineato dalle recenti riforme*

A prescindere dall'emanazione del decreto legislativo in attuazione della delega, e quindi dall'effettiva attuazione della Direttiva P.I.F. nella materia in oggetto, si pone il problema delle possibili violazioni del principio del *ne bis in idem*, già sulla base dei delitti tributari introdotti come presupposto della responsabilità dell'ente dalla l. 157/2019[45].

Tutt'altro che semplice è infatti l'opera di coordinamento non solo sul fronte dei rapporti tra responsabilità dell'ente da reato e responsabilità penale della persona fisica, ma anche sul terreno del coordinamento tra il sistema sanzionatorio amministrativo tributario e le sanzioni amministrative "da delitto tributario" recentemente introdotte, che - venendo a convergere nei confronti della *societas* - rischiano di produrre duplicazioni inaccettabili già dal punto di vista del diritto sostanziale, ove si riscontri una coincidenza di scopi, una stigmatizzazione che abbia per oggetto i medesimi aspetti della condotta illecita, un risultato sanzionatorio eccessivo in conseguenza del cumulo di sanzioni (tributaria e amministrativa *ex* d.lgs. 231/2001), in rapporto alla gravità dell'illecito[46].

Invero, sin dal 2003, con il d.l. n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, è stata introdotta la regola della applicabilità delle sanzioni amministrative tributarie direttamente in capo alla persona giuridica (ovvero società) che abbia tratto vantaggio dalla violazione e non più alla persona fisica autrice (o coautrice) della stessa (art. 7), così prendendo commiato dal principio secondo cui il carattere afflittivo delle sanzioni fiscali esigerebbe l'applicazione delle stesse soltanto in capo alla persona fisica autrice materiale dell'illecito. Con ogni evidenza, il concetto della diretta sanzionabilità in via amministrativa dell'ente si colloca nella stessa scia del modello di responsabilità disegnato dal d.lgs. 231/2001, così predisponendo terreno fertile per lo sviluppo di indebite duplicazioni, sia sotto il profilo sostanziale sopra ricordato, sia dal punto di vista della convergenza di più procedimenti in sedi distinte per lo stesso fatto.

Il tema è così ampio, da poter essere solo accennato in questa sede,

[45] Per tutti, Santoriello, *La nuova responsabilità delle società per i reati tributari*, in <*ilpenalista.it*>, p. 6, laddove si evidenzia che dal reato tributario presupposto possono derivare nei confronti della *societas* sanzioni sia in sede fiscale sia in sede penale, in base all'art. 25-*quinquiesdecies* d.lgs. 231/2001.

[46] Cfr. C. cost., 24 ottobre 2019, n. 222; Perini, *Brevi note*, cit., p. 18.

dovendosi rinviare alla imponente elaborazione della letteratura e della giurisprudenza, anche sovranazionale, in materia: di certo, le peculiarità del settore tributario, e penal-tributario, paiono così marcate da poter incidere in maniera significativa sulle soluzioni da adottare su questo specifico versante della responsabilità dell'ente nella prospettiva del d.lgs. 231.

Sul punto, al di là dei possibili rimedi in via interpretativa adottabili dalle Corti nazionali (Corte di Cassazione, Consulta) e sovranazionali (Corte di Giustizia, Corte EDU), si è suggerito di recente di "prospettare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*terdecies* d.lgs. n. 58/1998, come modificato dall'art. 4, comma 17, d.lgs. n. 107/2018, nella parte in cui non è applicabile alla responsabilità degli enti"[47], allo scopo di colmare una evidente lacuna del sistema tributario, in cui l'insufficienza palesata da tempo dall'art. 19 d.lgs. 74/2000 (quanto a disciplina dei rapporti tra sistema penale e sistema sanzionatorio amministrativo basata sul principio di specialità) si manifesta in maniera ancor più preoccupante a fronte delle nuove forme di responsabilità dell'ente da reato tributario[48].

Ulteriori profili oggetto di valutazione, dopo la riforma che ha inserito i delitti tributari nell'ambito dei delitti-presupposto del d.lgs. 231/2001, riguardano la ragionevolezza del quadro complessivo che ne risulta. Ci si avvia a concludere queste brevi riflessioni richiamando un solo esempio.

A fronte dell'estensione della premialità in caso di integrale pagamento del debito tributario per la persona fisica - nei limiti segnati dall'art. 13 d.lgs. 74/2000 e significativamente allargati con la l. 157/2019 ai delitti di dichiarazione fraudolenta (artt. 2 e 3) - si pone il quesito della portata dei limiti segnati dall'art. 8 d.lgs. 231/2001, secondo cui la responsabilità dell'ente sussiste anche quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia (c. 1, lett. *b*).

In proposito, si è suggerito il rimedio interpretativo, basato sulla *ratio* del sistema improntato alla riscossione del tributo, per cui l'art. 8 cit. non opererebbe rispetto alla causa di non punibilità dei reati tributari, dovendosi trattare allo stesso modo il sistema che concerne la persona fisica e quello che riguarda l'ente; in alternativa, non resterebbe che prospettare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 d.lgs. 74/2000, nella parte in cui non è applicabile agli enti responsabili ai sensi del d.lgs. 231/2001[49].

[47] Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in «SP», 19 marzo 2020, p. 2.

[48] Cfr., anche per ulteriori riferimenti, Mazzacuva, *I rapporti con il sistema sanzionatorio amministrativo e fra procedimenti*, in *I reati tributari*, a cura di R. Bricchetti, P. Veneziani, cit., p. 581 ss.

[49] Bartoli, *Responsabilità degli enti*, cit., p. 2 e 9 s.

In effetti, una volta che il debito tributario, comprensivo di interessi e sanzioni, sia stato integralmente estinto nelle modalità e nei termini disciplinati dall'art. 13 d.lgs. 74/2000, si realizza una causa di non punibilità in senso stretto (sopravvenuta), di natura oggettiva, del corrispondente delitto tributario: in base alla riforma del 2019, come detto, anche della dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture per operazioni inesistenti e della dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, che rientrano al tempo stesso fra i delitti-presupposto di cui all'art. 25-*quinquiesdecies* d.lgs. 231/2001.

Ancorché la linea di confine tra cause estintive del reato e cause di non punibilità in senso stretto sia alquanto difficile da tracciare[50], e per quanto non manchino ambigue sovrapposizioni tra le une e le altre, a cominciare da una corretta qualificazione giuridica del singolo istituto, la causa di non punibilità in senso stretto *ex* art. 13 cit. sembra porsi su un piano distinto rispetto a quello delle cause estintive del reato, richiamate dall'art. 8 d.lgs. 231/2001[51].

Ciò posto, sarebbe quantomeno irragionevole *punire* l'ente "*ex* 231" per un delitto commesso da una persona fisica (normalmente, in caso di dichiarazione fraudolenta, da un soggetto apicale, quale il legale rappresentante che ha sottoscritto la dichiarazione) nell'interesse o a vantaggio della *societas*, che tuttavia *non sia (più) punibile*, per il verificarsi di una *causa di non punibilità in senso stretto* specificamente prevista dalla legge e ricollegata alla oggettiva reintegrazione del bene giuridico protetto[52].

[50] Ma la distinzione esiste, come evidenziato dalla dottrina; basti qui richiamare Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 603 s. e 607 ss.

[51] Non ci si nasconde la tendenza ad omologare le cause di non punibilità alle cause estintive del reato, nella prospettiva dell'art. 8 cit. Di recente la Cassazione ha ritenuto persistere la responsabilità da reato dell'ente, anche in caso di proscioglimento della persona fisica stante la non punibilità per lieve entità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p. (Cass. Sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072/2018, in C.E.D. Cass., n. 272447; Cass, Sez. III, 10 luglio 2019, n. 1420/2020, in C.E.D. Cass., n. 277722; sul tema, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2020, 96 ss.). Peraltro, sembra necessaria una specifica valutazione delle caratteristiche della singola causa di non punibilità in senso stretto e del contesto in cui essa è destinata ad operare, per valutarne l'efficacia nei riguardi dell'ente. Così come per le (speculari) condizioni di punibilità si può nutrire più di un dubbio su un'ipotetica responsabilità dell'ente derivante da un reato condizionato, laddove la condizione di punibilità non si sia verificata, in particolare qualora si tratti di condizione intrinseca, *id est* pertinente al profilo lesivo dell'illecito.

[52] In specie allorché anche soggettivamente la condotta riparatoria sia riferibile all'ente, a livello deliberativo e di spesa. Sul tema, che non può essere approfondito in questa sede, si rinvia a C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in «DPP», 2019, p. 534 ss.

In particolare, nel caso dell'art. 13, si deve immaginare che l'ente abbia proceduto al ravvedimento operoso ed abbia di conseguenza pagato integralmente gli importi dovuti, inclusi gli interessi e le sanzioni[53].

Se ciò comporta la non punibilità della persona fisica (es. del legale rappresentante), allo stesso modo non si comprende come un reato non (più) punibile, tra l'altro emerso proprio grazie ad un'iniziativa volontaria dell'ente, integralmente satisfattiva delle pretese erariali, possa fungere da presupposto per la responsabilità *ex* d.lgs. 231 della persona giuridica (latamente intesa): trattasi invero di situazioni ben diverse da quelle in cui il reato si estingue per morte del reo o per prescrizione, a maggior ragione laddove l'ente abbia fornito un contributo decisivo per riparare *in toto* l'offesa cagionata dal delitto.

[53] Inoltre, l'ente non avrebbe interesse a pagare il debito tributario, o perlomeno sarebbe fortemente disincentivato a farlo, laddove ciò in pratica si traducesse in una sorta di auto-denuncia, atteso il permanere della responsabilità da reato. Qualora poi al pagamento provvedesse la persona fisica autrice del reato a vantaggio dell'ente (ammesso che abbia la disponibilità economica, oltre che l'interesse a evitare la sanzione penale), ciò comporterebbe il disvelamento del fatto, fonte di responsabilità dell'ente *ex* d.lgs. 231, e dunque anche per questo verso potrebbero essere scoraggiate condotte riparatorie: cfr. Bartoli, *Responsabilità degli enti*, cit., p. 10.

Tiziana Vitarelli*

Il Responsabile del Servizio di prevenzione e protezione: mero consulente o vero e proprio garante?

Sommario: 1. Premessa – 2. La responsabilità dell'RSPP ai sensi dell'art. 40, cpv., c.p. – 3. La responsabilità dell'RSPP ai sensi dell'art. 113 c.p. – 4. Le ragioni contrarie alla responsabilità penale dell'RSPP per condotte omissive – 5. Considerazioni conclusive e spunti per una futura riforma.

1. *Premessa*

Le figure del Servizio di prevenzione e protezione (di seguito, anche SPP) e del suo Responsabile (di seguito, anche RSPP), come risaputo, fanno ingresso nel sistema normativo della sicurezza e dell'igiene sul lavoro ad opera del d.lgs. n. 626/1994; vengono successivamente riproposte, in termini sostanzialmente identici, dal d.lgs. n. 81/2008 (di seguito, anche T.U.). Lo scopo è quello di potenziare la sicurezza in azienda, una volta consolidatasi la precisa consapevolezza che il datore di lavoro non possiede solitamente le conoscenze tecnico-scientifiche necessarie alla prevenzione degli infortuni professionali, specie quando l'attività svolta sia marcatamente "a rischio"[1]; ciò nonostante la valutazione dei rischi e l'elaborazione del

* Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Messina.

[1] Il Servizio di prevenzione e protezione è stato previsto dalla direttiva 89/391/CEE del Consiglio – concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro –, recepita dal d.lgs. n. 626/1994, che ha stabilito l'obbligatorietà dell'istituzione del servizio, contemplando inoltre la figura del suo Responsabile: per tutti, C. Bernasconi, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro,* a cura di F. Giunta, D. Micheletti, Giuffrè, Milano, 2010, 78 ss. La designazione dell'RSPP, ai sensi dell'art. 17 T.U. n. 81/2008, è un obbligo indelegabile del datore di lavoro, la cui violazione è penalmente sanzionata a norma dell'art. 55, comma 1, lett. *b*). L'art. 34 del T.U. contempla lo svolgimento diretto da parte del datore di lavoro dei compiti di prevenzione e protezione dai rischi, ma solo in presenza di alcune condizioni qualitative e quantitative, la più importante delle quali è, in sintesi, che l'attività svolta non sia ad alto rischio o che l'azienda non impieghi oltre 200 lavoratori (art. 31, co. 6).

relativo documento siano – non senza contraddizione – obblighi indelegabili del soggetto apicale, ai sensi dell'art. 17 T.U.[2].

Nella prospettiva indicata, la legislazione – dal 2003 in avanti – richiede che gli addetti del Servizio e il suo Responsabile dispongano di cognizioni specifiche[3].

[2] Si tratta di un singolare paradosso, per nulla mitigato dalla precisazione, frequente in dottrina, secondo cui al datore di lavoro si chiede non di operare "in solitudine", ma di ricorrere alla collaborazione di esperti e assicurare che l'organizzazione disponga dei saperi necessari al rispetto delle regole cautelari. «L'unico risultato della non delegabilità resta dunque quello di non sottrarre il datore di lavoro al proprio obbligo di garanzia, senza però che ciò si converta in una inammissibile responsabilità da posizione»: in questi termini, (l'auspicio di) F. D'Alessandro, *Delega di funzioni (diritto penale)*, in «ED-Annali», 9/2016, p. 251, tuttavia spesso smentito dagli esiti processuali. La non piena condivisibilità del vigente assetto normativo – come si cercherà di dimostrare nel corso della presente riflessione – sembra ulteriormente confermata, sul versante della responsabilità del soggetto apicale, dalle disposizioni dell'art. 15 (per quel che concerne le misure generali di tutela) e dei titoli II-XI (relativamente alle misure cautelari specifiche), che attribuiscono al datore di lavoro, talvolta in parallelo ad altri debitori di sicurezza, un ampio ventaglio di doveri prevenzionali. Centrale, in proposito, N. Pisani, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro*, Jovene, Napoli, 2012. Sottolinea la distinzione tra doveri di organizzazione e gestione generale della sicurezza, di pertinenza del datore di lavoro, e obblighi di valutazioni tecniche e d'intervento sui fattori di pericolo, estranei invece all'ambito di garanzia del medesimo, V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in. *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, a cura di A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Jovene, Napoli, 2014, pp. 29 ss. Per un quadro aggiornato degli obblighi del datore di lavoro, da ultimo, R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020, 30 ss.; S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili*, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 84 ss.

[3] In questa prospettiva, lo schema tratteggiato nel 1994 era stato arricchito, attraverso il d.lgs. n. 195/2003, con l'introduzione nel d.lgs. n. 626 dell'art. 8-*bis*, che imponeva alla figura dell'RSPP il possesso di una qualifica specifica, il cui contenuto è stato replicato, in termini ancor più puntuali, dall'art. 32 T.U. n. 81/2008. «La necessità di competenze specifiche e di requisiti professionali fissata dal d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, art. 8 *bis* per i responsabili e gli addetti al servizio in questione è il miglior riscontro della centralità della prevenzione e della informazione nel sistema di tutela della integrità fisica e della personalità morale dei lavoratori, (poi del loro diritto alla salute), che si è andato perfezionando a partire dalla regolazione dell'art. 2087 c.c. […] e si completa col sistema attualmente positivo di d.lgs. 9 agosto 2008, n. 81»: Cass. Sez. IV, 18 marzo 2010, n. 16134, in <*archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.*> Più precisamente, dalle novità apportate allo schema originario dal d.lgs. n. 195/2003, con la richiesta di una qualifica specifica per l'RSPP – mantenuta dalla legislazione attuale –, e dalla articolata disciplina dell'organizzazione dell'SPP contenuta nell'art. 31 T.U., la giurisprudenza ha spesso desunto «una revisione della figura del RSPP, nel senso che il soggetto designato responsabile del servizio, pur rimanendo ferma la posi-

Quanto alle funzioni, ai sensi dell'art. 2, lett. *f)*, T.U., l'RSPP è dotato unicamente del compito di coordinamento dell'SPP; l'art. 33 gli attribuisce, poi, – al pari degli altri componenti del Servizio – una funzione consultiva, sprovvista tanto di poteri operativi, quanto di capacità decisionale e di spesa[4]. Più precisamente, l'RSPP – come tutti gli addetti dell'SPP – è, fin dal suo inserimento nella legislazione antinfortunistica, la figura che, tra l'altro, individua e valuta i fattori di rischio per i lavoratori; mette a fuoco le misure adeguate a neutralizzarli o, almeno, a minimizzarli; fornisce i relativi "suggerimenti" al datore di lavoro, unico soggetto dotato di poteri gestori e, quindi, deputato ad adottare le determinazioni ultime, in qualità di garante primario.

Nonostante sia trascorso quasi un trentennio dalla previsione di queste figure, la reale qualificazione giuridica, in particolare, dell'RSPP – se mero consulente o titolare di un obbligo di garanzia – e le conseguenze penali cui questi si trova esposto in caso di infortuni o tecnopatie dovuti a una sua condotta *omissiva* versano ancora in condizioni di spiccata incertezza[5]. E invero, benché gli eventi lesivi in parola derivino dai reati comuni colposi di omicidio e lesioni, questi, nel settore antinfortunistico, assumono la natura di illeciti a soggettività ristretta qualora integrati da un comportamento inerte del garante della sicurezza[6].

zione di garanzia del datore di lavoro, possa, ancorché sia privo di poteri decisionali e di spesa, essere ritenuto corresponsabile del verificarsi di un infortunio, ogni qual volta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, dovendosi presumere, nel sistema elaborato dal legislatore, che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzare detta situazione»: tra le altre, Cass. Sez. IV, 19 maggio 2017, n. 24958, in <*olympus.uniurb.it.*>

[4] «In particolare il RSPP non può incidere in via diretta sulla struttura aziendale ma ha solo una funzione di ausilio finalizzata a supportare (e non a sostituire) il datore di lavoro nell'individuazione dei fattori di rischio nella lavorazione, nella scelta delle procedure di sicurezza e nelle pratiche di informazione e di formazione dei dipendenti»: Cass. Sez. IV, 16 dicembre 2013, n. 50605, in «DPP», 2014, p. 441, con nota di V. Ferro, *Delega di funzioni: i confini della posizione di garanzia e il responsabile del servizio di prevenzione e protezione.*

[5] Significativamente diversa l'ipotesi in cui l'evento lesivo derivi da una condotta colposa *attiva* dell'RSPP, consistente in suggerimenti errati o insufficienti; in sintesi, inadeguati. Nessuna difficoltà in casi del genere a ritenere l'esperto responsabile, anche in via diretta ed esclusiva, a titolo di colpa professionale, ove ne ricorrano in concreto tutti gli estremi alla luce dei principi generali in materia di responsabilità commissiva colposa.

[6] Così, A. Alessandri, *Impresa (responsabilità penali)*, in «DDP», VI, Torino, 1992, 201. Lo ribadisce, da ultimo, D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, in *Sicurezza sul lavoro*, cit., 296.

Con riferimento all'RSPP, si oscilla tra gli estremi di una responsabilità a titolo concorsuale (*ex* art. 113 c.p.) col datore di lavoro, e di una responsabilità diretta ed esclusiva per omesso impedimento (*ex* art. 40, cpv., c.p.), anche quando si neghi espressamente la titolarità di poteri impeditivi in capo all'esperto.

Esiti così difformi – fioriti specialmente nella prassi, in alcuni casi persino a seguito di premesse coincidenti[7] – sono verosimilmente ascrivibili, anzitutto, all'incongruenza dell'assetto normativo specifico, che non consente la realizzazione di un circolo ermeneutico perfetto, generando così presunzioni e automatismi[8]; ma sembrano in parte imputabili anche alla tendenza sempre più netta a rendere porosi i confini del concetto di "posizione di garanzia", che – come noto – esprime la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento ai sensi dell'art. 40, cpv., c.p. – anch'esso, invero, strumento facilmente malleabile grazie alla indeterminatezza della clausola di equivalenza[9] –. Cionondimeno, è un dato incontestabile che l'espressione "posizione di garanzia" sia stata concepita dalla dogmatica tradizionale in riferimento ai reati omissivi (di evento) e sia stata fondata sulla disponibilità di concreti poteri impeditivi[10]. Sulla scorta

[7] Emblematica della confusione che regna in materia, Cass. Sez. IV, 20 agosto 2010, n. 32195, in <*olympus.uniurb.it.*>, la quale, dopo aver affermato la natura di «semplici "ausiliari" del datore di lavoro» dei componenti dell'SPP, impossibilitati «a rispondere direttamente del loro operato, proprio perché difettano di un effettivo potere decisionale», in presenza di una condotta colposa attiva od omissiva dell'RSPP dalla quale derivino la mancata adozione di una misura prevenzionale da parte del datore di lavoro e, di seguito, un evento dannoso, prospetta tanto una responsabilità concorrente tra le due figure, quanto una responsabilità dell'RSPP a «titolo di colpa professionale che può assumere anche un carattere addirittura esclusivo».

[8] Il d.lgs. n. 81/2008, in punto di descrizione dei compiti tipici dell'RSPP, – come si cercherà di argomentare nel corso della presente riflessione – non fornisce indicazioni tali da consentire univocamente l'affermazione in capo a questi di una posizione di garanzia. Ciò non tanto per l'assenza di sanzioni penali a suo carico – come ritenuto da qualcuno –, quanto per la (unanimemente) riconosciuta mancanza di poteri di decisione, gestione e spesa in relazione alle fonti di rischio: più precisamente, di poteri di intervento impeditivo diretto nello svolgimento dell'attività pericolosa.

[9] Per tutti, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffré, Milano, 2004, 392.

[10] Sul tema della posizione di garanzia, in una prospettiva generale, si rinvia alle principali opere di riferimento: F. Sgubbi, *La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova, 1975; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano, 1983; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999; L. Risicato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del* reato, Giuffrè, Milano, 2001, 376 ss. Con specifico riguardo al diritto penale d'impresa, tra i tanti, P. Veneziani,

di questo insegnamento, l'opinione per lungo tempo dominante e tuttora autorevolmente sostenuta, soprattutto in dottrina, esclude che all'RSPP possa riconoscersi il ruolo di garante della sicurezza[11].

Tuttavia, nel corso del tempo e senza troppi indugi, la giurisprudenza si è disancorata dai parametri dogmatici; in un settore, in particolare, è andato diffondendosi l'opposto convincimento della «sicura riferibilità del ruolo di garante in capo» all'RSPP, con conseguente addebitabilità diretta ed esclusiva di responsabilità, purché sia accertata l'efficienza causale della sua

Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in «RTDPE», 1998, 493 ss.; D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in «DDP», *Aggiornamento*, Torino, 2000; A. Fiorella, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Il diritto penale dell'impresa*, coordinato da L. Conti, XXV, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2001, 3 ss.; T. Vitarelli, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2006, 289 ss.; Leoncini, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 107 ss.; A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in« RTDPE», 3-4/2017, 508 ss.

[11] In dottrina, per tutti, A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, Vol. I, *I principi generali*, Giappichelli, Torino, 2018, 66. Nello stesso senso, in epoca meno recente, tra gli altri, F. Basenghi, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale*, in *La sicurezza del lavoro*, a cura di L. Galantino, II ed., Giuffrè, Milano, 1996, 111 ss.; Id., *La ripartizione degli obblighi di sicurezza nel nuovo impianto legale*, in «DeJure», 14; V. Masia, *Infortuni sul lavoro e responsabilità d'impresa: colpa di organizzazione e organizzazione della colpa, anche alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 3, 116; N. Pisani, *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in «RTDPE», 2009, 155; Id., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in «DPP», 2008, 829; Bernasconi, *Gli altri garanti*, cit., 79 e 83. Nella letteratura penalistica italiana si registrano altresì voci contrarie, poche ma importanti, le quali però tratteggiano a volte una peculiare posizione di garanzia del consulente, complementare a quella datoriale, vale a dire non sostitutiva di quella principale, ma «aggiuntiva» – così, Pulitanò, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2019, 394 s., secondo il quale l'RSPP è «garante dell'apporto dei saperi», che si affianca ai datori di lavoro, garanti in quanto «detentori di potere» –; o «rilevante esclusivamente sul terreno concorsuale»: M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, Milano, 1997, 416 ss. Più netta la posizione di Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, II, *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, Padova, Cedam, 2003, 442, il quale ritiene direttamente applicabile all'RSPP l'art. 40, cpv., c.p., in virtù dell'obbligo contrattuale assunto con l'incarico. Sul versante applicativo, escludono che l'RSPP rivesta una posizione di garanzia, tra le altre, Cass. Sez. IV, 8 febbraio 2008, n. 6277, in <*olympus.uniurb.it.*>; Cass. Sez. feriale, 26 agosto 2010, n. 32357, in <*olympus.uniurb.it*.>; Cass. Sez. IV, 16 dicembre 2013, n. 50605, cit.; Cass. Sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 2406, in <*olympus.uniurb.it.*>; Cass. Sez. IV, 11 aprile 2017, n. 18153, in <*olympus.uniurb.it.*>; Cass. Sez. IV, 19 maggio 2017, n. 24958, cit.; Cass. Sez. IV, 9 dicembre 2019, n. 49761, in <*olympus.uniurb.it.*>

condotta colposa rispetto al prodursi dell'evento[12].

Questo "tradimento" dogmatico, che sfocia – tra l'altro – nella slabbratura del concetto di "posizione di garanzia", viene giustificato nel caso specifico dalla peculiarità del contesto in cui si inserisce l'attività dell'RSPP, caratterizzato non da una isolata gestione del rischio, ma dall'agire integrato di diversi soggetti, con ruoli e competenze fortemente differenziati, ma tutti parte di una procedura complessa. Si precisa che in ipotesi del genere «l'assenza di autonomi poteri gestori non vale per nulla ad escludere la responsabilità, quando la violazione degli obblighi imposti all'agente si riverbera proprio sulle decisioni assunte da chi quei poteri gestori riveste»[13].

Nelle pagine che seguono, ragioneremo sul contrastato ruolo dell'RSPP; tema che coagula l'interesse verso alcuni degli aspetti indagati in profondità dal Prof. Antonio Fiorella nei fondamentali studi da Lui condotti sulla delega di funzioni[14].

La perdurante incertezza, appena tratteggiata, sulla qualificazione giuridica della figura dell'RSPP e sulle conseguenze penali di un suo contegno *omissivo*, integrante un antecedente (indiretto) di infortuni, sollecita una rinnovata riflessione in materia, tenuto conto della riferita inclinazione a ridisegnare in via applicativa la latitudine e l'essenza della c.d. "posizione di garanzia" – già dilatata, in una prospettiva generale, oltre i confini della condotta omissiva[15] –, fino a ravvisarne gli estremi anche in mancanza di poteri di effettivo controllo e d'intervento sulla fonte di rischio. Adottando questa prospettiva, oltretutto, sfuma la differenza in punto di responsabilità tra RSPP e delegato, e si contraddice il dettato legislativo sulla indelegabilità di determinate funzioni.

Quel che si può sin d'ora anticipare e che avremo modo più avanti di argomentare è la dubbia legittimità di percorrere la strada – sovente battuta

[12] La pronuncia più articolata e significativa in tal senso è Cass. SU, 24 aprile 2014, n. 38343, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 settembre 2014, e in *CED*, rv. 261106, le cui posizioni erano già state anticipate e saranno successivamente ribadite, come si avrà modo di constatare, dal giudice estensore, R. Blaiotta, in alcuni suoi contributi scientifici.

[13] Così, Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 58.

[14] Ci si riferisce, in particolare, all'indagine di primario rilievo sul tema della delega di funzioni, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini Press, Firenze, 1985, allo studio su *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, cit., e al più recente *Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2018, 294 ss.

[15] L'espressione "posizione di garanzia" è utilizzata anche in relazione ai reati commissivi: A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., 58. Cass. SU, 24 aprile 2014, cit., va ancora oltre, e, in materia di sicurezza sul lavoro, attribuisce il ruolo di garante a chiunque sia coinvolto nella gestione del rischio, anche se privo di uno specifico obbligo di impedire l'evento. Nello stesso senso, Blaiotta, *Diritto penale*, cit., 14.

dalla giurisprudenza – di adattamenti definitori e di ricorrere a scorciatoie probatorie relativamente alla sussistenza dei criteri oggettivi e soggettivi di imputazione dell'evento all'RSPP[16]. Piuttosto che forzare la struttura degli istituti e ampliare arbitrariamente i margini della punibilità, nel dichiarato intento di evitare vuoti di tutela – pur al cospetto di beni primari e fondamentali –, ci pare doveroso rimanere aderenti all'attuale assetto normativo e, allo stato dell'arte, negare la sussistenza di una posizione di garanzia in capo all'RSPP, anche al prezzo di rinunciare all'applicazione di qualsivoglia sanzione penale.

Non discutiamo qui della razionalità di un siffatto assetto e siamo consapevoli che la ferrea tenuta dei principi possa comportare un costo evidente, in termini di sacrificio di beni di primario rilievo. Tutto ciò dovrebbe però sollecitare il legislatore ad attuare un intervento correttivo e non portare l'interprete ad alterare la vigente trama normativa.

2. *La responsabilità dell'RSPP ai sensi dell'art. 40, cpv., c.p.*

Nella prospettiva sopra enunciata, conviene muovere dalla verifica della coerenza delle affermazioni sviluppate in sede applicativa con le premesse dogmatiche, i principi generali (specie quelli garantistici di rilievo costituzionale) e le opzioni legislative. Il sospetto che va profilandosi è infatti quello di una asimmetria tra i diversi contesti.

Iniziamo dall'esame degli argomenti in virtù dei quali, negli ultimi tempi in particolare, è sempre più frequente l'attribuzione all'RSPP di una posizione di garanzia, il cui referente normativo viene focalizzato nell'art. 33 T.U., riguardante i "Compiti del servizio di prevenzione e protezione". Più precisamente, la norma, assegnando ai componenti dell'SPP la funzione di individuazione e valutazione dei rischi, nonché di elaborazione delle misure preventive e protettive di cui all'art. 28, comma 2, fonderebbe l'ascrizione all'RSPP, anche in via diretta ed esclusiva, della responsabilità occasionata da una sua condotta colposa di mancata segnalazione di misure antinfortunistiche al garante primario, ritenuta in sé produttiva di eventi lesivi nei luoghi di lavoro[17].

[16] D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, in «DPC-RT», 3/2016, 222 s. L'A. richiama in proposito C. cost., sent. n. 85 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 1424 ss., avente ad oggetto il caso Ilva.

[17] Al riguardo, in dottrina, I. Scordamaglia, *Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in «DPC-RT» , 23 novembre 2012, 10.

Il primo compiuto tentativo di ricostruzione, da parte della giurisprudenza, di una posizione di garanzia dell'RSPP risale grossomodo al 2007[18]; questa soluzione viene poi riproposta in successive pronunce[19], fino a una sorta di "consacrazione" in occasione della vicenda Thyssen[20], cui seguono sentenze di vario segno.

La premessa da cui muove – anche presso una esigua ma autorevole dottrina[21] – l'interpretazione estensiva dell'obbligo giuridico di impedire l'evento si colloca nella avvertita necessità di rivedere in parte gli stretti confini tracciati dall'art. 40 cpv. c.p. Questa esigenza emerge in particolare nell'ambito dei reati colposi commissivi, dove, per definire la sfera di responsabilità di un soggetto, si usa il termine "garante" «in un significato più ampio e diverso rispetto a quello richiesto dall'art. 40 cpv. c.p.»[22]. Ciò, a quanto pare, dovrebbe valere con peculiare nettezza nello specifico contesto delle organizzazioni complesse, atteso che «la presenza di differenziate figure di soggetti investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati suggerisce di configurare, già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio». In sintesi: «garante è il soggetto che gestisce il rischio»[23], anche solo una parte di esso.

Tuttavia, – si osserva – con riguardo alla costruzione e allo sviluppo del sistema di sicurezza sul lavoro, l'intreccio di obblighi che fanno capo a varie figure nella gestione di un rischio evidenzia la frequente impossibilità di

[18] Cass. Sez. IV, 17 aprile 2007, n. 15226, in <*olympus.uniurb.it*>, afferma infatti: «l'assenza di capacità immediatamente operative sulla struttura aziendale non esclude che l'inottemperanza alle stesse – e segnatamente la mancata individuazione e segnalazione dei fattori di rischio delle lavorazioni e la mancata elaborazione delle procedure di sicurezza nonché di informazione e formazione dei lavoratori – possa integrare un'omissione "sensibile" tutte le volte in cui un sinistro sia oggettivamente riconducibile a una situazione pericolosa ignorata dal responsabile del servizio».

[19] Tra le altre, Cass. Sez. IV, 23 aprile 2008, n. 25288, in <*Foro it.*>, 2008, II, 413, la quale afferma che l'RSPP, quando «abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, inducendo così il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale, risponderà insieme a questi dell'evento dannoso derivatone, essendo a lui ascrivibile un titolo di colpa professionale che può assumere un carattere addirittura esclusivo»; Cass. Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 49821, in *CED*, rv. 254094 e in <*Foro it.*>, 2013, II, 350.

[20] Cass. SU, 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

[21] V. *retro*, nt. 11; e *infra*, nt. 25.

[22] Lo evidenzia Blaiotta, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del Testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in «CP», 2009, 2265.

[23] Così, Blaiotta, *L'imputazione oggettiva*, cit., 2265.

separare con una rigida linea di confine le rispettive sfere di responsabilità[24]. Trattandosi di un lavoro in *équipe* – posto che i diversi soggetti, con distinti ruoli e competenze, cooperano in un unico contesto –, anche i componenti dell'SPP – si sostiene – possono assumere la veste di garanti[25].

Seguendo la prospettiva appena tracciata, si precisa che «gli adempimenti fondamentali […] passano non solo per l'esercizio di poteri, ma anche, ineludibilmente, richiedono conoscenze scientifiche che il detentore di potere per lo più non possiede»: di conseguenza, i portatori di sapere fanno parte – secondo questa voce dottrinale – della rete dei garanti, in aggiunta ai garanti decisori[26]. Sembrerebbe alludersi a una sorta di garanti "di concetto", che, seppure privi di potere decisionale e di intervento, si reputano esposti a responsabilità penale.

Sulla base di un simile schema concettuale, nonostante il contributo di semplice consulenza e «l'assenza di capacità immediatamente operativa sulla struttura aziendale», le omissioni dell'RSPP sono definite "sensibili", cioè tipiche, «tutte le volte in cui un sinistro sia oggettivamente riconducibile a una situazione pericolosa [dal medesimo] ignorata»[27]. Evidente, però, come questa lettura deformi, ampliandolo, il campo semantico tradizionalmente assegnato dalla dogmatica alla nozione di garante[28].

Non è d'altra parte giudicato argomento decisivo – come invece sostiene un settore della dottrina[29] – per negare la veste di garante all'RSPP la

[24] Blaiotta, *L'imputazione oggettiva*, cit., 2266.

[25] Così, Blaiotta, *Diritto penale*, cit., 59. In termini più sfumati ma sostanzialmente coincidenti, Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione*, cit., 28, secondo cui va criticata l'idea di circoscrivere il ruolo di garante a chi detiene il potere di assumere decisioni vincolanti, atteso che «l'assunzione di decisioni corrette è condizionata anche dall'acquisizione delle informazioni o dei saperi necessari, sui quali ben possono esplicare un dominio assai penetrante nuclei soggettivi diversi dal decisore formale».

[26] Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 393 ss.

[27] Cass. Sez. IV, 17 aprile 2007, cit.; Cass. SU, 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

[28] Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., 298.

[29] Tra gli altri, Tordini Cagli, *I soggetti responsabili*, cit., 101. G. Morgante, *Sicurezza nelle scuole e posizioni di garanzia: divisione o moltiplicazione di responsabilità penali?*, in «DPP», 2016, 1313, focalizza nell'art. 31, comma 2, T.U., nella parte in cui esclude che essi possano «subire pregiudizio a causa dell'attività svolta nell'espletamento del proprio incarico», un altro argomento a favore della negazione del ruolo di garanti per tutti i componenti dell'SPP. Ma il rilievo non pare decisivo: difficilmente può ritenersi che con il termine "pregiudizio" il legislatore si sia riferito alla responsabilità penale, e che con questa disposizione abbia voluto preservare da conseguenze sanzionatorie i soggetti in questione. L'A. annovera tra le disposizioni dalle quali può desumersi la funzione essenzialmente consultiva dell'SPP anche il comma 5 dell'art. 31, secondo cui «ove il datore di lavoro ricorra a persone o servizi esterni non è per questo esonerato dalla propria respon-

circostanza che tale figura non sia destinataria in prima persona di fattispecie contravvenzionali[30]. È, in effetti, il dato in questione prova poco, considerato che occorre distinguere «il piano delle responsabilità prevenzionali, derivanti dalla violazione di norme di puro pericolo, per le quali l'assenza di espressa sanzione esclude la responsabilità, da quello delle responsabilità per reati colposi di evento, quando cioè si siano verificati infortuni sul lavoro o tecnopatie, riconducibili alle previsioni di cui agli artt. 589 e 590 c.p.»[31].

Non persuasiva invece nel senso voluto dall'indirizzo in parola – attestando l'esatto opposto di quanto vorrebbe dimostrare – l'osservazione secondo la quale «l'assenza di obblighi penalmente sanzionati si spiega agevolmente proprio per il fatto che il servizio è privo di un ruolo gestionale, decisionale, e svolge solo una funzione di supporto alle determinazioni del datore di lavoro»[32].

Il mancato inserimento dell'RSPP tra i potenziali autori dei reati contravvenzionali previsti dal T.U. sembra piuttosto da attribuire alla circostanza – di rilevanza non trascurabile – che le funzioni da lui disimpegnate in qualità di consulente coincidono con quelle indelegabili proprie del datore di lavoro[33]. Pertanto, adottando la prospettiva estensiva dell'obbligo impeditivo, si finirebbe col replicare perfettamente gli effetti penali della delega di funzioni e, al contempo, col violare il divieto di delega posto dall'art. 17 T.U. in relazione a determinati obblighi (tra i quali proprio quello di valutazione dei rischi)[34].

Quel che l'indirizzo in parola ritiene comunque determinante in vista dell'affermazione del ruolo di garante, è che tutti i componenti

sabilità in materia». La norma, tuttavia, presenta un significato controverso: al riguardo, Vitarelli, *Profili penali della delega di funzioni*, Milano, 2008, 21 s.

[30] Lo evidenzia, per tutti, Blaiotta, *Diritto penale*, cit., 59.

[31] Così, Cass. Sez. IV, 4 aprile 2007, n. 39567, in «D&PL», 2007, 2740.

[32] Cass. Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 49821, cit.; Cass. SU, 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

[33] L'indelegabilità delle funzioni consistenti nella valutazione dei rischi e nella redazione del relativo documento rende, peraltro, palesemente inefficace il tentativo del datore di lavoro di andare esente da responsabilità invocando una delega delle dette funzioni all'RSPP. La designazione di questa figura – come si dirà meglio nel testo – «non ha nulla a che vedere con l'istituto della delega di funzioni di cui al Decreto Legislativo n. 81 del 2008, articolo 16, e non può quindi assumerne la medesima rilevanza ai fini dell'esonero della responsabilità»: Cass. Sez. IV, 1° febbraio 2018, n. 4941, in <*www.dpei.it*.> Altra differenza tra delega e nomina dell'RSPP consiste nell'essere la prima facoltativa, la seconda invece obbligatoria. Un'eventuale delega di funzioni indelegabili rende la stessa invalida, quantomeno nella parte a queste relativa.

[34] Su questo aspetto, invero, si reputa opportuno l'intervento del legislatore. V. *infra*, n. 5.

dell'SPP sono «destinatari di obblighi giuridici; e non può esservi dubbio che, con l'assunzione dell'incarico, essi assumano l'obbligo giuridico di svolgere diligentemente le funzioni» di supporto informativo, valutativo e programmatico. Inoltre, – si sostiene – «il ruolo svolto da costoro è parte inscindibile di una procedura complessa che sfocia nelle scelte operative sulla sicurezza compiute dal datore di lavoro. La loro attività può ben rilevare ai fini della spiegazione causale dell'evento illecito»[35].

A ben vedere, però, così argomentando, non si fa che evidenziare ulteriormente come le funzioni dell'SPP e del suo Responsabile siano sempre mediate dalle (imponderabili) condotte del datore di lavoro. Più precisamente, tra la condotta degli esperti e l'evento lesivo non possono che registrarsi una significativa distanza e una mediazione altrui: elementi, questi, da tenere in severa considerazione sul versante dell'accertamento del nesso causale. La colpa del tecnico, in altri termini, a causa della distanza dall'infortunio verificatosi in concreto e direttamente riconducibile al fatto del garante principale, mostra un profilo di pericolosità astratta.

Di queste circostanze non sembra tener conto la prassi giudiziaria, che all'omesso suggerimento del consulente attribuisce efficacia eziologica sostanzialmente automatica, a prescindere dalla prova che, oltre ogni ragionevole dubbio, il datore di lavoro, qualora informato, avrebbe adottato la misura suggerita e che questa avrebbe evitato l'evento.

L'attività – meglio, inattività – degli esperti è ritenuta rilevante altresì sul versante dell'elemento psicologico: l'omessa segnalazione di una situazione pericolosa che l'RSPP avrebbe dovuto conoscere in virtù delle sue competenze specialistiche, e alla quale sembri causalmente riconducibile l'infortunio, sarebbe connotata da "colpa professionale specifica"[36]. In situazioni del genere «pare ragionevole pensare di attribuire, in presenza di tutti i presupposti di legge ed in particolare di una condotta colposa, la responsabilità dell'evento ai soggetti in questione. Una diversa soluzione rischierebbe di far gravare sul datore di lavoro una responsabilità che esula dalla sfera della sua competenza tecnico-scientifica»[37] e che gli imporrebbe una pervasiva posizione di garanzia[38]. Nondimeno, un indirizzo applicativo

[35] Cass. Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 49821, cit; Cass. Sez. IV, 20 febbraio 2017, n. 8115, in <*olympus.uniurb.i*t.> Negli stessi termini, da ultimo e ancora una volta, Blaiotta, *Diritto penale*, cit., 59.

[36] Tra le prime in questo senso, Cass., IV, 17 aprile 2007, n. 15226, cit. Più di recente, Cass. Sez. IV, 26 aprile 2017, n. 40718, in *CED Cass.*, rv. 270765.

[37] Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 59. Così, già Cass. SU, 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

[38] Blaiotta, *L'imputazione oggettiva*, cit., 2266. Si discosta ovviamente dallo schema

che pur si muove nel solco dell'orientamento estensivo della responsabilità del consulente, non solleva dalle conseguenze sanzionatorie la figura datoriale, in quanto, «in tema di infortuni sul lavoro, qualora vi siano più titolari della posizione di garanzia, ciascuno è per intero destinatario dell'obbligo di tutela impostogli dalla legge fin quando si esaurisce il rapporto che ha legittimato la costituzione della singola posizione di garanzia, per cui l'omessa applicazione di una cautela antinfortunistica è addebitabile ad ognuno dei titolari di tale posizione»[39].

Quanto al contenuto dell'obbligo giuridico del consulente, così ricostruito, si è altresì precisato, inopinatamente, che deve estendersi fino a «dissuadere» il datore di lavoro «da scelte magari economicamente seducenti ma esiziali per la sicurezza»[40]. Ciò sebbene la legge non imponga all'RSPP di vigilare sull'operato del datore di lavoro. Peraltro, siffatto dovere di dissuasione finirebbe inevitabilmente col tradursi in una interferenza indebita negli spazi di competenza esclusiva di quest'ultimo[41]. Pretendere, poi, che uno dei garanti della sicurezza (quand'anche lo fosse) "convincesse" il garante decisore ad adottare le misure proposte, sarebbe al contempo un paradosso e un controsenso: un paradosso, in quanto presuppone (erroneamente) che il datore di lavoro rientri nella sfera di controllo dell'RSPP, con inevitabile inversione, oltretutto, dei rapporti di potere tra i due[42]; un controsenso, considerato che l'idea del lavoro in *équipe*, caldeggiata dall'orientamento in parola, postula l'operatività del principio di affidamento quale limite generale alla responsabilità colposa per il fatto illecito altrui. Più precisamente, come noto, tale principio consente ai singoli componenti della "squadra" di non preoccuparsi dell'operato degli altri, confidando appunto che ciascuno svolga la propria parte nel rispetto delle norme cautelari cui è tenuto[43].

Ad ogni modo, è proprio il riferimento all'attività di *équipe* – che

descritto nel testo e dalla relativa preoccupazione il caso in cui il datore di lavoro, benché a conoscenza del rischio, non abbia adottato alcuna misura prevenzionale o ne abbia scelto una inadeguata: Cass. Sez. IV, 1° settembre 2014, n. 36476, in <*olympus.uniurb.it*.>

[39] Nel caso di specie, sia al datore di lavoro che all'RSPP: Cass. Sez. IV, 20 febbraio 2017, n. 8115, cit.

[40] Cass. SU, 24 aprile 2014, n. 38343, cit. Nello stesso senso, Cass. Sez. IV, 20 febbraio 2017, n. 8115, cit.

[41] Così, sia pure in riferimento non all'RSPP ma al contesto sanitario, M.L. Mattheudakis, *La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in «DPC-RT»., 4/2019, 69.

[42] Ai sensi dell'art. 2, lett. *f*), T.U., l'RSPP è «persona […] designata dal datore di lavoro, a cui risponde».

[43] In argomento, per tutti, Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit.

connota, secondo l'indirizzo in parola, il lavoro dei debitori di sicurezza – a sollecitare qualche considerazione, ancora, in chiave critica.

Il contesto paradigmatico in cui si riscontra il lavoro d'*équipe* è quello medico: la cooperazione tra i vari attori è qui multidisciplinare, anche quando non contestuale; e consente l'operatività del principio di affidamento, che di norma, come precisato, solleva ciascuno dall'obbligo di vigilare sull'operato altrui[44]: sembrerebbe, in effetti, intravedersi un parallelismo con il settore della sicurezza sul lavoro.

Tuttavia, mentre nel primo ambito i cooperanti sono tutti sanitari (sicché dispongono di una base di conoscenze comuni, nella quale si innestano poi le competenze specifiche di ognuno); nel contesto lavorativo la situazione presenta altri connotati in riferimento a RSPP e datore di lavoro. Questi, invero, vantano, di regola, un bagaglio gnoseologico diverso: l'uno, (necessariamente) tecnico; l'altro, (prevalentemente) economico-finanziario. Né appare plausibile rispetto ai citati debitori di sicurezza parlare di «comune coinvolgimento nella gestione del rischio», atteso che l'esperto non gestisce ma, per *voluntas legis*, suggerisce, propone, prospetta. L'unico suo compito che si potrebbe qualificare "operativo" è quello previsto dalla lett. *f)* dell'art. 33, comma 1, T.U. («fornire ai lavoratori le informazioni di cui all'articolo 36»): troppo poco per attribuire all'RSPP lo svolgimento di attività gestionali. Tutte le altre funzioni di questa figura e del Servizio nel suo complesso hanno infatti un taglio – giova ripeterlo – unicamente consultivo.

Non sarebbe, poi, appropriato neanche richiamare nel settore antinfortunistico – quantomeno, nella specifica dimensione che ci occupa – il concetto di colpa relazionale con riferimento alla condotta inosservante dell'RSPP, atteso che essa ricorre quando la responsabilità è incentrata sul non aver fronteggiato ed evitato un errore altrui: si allude infatti alla violazione di doveri cautelari (di verifica, di coordinamento, di informazione o di intervento) che – per le ragioni già espresse – non può riguardare l'esperto, non tenuto all'adempimento dell'indicata tipologia di obblighi e, soprattutto, non autorizzato a ingerirsi nelle scelte operative del datore di lavoro. Nondimeno, la colpa relazionale potrebbe, al contrario, investire quest'ultimo laddove si rivelasse non giustificabile l'affidamento riposto nel tecnico, nel momento della sua elezione[45]; non anche (o non del tutto), a nostro avviso, sotto il profilo di un difettoso controllo sulle valutazioni di

[44] Tranne che per il capo équipe, tenuto a un controllo capillare dell'operato altrui: Mattheudakis, *La punibilità della colpa penale relazionale*, cit., 68.

[45] Mattheudakis, *La punibilità della colpa penale relazionale*, cit., 66 s. e 70 s.

questi, attesa l'impossibilità del datore di lavoro di svolgere una competente verifica sulla validità dei consigli tecnici ricevuti[46].

3. *La responsabilità dell'RSPP ai sensi dell'art. 113 c.p.*

A fianco dell'appena riferito orientamento "estensivo" dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, si colloca, come accennato, un indirizzo che, per ovviare al rischio di sottrarre la figura dell'RSPP a responsabilità penale in presenza di infortuni generati da suoi suggerimenti insufficienti o del tutto omessi, – talvolta negando[47], talaltra affermando[48] o, ancora, sorvolando[49] sulla titolarità di una posizione di garanzia – riconduce la condotta del tecnico all'istituto della cooperazione colposa.

Eppure, le stesse pronunce che riconoscono espressamente l'assenza in capo all'RSPP di un effettivo potere decisionale e della possibilità di diretto intervento per rimuovere le situazioni di rischio, concludono spesso, con palese incoerenza[50], che al medesimo è «ascrivibile un titolo di colpa professionale che può assumere un carattere addirittura esclusivo»[51].

L'asse portante di questa tesi è individuato nell'obbligo professionale – assunto con l'incarico – di conoscere e segnalare adeguate misure prevenzionali. Tuttavia, come già osservato, tale obbligo, la cui violazione integra una colpa professionale, è altro rispetto all'obbligo di impedire il

[46] Ciò è tanto vero che l'art. 18, comma 3 *bis*, T.U., nell'imporre la vigilanza da parte di datore di lavoro e dirigenti in ordine all'adempimento degli obblighi di numerose figure debitrici di sicurezza, omette di indicare i compiti dell'RSPP: v. *infra*, n. 4.

[47] Tra le più recenti, Cass. Sez. IV, 9 dicembre 2019, n. 49761, cit.: «il RSPP risponde dell'evento, in concorso con il datore di lavoro, solo se si fornisce adeguata dimostrazione che lo stesso abbia svolto in maniera negligente la sua attività di consulente del datore di lavoro, a seguito di errore tecnico nella valutazione dei rischi, per suggerimenti sbagliati o mancata segnalazione di situazioni di rischio colposamente non considerate».

[48] Per esempio, Cass. Sez. IV, 11 luglio 2019, n. 30489, in <*olympus.uniurb.it.*>: l'RSPP, «ancorché sia privo di poteri decisionali e di spesa» e «pur svolgendo all'interno della struttura azieandale un ruolo non gestionale ma di consulenza», «può essere chiamato a rispondere, quale garante, degli eventi che si verifichino per effetto della violazione dei suoi doveri».

[49] Tra le altre, Cass. Sez. IV, 20 agosto 2010, n. 32195, in *CED*, rv. 248555.

[50] Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione*, cit., 34.

[51] Cass. Sez. IV, 27 gennaio 2011, n. 2814, in <*De Jure*>; Cass. Sez. IV, 20 aprile 2005, n. 11351, in *CED*, rv. 233657. Per una sintesi di questo orientamento, Scordamaglia, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione come consulente del datore di lavoro*, in «DPC-RT », 5 febbraio 2015, 5 ss.

verificarsi dell'evento, fondamento della posizione di garanzia, e non può pertanto giustificare una responsabilità omissiva diretta.

Altre consistenti perplessità insorgono, poi, rispetto alla ritenuta corresponsabilità dell'RSPP, per i suoi mancati suggerimenti, quale estraneo nel reato proprio di lesioni o omicidio colposi commessi mediante omissione dal datore di lavoro.

Più precisamente, secondo l'indirizzo in parola, «l'omissione colposa del potere-dovere di segnalazione in capo al RSPP, impedendo l'attivazione da parte dei soggetti muniti delle necessarie possibilità di intervento, finirebbe con il costituire (con)causa dell'evento dannoso verificatosi in ragione della mancata rimozione della condizione di rischio»; sicché l'RSPP «dovrebbe essere chiamato a rispondere insieme [al datore di lavoro] in virtù del combinato disposto dell'art. 113 c.p. e art. 41 c.p., comma 1, dell'evento dannoso derivatone»[52].

In proposito, emerge nitidamente la difficile condivisibilità del ricorso alle due disposizioni citate per ascrivere al consulente e al datore di lavoro in concorso tra loro l'evento dannoso provocato dal cumulo delle rispettive omissioni, l'una atipica e l'altra tipica. È invero, il concorso di cause colpose indipendenti descrive una situazione strutturalmente incompatibile con la necessaria consapevolezza del compartecipe di cooperare con la condotta altrui, che connota l'istituto previsto nell'art. 113 c.p.[53] e con la tipicità originaria di ogni fatto integrante una concausa[54].

Più radicalmente, una assorbente ragione di improponibilità della soluzione concorsuale può ravvisarsi nella applicazione dell'art. 113 in funzione di estensione della punibilità di condotte atipiche (quelle omissive dell'RSPP) nell'ambito di delitti causali puri. Conviene infatti rammentare che questa tipologia di illeciti – secondo la condivisibile opinione di una parte significativa della dottrina – si sottrae alla funzione incriminatrice della norma indicata[55]. Anche a voler qualificare "secondarie" le regole precauzionali cui è tenuto il consulente – vale a dire quali regole che assumono ad oggetto non il proprio ma l'altrui comportamento[56] –, con lo scopo di verificare, controllare e impedire attività colpose da parte di terzi, la

[52] Per tutte, Cass. Sez. IV, 20 agosto 2010, n. 32195, cit.

[53] Al riguardo, tra i tanti, Grasso, Sub *art. 113 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, M. Romano, G. Grasso, II, Giuffrè, Milano, 2005, 219 s.

[54] Sul tema, tra gli altri, Risicato, *Cooperazione in eccesso colposo: concorso "improprio" o compartecipazione in colpa "impropria"?*, in «DPP», 2009, 582 ss.

[55] Per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, 567 s.

[56] G. Cognetta, *La cooperazione nel delitto colposo*, in «RIDPP», 1980, 74.

relativa violazione dovrebbe rilevare autonomamente, ai sensi della fattispecie colposa di parte speciale[57]. Tuttavia, – come osservato – il mancato doveroso suggerimento dell'RSPP non è riconducibile a una ipotesi di reato omissivo improprio a causa dell'assenza di un obbligo di garanzia. Inoltre, – occorre ribadirlo – il tecnico non è tenuto neanche a controllare e impedire condotte colpose del datore di lavoro.

Ed ancora, se è vero – come è vero – che l'art. 113 è figura «parallela» a quella del concorso doloso di cui all'art. 110 c.p.[58], la comune struttura necessariamente commissiva rende anche il primo inapplicabile a comportamenti omissivi non impeditivi di eventi[59].

Non può, peraltro, sottacersi come la soluzione adottata per evitare zone franche a vantaggio dell'RSPP condanni altresì il datore di lavoro a una condizione insuperabile di colpevolezza, senza la quale non sarebbe del resto percorribile la strada del concorso dell'estraneo nel reato proprio. E invero, «indiscussa la responsabilità del datore di lavoro che rimane persistentemente titolare della "posizione di garanzia", […] anche il RSPP, che pure è privo dei poteri decisionali e di spesa (e quindi non può direttamente intervenire per rimuovere le situazioni di rischio), può essere ritenuto (cor)responsabile del verificarsi di un infortunio»[60].

Sembra opportuno infine rimarcare che, per approdare all'applicazione dell'art. 113 – quando strutturalmente possibile, ossia quando il profilo omissivo è naturale componente di una condotta commissiva colposa –, occorre anzitutto accertare con estremo rigore, oltre alla esigibilità del comportamento conforme alla regola cautelare, anche il coefficiente psicologico che contraddistingue l'illecito plurisoggettivo in relazione al contributo del partecipe, vale a dire che l'RSPP fosse consapevole della convergenza della propria condotta con quella del datore di lavoro; in secondo luogo, bisogna confermare il nesso di derivazione causale tra la sottovalutazione del rischio da parte del consulente e la produzione dell'infortunio, in modo che il suggerimento insufficiente abbia effettivamente contribuito al perfezionamento della fattispecie criminosa.

[57] Grasso, Sub *art. 113 c.p.*, cit., 223.

[58] G. de Vero, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020, 690.

[59] Chiarisce al riguardo Grasso, Sub *art. 113 c.p.*, cit., 221, che nei reati omissivi impropri l'art. 113 c.p. rende «possibile sanzionare il contributo *positivo* alla condotta omissiva del garante, mentre una compartecipazione omissiva da parte di un soggetto obbligato all'impedimento dell'evento risulterebbe invece già sanzionata sulla base della clausola di equivalenza contenuta nell'art. 40 cpv» (corsivo aggiunto), nel nostro caso inapplicabile per le ragioni più volte evidenziate.

[60] Cass. Sez. IV, 20 agosto 2010, n. 32195, cit.

Nella prassi, invece, la verifica degli elementi strutturali della cooperazione colposa in presenza di infortuni avviene con un certo automatismo, privilegiando l'uso di mere astrazioni invece che di fatti concreti. Lo si riscontra, in particolare, nel «presumere che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzare» la situazione pericolosa[61], senza appurare se l'evento illecito sarebbe stato *evitabile*, ossia se il c.d. comportamento alternativo lecito imposto dalla regola cautelare all'RSPP, qualora tenuto, avrebbe svolto in concreto la funzione preventiva immaginata dal legislatore in astratto[62]. Ciò induce a riflettere con particolare scrupolo sulla effettiva capacità di impedire l'evento da parte di una condotta, sebbene colposa, che si colloca a una certa distanza dall'infortunio, in quanto priva di una diretta evitabilità: la responsabilità dell'RSPP, ove sussista, è – come già rilevato – pur sempre indiretta, mediata cioè dall'ipotetico atto impeditivo del datore di lavoro, dal primo non controllabile né dominabile[63].

D'altra parte, l'errore del datore di lavoro nell'adozione o mancata adozione dei presidi di sicurezza – indotto da consigli dell'esperto superficiali, imperiti o neanche formulati –, pur trovandosi in rapporto causale diretto con l'evento, può risultare insufficiente a determinarne la responsabilità penale, per mancanza di colpevolezza. L'ipotesi concorsuale, invece, – è bene ancora una volta sottolinearlo – condanna il datore di lavoro allo stato di responsabile per definizione: formalmente, a causa di una *culpa in eligendo* o *in vigilando*; sostanzialmente, in virtù della qualifica rivestita (c.d. responsabilità da posizione). La *culpa in eligendo*, infatti, è, nei casi in parola, l'esito di una valutazione *ex post*: l'infortunio vanificherebbe di per sé le aspettative (anche quando fondatamente) nutrite dal datore di lavoro sulla competenza del consulente, formatesi per lo più sulla scorta di documenti comprovanti la formazione e l'esperienza da questi maturata (come dire, "*post hoc, propter hoc*"). La *culpa in vigilando* tradisce, invece, un'ipocrisia del sistema in esame. È un dato di esperienza difficilmente contestabile che il datore di lavoro non sia solitamente in grado di valutare nel merito la validità dei consigli tecnici ricevuti, né la correttezza della loro messa in opera[64]: egli

[61] Cass. Sez. IV, 20 agosto 2010, n. 32195, cit.

[62] Per tutti, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, *parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019, 594 s.; Grasso, Sub *art. 113 c.p.*, cit., 219.

[63] F. Basenghi, *La ripartizione degli obblighi*, cit., 14. Nello stesso senso, G. Civello, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il* discrimen *fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in «AP», 2011, n. 2, 25 ss.

[64] Evidenzia il rischio che nella prassi applicativa si possa dilatare il dovere di controllo del datore di lavoro, con inevitabili perplessità sul versante del principio di personalità

sceglierà di uniformarsi alle operazioni suggerite esclusivamente sulla base di un rapporto fiduciario. Suo compito inderogabile resta – nell'ambito della generale responsabilità di organizzazione e direzione dell'impresa – la verifica della correttezza metodologica della valutazione trasmessagli[65]. Tuttavia, come evidenziato, nella prospettiva in esame sarebbe impossibile fare a meno della responsabilità del datore di lavoro.

Sembra, allora, di poter dire che il ventilato sospetto di una deformazione dei criteri oggettivi e/o soggettivi di imputazione dell'infortunio rispetto tanto all'RSPP, quanto al datore di lavoro, anche per il tramite di presunzioni e automatismi tipici delle scorciatoie probatorie, non appare, insomma, del tutto infondato.

4. *Le ragioni contrarie alla responsabilità penale dell'RSPP per condotte omissive*

Ora, benché comprensibili e meritevoli della più attenta considerazione sia il disagio dell'interprete di fronte alla zona franca lasciata dal legislatore a vantaggio dell'RSPP, sia l'intento – manifestato soltanto da un settore della giurisprudenza – di non «far gravare sul datore di lavoro una responsabilità che esula dalla sfera della sua competenza tecnico-scientifica»[66], sono tuttavia evidenti le cruciali torsioni delle leve ermeneutiche impiegate. Alla problematica compatibilità col principio di colpevolezza, emersa dal tessuto normativo vigente, della imputazione del fatto al garante decisore – posto il rischio incombente di dar vita a una responsabilità da posizione –, gli indirizzi giurisprudenziali in questione reagiscono di frequente, sul versante del consulente, con l'elusione del principio di legalità, attraverso la deformazione strutturale della cooperazione colposa o la dilatazione concettuale dell'obbligo giuridico impeditivo, quest'ultima favorita – come già constatato – dall'indeterminatezza dell'art. 40, cpv., c.p.

Più precisamente, mentre la condotta omissiva del datore di lavoro è tipica ma spesso incolpevole, quella dell'RSPP è spesso colpevole ma sempre atipica. Le esigenze repressive e, soprattutto, l'ebbrezza creativa

della responsabilità penale, Veneziani, *I delitti contro la vita*, cit., 442 s.

[65] A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit. 61. Dal datore di lavoro sarà altresì esigibile la rilevazione di errori macroscopici e di omissioni significative del proprio consulente, laddove, per esempio, alla segnalazione di determinati rischi non segua alcuna elaborazione di misure e/o procedure di sicurezza.

[66] Cass. Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 49821, cit.; Cass. SU, 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

ermeneutica devono quindi cedere il passo alle istanze garantistiche sottese ai detti principi, benché sia in gioco la lesione di diritti umani (parimenti) fondamentali.

La negazione del ruolo di garante in capo all'RSPP sembra poggiare su solide e convergenti considerazioni, incentrate su profili per lo più rimasti in ombra nel dibattito sul tema, a fronte di altri non esattamente irresistibili, eppure enfatizzati.

Anzitutto, la riflessione fin qui condotta ha evidenziato un dato fondamentale: l'obbligo giuridico di svolgere diligentemente le proprie funzioni, che il consulente assume in concomitanza con l'incarico, non coincide con l'obbligo giuridico impeditivo che connota la posizione di garanzia. Occorre ancora rimarcare che – secondo l'impostazione maturata in sede dottrinale[67] – il dovere impeditivo reclama la reale possibilità di ostacolare il prodursi dell'illecito, in assenza della quale non può esservi responsabilità: l'ampiezza e l'efficacia dei poteri riconosciuti a un soggetto fondano e, al contempo, circoscrivono la posizione di garanzia e la sua sfera di intervento, all'interno di una cornice rigorosamente simmetrica. Nell'ambito della disciplina penale dell'impresa, ciò si traduce – secondo una consolidata impostazione largamente diffusa tra gli studiosi – sia nella disponibilità di poteri di effettivo controllo sulle fonti di rischio, vale a dire di poteri decisionali, di spesa e di gestione[68]; che nella esigibilità della condotta impeditiva nella situazione concreta[69]. L'RSPP – come del resto più volte rilevato anche in sede applicativa, sebbene con i rilevati esiti contraddittori – è privo dei poteri necessari per l'esercizio di una effettiva signoria sulle fonti di pericolo.

Un altro profilo meritevole di attenzione risiede nel non essere la figura in questione destinataria neanche di obblighi penalmente rilevanti ai sensi della disciplina di settore attualmente vigente, coerentemente con la mancata previsione di sanzioni penali al medesimo direttamente intestate, sulla cui *ratio* ci si è già soffermati. E invero, a differenza di quanto è dato riscontrare in relazione agli altri protagonisti della sicurezza nei luoghi di lavoro, l'RSPP – stando alla lettera dell'art. 33 – svolge «compiti», non obblighi, di prevenzione e protezione dai rischi.

[67] V. *retro*, nt. 10.

[68] Entro queste coordinate si muove altresì l'art. 16 T.U., che, nel dettare le condizioni di validità della delega di funzioni – ossia della nascita di una nuova posizione di garanzia (derivata) –, richiede, tra l'altro, «che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate» e «l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate» (lett. *c* e *d*).

[69] Per una recente conferma, A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, cit., 59.

A conferma di quest'ultimo punto va aggiunta l'assenza dell'RSPP dal novero dei soggetti sottoposti alla vigilanza di datore di lavoro e dirigenti, a norma dell'art. 18, comma 3-*bis*, «in ordine all'adempimento degli *obblighi* di cui agli articoli 19, 20, 22, 23, 24 e 25»[70]: nessun richiamo ai *compiti* indicati nell'art. 33 T.U.

Un ulteriore dato normativo che, allo stato, avvalora la negazione di una posizione di garanzia originaria in capo all'RSPP è offerto poi dall'art. 299 T.U., che, come risaputo, ha consacrato il principio di effettività nel processo di individuazione dei garanti secondo un criterio di natura sostanziale già utilizzato in sede applicativa[71]. Questa disposizione, più precisamente, riconosce la titolarità delle posizioni di garanzia di datore di lavoro, dirigente e preposto, ma non anche di RSPP, ai soggetti che, pur privi della qualifica formale, esercitino di fatto i relativi poteri direttivi. La spiegazione dell'omessa indicazione dell'esperto non può che ravvisarsi nella circostanza, tutt'altro che marginale, che il T.U. non ha destinato "poteri direttivi" al Responsabile, avendolo contemplato come mero consulente.

È appena il caso di osservare, infine, come l'RSPP – alla stregua di chiunque altro –, che «non è, come tale, titolare di una posizione di garanzia penalmente rilevante ex art. 40, cpv., c.p.», possa assumere questa veste spontaneamente – vale a dire a prescindere da una previsione normativa *ad hoc* o da una delega – ai sensi dell'art. 299, «a seguito dell'esercizio in concreto di poteri giuridici riferiti alle diverse figure» di datore di lavoro, di dirigente e di preposto in esso indicate[72]. In un'ipotesi del genere, ovviamente, la posizione di garanzia (originaria e di fatto) si identificherà non con la figura del consulente, ma con quella di cui sono stati effettivamente esercitati i

[70] (Corsivo aggiunto). Siffatta constatazione – con riferimento alla responsabilità da reato in materia di sicurezza e igiene sul lavoro degli enti collettivi – comporta la negazione all'RSPP interno all'ente, fuori dall'ipotesi in cui accetti una delega di funzioni antinfortunistiche, del ruolo di soggetto riconducibile alle figure descritte dall'art. 5, lett. *b*), d.lgs. 231/2001 («persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera *a*)», cioè degli apicali). Sul punto, Vitarelli, *I reati in materia di sicurezza, dignità e correttezza del lavoro*, in *La responsabilità da reato degli enti*, Vol. I, *Manuale di diritto punitivo degli enti*, a cura di G. Lattanzi, P. Severino, Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione.

[71] In dottrina, tra i più convinti sostenitori del principio di effettività, va ricordato Antonio Fiorella. Nei suoi studi dedicati all'individuazione dei soggetti responsabili dei reati d'impresa, la qualifica soggettiva non ha mai giocato un ruolo determinante, in quanto «è sempre e soltanto l'elemento dell'esercizio in concreto della funzione munita di penalistico rilievo ad attrarre il soggetto nella sfera dell'autore»: così, Fiorella, *Il trasferimento*, cit., 270; nello stesso senso, in riferimento alla nozione di datore di lavoro, Id., *I principi generali*, cit., 129.

[72] Così, Cass. Sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821, cit.

poteri. In altri termini, per tale via, l'RSPP sostituirà (o affiancherà[73]) alle funzioni di mero consulente quelle tipiche di uno dei menzionati garanti della sicurezza.

6. *Considerazioni conclusive e spunti per una futura riforma*

Le riflessioni sin qui compiute richiamano l'attenzione su una allarmante caratteristica di fondo del nostro tema. Sembra invero di poter dire che il T.U. descrive un rapporto inversamente proporzionale tra competenze e responsabilità: le prime appartengono soltanto all'RSPP (e all'SPP), al quale, di contro, non vengono indirizzate sanzioni penali per la violazione di obblighi prevenzionali specifici, né destinati poteri impeditivi, necessari per l'ascrizione di infortuni e tecnopatie a sue condotte omissive; la responsabilità, invece, grava interamente sul datore di lavoro, seppure in assenza di patrimonio conoscitivo di settore e rimproverabilità in concreto[74].

Il tessuto normativo così ricostruito si rivela certamente poco in linea con l'obiettivo di ottimizzazione della prevenzione negli ambienti di lavoro. Il T.U., sulla falsariga del d.lgs. 626/94, ha tracciato una politica della sicurezza per certi aspetti inadeguata, nella misura in cui assegna alla figura datoriale compiti superiori alle sue possibilità, condannandola di fatto a una situazione di colpa permanente, ineliminabile a causa di un'assoluta inesigibilità; e ai componenti dell'SPP, una funzione di mera collaborazione, i cui margini di responsabilità sono esclusivamente quelli desumibili dai principi generali in materia di illeciti commissivi colposi.

Ora, che proprio i soggetti dotati di un sapere altamente specializzato in materia antinfortunistica, consulenti obbligatori (perché fondamentali) del garante decisore – al contrario, sfornito di adeguato bagaglio gnoseologico – siano stati relegati al riduttivo ruolo di suggeritori e, di conseguenza, esclusi dal quadro sanzionatorio per eventuali omissioni, non può che ritenersi del tutto illogico. Anche gli itinerari appena riassunti, peraltro, conducono al medesimo punto d'arrivo: non è legittimo né appagante ricorrere a

[73] Del resto, è quanto si verifica, a parti invertite, nei casi in cui al datore di lavoro è consentito dall'art. 34 T.U. lo svolgimento diretto dei compiti di prevenzione e protezione dai rischi.

[74] «In questo quadro normativo si cristallizza il contrasto tra la pretesa dell'ordinamento e le caratteristiche tipiche delle realtà aziendali»: A. Keller, *L'irrilevanza penale delle (in)competenze tecnico-scientifiche del datore di lavoro indispensabili per la valutazione dei rischi*, in «DPC-RT» , 10/2018, 123.

interpretazioni o a disposizioni estensive della punibilità, a causa dei rilevati ostacoli di tipo dogmatico o strutturale.

A diverse conclusioni ovviamente si può pervenire, ad oggi, qualora il datore di lavoro, nell'avvalersi del potere di delega di proprie funzioni antinfortunistiche (non coincidenti con quelle della valutazione dei rischi e della redazione del relativo documento), *ex* art. 16 T.U., indicasse quale delegato l'RSPP (o un qualunque addetto del Servizio). Il Responsabile, ove accetti la delega, somma al ruolo di mero consulente del datore di lavoro e di coordinatore del Servizio anche quello di garante (derivato) della sicurezza, limitatamente alle funzioni trasferitegli. In un'ipotesi del genere, per il datore di lavoro – come noto – si produce l'effetto di esonero da responsabilità in relazione alle funzioni delegate – a condizione, che l'atto sia valido (art. 16, comma 1) –; per l'RSPP le conseguenze penali possono essere, ora sì, esclusive, salva la responsabilità del delegante per la violazione dell'obbligo di vigilanza (art. 16, comma 3). Anche in questa prospettiva, tuttavia, gli infortuni dovuti a una deficitaria valutazione dei rischi, data l'indelegabilità della relativa funzione, restano imputabili al datore di lavoro.

Se, invece, l'RSPP fosse annoverabile tra i garanti originari – come afferma talvolta la giurisprudenza *de iure condito*, e come qui si ritiene auspicabile *de iure condendo* –, si determinerebbe la condivisione del potere decisionale e delle conseguenti responsabilità tra *manager* ed esperti. Il parere di chi possiede il necessario patrimonio conoscitivo svolgerebbe anche formalmente un ruolo primario nell'assunzione della determinazione finale e ciascuno avrebbe titolo per rispondere autonomamente degli infortuni non impediti.

Allo stato, invece, non può seriamente contestarsi il carattere meramente informativo, valutativo e programmatico dei compiti – benché cruciali nella prospettiva di massimizzazione della sicurezza sul lavoro perseguita dal T.U. – assegnati dall'art. 33 all'SPP, che, come tali, non autorizzano i componenti del Servizio e il suo Responsabile ad assumere decisioni e non consentono l'impedimento di eventi. Ciò compete unicamente al titolare dei poteri gestori – il datore di lavoro –, il quale non può che affidarsi all'SPP e fidarsi del medesimo.

Nella prassi, in definitiva, il titolare *ex lege* della gestione del rischio non può che limitarsi a una sostanziale ratifica delle indicazioni ricevute dagli esperti. Sicché è suo interesse selezionare questi ultimi attentamente, basandosi sui loro *curricula* e sull'esperienza dagli stessi acquisita e documentata (secondo le indicazioni contenute nell'art. 32).

Per questi motivi – va ribadito – ascrivere sempre e comunque

al destinatario formale dell'obbligo prevenzionistico le contravvenzioni integrate e gli esiti lesivi maturati nell'ambiente di lavoro, anche quando si sia attenuto in buona fede ai consigli tecnici di collaboratori esperti e affidabili, non può che rappresentare una forma di responsabilità per fatto altrui mascherata da imputazione colpevole.

Non può allora che condividersi nelle intenzioni l'obiettivo, perseguito da un ampio settore della giurisprudenza, di escludere la responsabilità del datore di lavoro in occasione di eventi da lui in concreto non evitabili. Quando il pericolo o la sua fonte non siano riconoscibili dal datore di lavoro per assenza di competenze tecnico-scientifiche, il comportamento conforme alla regola cautelare è infatti inesigibile.

Al contempo, però, non persuade il percorso argomentativo seguito per dirottare la responsabilità sull'RSPP. Configurare una colpevolezza *esclusiva* di quest'ultimo è una soluzione al momento non accoglibile, in quanto radicalmente opposta a quella formulata in termini univoci dal legislatore, non solo nel 1994, ma anche nel 2008. Non si allude al mancato inserimento dell'RSPP nel novero dei potenziali autori di reati in materia antinfortunistica – scelta coerente con la indelegabilità della funzione di valutazione dei rischi –, ma alla chiara volontà legislativa di incentrare su un soggetto di norma incompetente lo svolgimento di attività cruciali per la prevenzione di infortuni e tecnopatie nei luoghi di lavoro. Né, per riportare la responsabilità del garante primario entro i confini della colpevolezza, basterebbe limitarne la responsabilità al controllo dei suggerimenti forniti dal consulente: il tecnicismo che li connota non può che sfuggire alla capacità di verifica del datore di lavoro[75].

A questo punto, non resta che prendere disincantata consapevolezza di un grave *deficit* normativo, con effetti "velenosi", che soltanto il legislatore è legittimato a colmare: è nella fase della articolazione legislativa che bisogna adottare maggiore cautela nella allocazione delle responsabilità; possibilmente sulla scorta di «quell'indispensabile realismo che tanto spesso si afferma essere tipico del diritto penale»[76].

Dalle considerazioni che precedono può dirsi emerso come, nella maggior parte dei casi, non sia configurabile un colpevole – meglio, un soggetto penalmente perseguibile – per il verificarsi di eventi professionali infausti a

[75] Ciò è tanto vero che l'art. 16, comma 3, T.U., in merito all'obbligo di vigilanza del delegante sullo svolgimento delle funzioni delegate, indica come modalità di adempimento l'adozione ed efficace attuazione del modello di cui all'art. 30, comma 4, T.U., attribuendo all'obbligo medesimo «natura essenzialmente organizzativa»: D'Alessandro, *Delega di funzioni*, cit., 244.

[76] A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, 148.

seguito di condotte omissive. L'RSPP, dotato del necessario sapere ma privo di potere e per questa ragione non qualificabile come garante della sicurezza, non può rispondere degli infortuni ascrivibili a sue mancate segnalazioni di fattori di rischio e di adeguate contromisure; il datore di lavoro, al contrario, titolare *ex lege* di un obbligo di garanzia ma sfornito di conoscenze tecnico-scientifiche, non può essere ritenuto responsabile di eventi lesivi dovuti a sue omissioni quando causate da insufficienti o del tutto assenti valutazioni dell'esperto su complicati fattori di rischio, imputabili di fatto unicamente a quest'ultimo; a meno che il datore di lavoro non sia incorso in *culpa in eligendo*, chiaramente valutata in un'ottica *ex ante*[77].

Fuori da queste ipotesi – e da quelle in cui ricorrano violazioni macroscopiche dell'RSPP, agevolmente riconoscibili da un datore di lavoro anche inesperto; o da quelle in cui questi non abbia dato seguito a corrette segnalazioni di rischio provenienti dal consulente – la responsabilità del soggetto apicale, risolvendosi nell'imposizione di sostituirsi agli esperti in ogni attività che richieda un sapere altamente specializzato, non potrà che ricadere nella logica del *versari in re illicita* e svuotarsi di ogni reale contenuto di colpevolezza[78].

Il quadro dei responsabili, al momento chiaramente disallineati rispetto al principio di colpevolezza, deve essere pertanto rivisitato e composto diversamente, sulla scorta dell'esperienza ormai ampiamente maturata: occorre ricostruire una trama normativa adeguata ai principi costituzionali, per approdare a una soluzione che ponga al riparo da rischi di incoerenza attraverso la valorizzazione dei ruoli tipizzati ed effettivamente svolti da ciascuno.

Volendo ascrivere anche all'RSPP in via diretta e, se del caso, esclusiva la responsabilità degli eventi lesivi dovuti a sue condotte omissive, la soluzione preferibile (o, forse, l'unica percorribile), perché saldamente ancorata tanto al principio di colpevolezza quanto a quello di legalità, sarebbe, a nostro avviso, quella di ridescrivere la figura dell'RSPP – e altresì degli addetti all'SPP, che non gli sono da meno, anche se frequentemente ignorati dalle riflessioni sul tema –, conferendovi poteri gestori coerenti col fondamentale ruolo svolto.

In questa prospettiva, sarebbe quanto mai opportuno abolire l'indelegabilità dell'obbligo di valutazione dei rischi e della redazione

[77] Il datore di lavoro acquisisce infatti le informazioni e i suggerimenti del tecnico da lui scelto sulla base di un rapporto di fiducia (di solito, cartolare), li fa propri e ne risponde penalmente in caso di negligenza o di imperizia di quest'ultimo. Al riguardo, tra gli altri, Ferro, *Delega di funzioni*, cit., 444 e giurisprudenza citata (nt. 10).

[78] D'Alessandro, *Delega di funzioni*, cit., 251 nt. 49.

del relativo documento[79]. La possibilità di avvalersi dell'RSPP in qualità di delegato di queste funzioni, anzitutto, servirebbe a minimizzare effettivamente i fattori di rischio negli ambienti di lavoro – potendo contare sulle migliori competenze – e, inoltre, allineerebbe le figure dei principali garanti della sicurezza (datore di lavoro e RSPP) ai fondamentali criteri di imputazione della responsabilità penale. Del resto, nella prassi delle grandi imprese, il compito di valutare i rischi e di redigere il relativo documento è delegato di fatto all'RSPP o a una società esterna; anche se, al momento, la delega non può che essere ignorata ai fini dell'imputazione penale[80].

Infine, nell'auspicato rinnovato scenario, l'RSPP diverrebbe altresì inquadrabile tra le persone che a norma dell'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001 sono in grado di impegnare la responsabilità da reato (nel nostro caso, in materia di salute e sicurezza sul lavoro *ex* art. 25 *septies*) dell'ente collettivo. Al riguardo, resterebbe tuttavia in ombra un aspetto, rilevante ai fini della individuazione del meccanismo soggettivo di imputazione del reato all'ente: vale a dire se l'RSPP possa ricondursi tra i soggetti di vertice (privilegiando la natura apicale delle funzioni delegate)[81] ovvero tra le persone sottoposte alla vigilanza di un apicale (valorizzando il ruolo di delegato)[82]. Nella prima ipotesi si rientrerebbe nella disciplina, più onerosa per l'ente sul piano probatorio, dell'art. 6; nella seconda, in quella meno ardua dell'art. 7[83].

[79] Il rischio di condanne penali ingiuste era già stato evidenziato da F. Stella, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in «RIDPP», 2003, 65 ss., in riferimento al d.lgs. 626/1994, a causa dell'assegnazione al datore di lavoro di compiti inesigibili e di «una inammissibile opera di flessibilizzazione del diritto penale».

[80] Keller, *L'irrilevanza penale delle (in)competenze*, cit., 123 s.

[81] In questo senso, Vitarelli, *La disciplina della delega di funzioni*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 56.

[82] Così, C. Brusco, *La delega di funzioni alla luce del d.lg. 81/2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in «GM», 2008, 2769.

[83] Secondo D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009*, in «RIDPP»., 2010, 1164, la questione circa la qualifica del delegato, se apicale o subordinato, spetta al giudice, che dovrà decidere di volta in volta l'effettiva natura delle funzioni delegate.

Roberto Zannotti*

La responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato nell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano: un confronto con il sistema italiano

Sommario: 1. Premessa – 2. Cenni sul sistema penale vaticano – 3. Le ragioni all'origine dell'introduzione della responsabilità amministrativa degli enti – 4. La disciplina di dettaglio – 5. I soggetti destinatari – 6. I criteri oggettivi per l'ascrizione della responsabilità – 7. I criteri di imputazione soggettiva della responsabilità – 8. Cenni sull'organismo di vigilanza – 9. Cenni sul modello organizzativo – 10. Le sanzioni – 10.1. La sanzione pecuniaria – 10.2. Le sanzioni interdittive – 11. Conclusioni.

1. *Premessa*

Una delle principali linee di ricerca maggiormente approfondite dalla curiosità scientifica di Antonio Fiorella è notoriamente quella relativa alla criminalità degli enti, come è testimoniato, a prescindere dai suoi innumerevoli scritti in materia[1], dalla intensa partecipazione dello stesso a diverse Commissioni, ministeriali e non, appositamente istituite per esaminare le problematiche sollevate da tale forma di responsabilità o per modificarne taluni aspetti. È questo il motivo che mi ha suggerito di onorare lo studioso con l'esame della disciplina della responsabilità degli enti introdotta nello Stato più piccolo del mondo. Infatti, a far data dal 2012, anche l'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano

* Associato di Diritto penale, Università di Roma LUMSA

[1] V., fra i numerosi interventi, soprattutto *Corporate criminal liability and compliance program. Liability «*ex crimine*» of legal entities in member states*, a cura di A. Fiorella, Jovene, Napoli, 2015, nonché Id., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di G. Lancellotti, Giappichelli, Torino, 2003, p. 85 ss.; Fiorella, G. Lancellotti, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Giappichelli, Torino, 2004; v. anche Id., voce *Responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 5101 ss.

si è dotato di una disciplina riguardante la responsabilità amministrativa da reato degli enti, sulla falsariga della omologa disciplina introdotta in Italia dal 2001.

2. *Cenni sul sistema penale vaticano*

Il sistema penale attualmente vigente all'interno dello Stato vaticano ha origine nel febbraio 1929, allorché – con la firma dei Patti Lateranensi – si è chiusa la c.d. questione romana e si è istituito lo Stato della Città del Vaticano. Con la Legge 7 giugno 1929, n. II venne poi stabilito che lo Stato appena istituito avrebbe recepito il codice penale e il codice di procedura penale vigenti nel Regno d'Italia al momento della firma dei Patti[2]. Fu così che il codice Zanardelli, che di lì a poco in Italia sarebbe stato sostituito dal codice Rocco, iniziò una sua 'seconda vita', molto più longeva di quella già vissuta, posto che è il codice tuttora vigente all'interno della Città del Vaticano. Analogamente, per quanto riguarda la disciplina processuale, venne adottato il codice di procedura penale del 1913 (c.d. codice Finocchiaro-Aprile)[3]. La legislazione penale così composta è rimasta sostanzialmente immodificata, salvo qualche sporadico provvedimento legislativo per adeguare l'entità delle pene pecuniarie, per circa ottant'anni: la nuova legge sulle fonti del diritto (Legge 1° ottobre 2008, N. LXXI) ha ribadito, agli artt. 7 e 8, la conferma del codice penale e del codice di rito recepiti nel 1929.

A fronte di tale lungo periodo di stasi legislativa, sul finire del 2010, ha invece avuto inizio un serrato (e quasi convulso) programma di modifiche legislative, soprattutto nel settore penale, che ha dato l'avvio ad un vero e proprio processo di trasformazione della parte penalistica dell'ordinamento giuridico vaticano[4]; basti pensare, a mero titolo di esempio, che nell'ottobre

[2] Per la descrizione dell'ordinamento giuridico dello Stato vaticano resta ancora fondamentale F. Cammeo, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, ristampa anastatica dell'edizione del 1932, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, *passim*; v. altresì V. Hilgeman, *L'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano. Origine ed evoluzione*, con presentazione di G. Corbellini, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012.

[3] Sul processo penale vaticano, v. L. Leoncini, *Il processo penale vaticano, la "riscoperta" del Codice Finocchiaro-Aprile…rivisitato*, in *Legislazione penale*, 2013, p. 1117 ss.; nonché, più recente, A. Diddi, *I novant'anni del codice di procedura penale dello Stato vaticano*, in *Diritto e Religioni*, 2019, I, p. 169 ss.

[4] In tal senso v. G. Boni, *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, in *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, a cura di G.

2019 è stata introdotta una disciplina che ha istituito le misure di prevenzione patrimoniale. In tale contesto assume un significato del tutto peculiare l'introduzione della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato[5].

Può infatti apparire quanto meno singolare che una forma di responsabilità *ultraindividuale*, normalmente riconducibile – anche se non in via esclusiva – a forme di criminalità in prevalenza di tipo economico, sia stata inserita nell'ordito normativo di uno Stato dove non esiste un'economia di mercato, non c'è la proprietà privata, non vige la libertà di iniziativa economica e dove è difficile immaginare, da parte di taluno, la commissione di reati economici *stricto sensu*. Ma, al di là di tali considerazioni, occorre prendere atto che nel 2012 - allorché ha dovuto essere confermato il Decreto del Presidente del Governatorato N. CLIX - la Legge di conferma N. CLXVI del 24 aprile 2012, ha inserito nel testo del decreto l'art. 42-*bis*, recante la rubrica "Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche". Tale unica disposizione[6], articolata in cinque commi, disciplinava (*rectius*, abbozzava)

Dalla Torre, G. Boni, Giappichelli, Torino, 2014, p. 12, che parla di «rigogliosa fioritura di provvedimenti normativi che in qualche modo mirano a riedificarne gli architravi portanti»; v. altresì, Id., *Sulle recenti leggi penali vaticane e sulla loro «canonizzazione»*, in *Davanti a Dio e davanti agli uomini. La responsabilità fra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, a cura di N. Marchei, D. e J. P. Cerioli, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 223 ss.; di recente, cfr. P. Gallo, *Rapporti tra diritto canonico, diritto vaticano e curia romana. Le recenti riforme adottate dalla Santa Sede in materia penale ed economico-finanziaria*, Pontifica Università Gregoriana, Roma, 2020.

[5] G. Dalla Torre, *Lezioni di diritto vaticano*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 141 ss.

[6] Art. 42-*bis* del Decreto del Presidente del Governatorato N. CLIX: «In caso di condanna per uno dei reati stabiliti dagli articoli 421-*bis* e 138-*ter* del codice penale, l'Autorità giudiziaria applica nei confronti delle persone giuridiche una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 20.000 a euro 2.000.000 nel caso in cui: a) chi è stato condannato rivesta funzioni di rappresentanza legale, amministrazione, dirigenza o funzioni simili; b) chi è stato condannato è sotto la responsabilità diretta, la vigilanza o il controllo di uno dei soggetti di cui alla lettera a); c) il reato sia stato commesso nell'interesse della persona giuridica. 2. La persona giuridica non è responsabile nel caso in cui: a) colui che riveste le funzioni di rappresentanza legale, amministrazione, dirigenza o funzioni simili, diverso da chi è stato condannato, ha adottato ed attuato politiche, assetti organizzativi, misure e procedure adeguati alla prevenzione dei reati di cui agli articoli 421-*bis* e 138-*ter* del codice penale; b) il ruolo di vigilanza e controllo interno alla persona giuridica è stato affidato ad organismi o enti terzi rispetto alla medesima persona giuridica; c) il reato è stato commesso eludendo in maniera fraudolenta la vigilanza e il controllo interni alla persona giuridica. 3. Oltre alla sanzione amministrativa pecuniaria si applica l'interdizione temporanea dall'attività quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) la persona giuridica ha tratto dal reato un profitto di notevole entità; b) la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze dell'organizzazione della persona

in maniera alquanto sommaria l'intera disciplina della responsabilità da reato degli enti[7] che in Italia è contenuta nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Peraltro, la norma di diritto vaticano delimitava tale nuova forma di responsabilità ai soli reati di riciclaggio/autoriciclaggio (art. 421-*bis* cod. pen. vaticano[8]) e di finanziamento del terrorismo (art. 138-*ter* cod. pen.

giuridica; c) la persona giuridica, nei cinque anni precedenti, ha già ricevuto una sanzione amministrativa pecuniaria per uno dei reati stabiliti dagli articoli 421-*bis* e 138-*ter* del codice penale. 4. La somma della sanzione è acquisita dalla Santa sede e devoluta alle opere di religione e carità del Sommo Pontefice. 5. Il presente articolo non si applica alle Autorità pubbliche, sia interne, sia di altri Stati o internazionali».

[7] V., sull'art. 42-*bis*, A. Astrologo, *L'art. 42* bis *Legge N. CLXVI. Analogie e differenze rispetto al nucleo della disciplina italiana in materia di responsabilità degli enti*, in *La legislazione antiriciclaggio dello Stato della Città del Vaticano: una comparazione con il sistema italiano*, F. Sgubbi, D. Fondaroli, A. Astrologo, G. Silvestri, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, «Rivista telematica», n. 9/2013.

[8] Art. 421-*bis* cod. pen. vaticano: «1. Chiunque, fuori dai casi previsti dall'art. 421: a) sostituisce, converte o trasferisce denaro contante, beni o altre risorse economiche, sapendo che essi provengono da un reato presupposto o dal concorso in un reato presupposto, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita degli stessi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività criminale a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni; b) occulta o dissimula la reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà di denaro contante, beni o altre risorse economiche, o dei diritti sugli stessi, sapendo che essi provengono da un reato presupposto o dal concorso ad un reato presupposto; c) acquista, possiede, detiene o utilizza denaro contante, beni o altre risorse economiche, sapendo, al momento della loro ricezione, che essi provengono da un reato presupposto o dal concorso ad un reato presupposto; è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 1.000 ad euro 15.000. – 1-*bis*. Agli effetti del presente articolo per "reato presupposto" si intende ogni fattispecie di reato punita dalla legge penale, nel minimo, con la reclusione o l'arresto pari o superiore a sei mesi, o nel massimo, con la reclusione o l'arresto pari o superiore ad un anno. - 2. Il riciclaggio sussiste qualunque sia il valore del denaro contante, dei beni o delle risorse economiche che provengono dal reato presupposto, anche qualora non vi sia stata la condanna per tale reato. - 3. Il riciclaggio sussiste anche quando l'autore è lo stesso del reato presupposto. – [4. Il riciclaggio sussiste anche quando il delitto da cui provengono il denaro contante, i beni o le risorse economiche è stato commesso in un altro Stato.] 4. Il riciclaggio sussiste anche quando il fatto illecito, previsto quale reato presupposto dalla legge penale, da cui provengono il denaro contante, i beni, o le risorse economiche è stato commesso in un altro Stato. 4-*bis*. Il riciclaggio sussiste anche quando il denaro contante, i beni o le risorse economiche sono il prezzo, il prodotto o il profitto di un reato fiscale o tributario commesso all'estero. – 4-*ter*. Si applica la pena della reclusione da uno a tre anni e la multa da euro 1.000 ad euro 10.000 quando l'autore di una delle condotte di cui al primo comma versa in stato di colpa grave circa la conoscenza dell'origine del denaro, dei beni o di qualsiasi altra risorsa economica da un reato presupposto. - 5. Nei casi di condanna, il giudice dispone la confisca: a) del prodotto, diretto o indiretto, del riciclaggio, inclusi tutti i mezzi utilizzati o che si intendevano utilizzare a tal fine; b) del profitto o altro beneficio derivanti, direttamente o indirettamente, dai proventi dal delitto antecedente al riciclaggio.

vaticano[9]) che, giova sottolineare, erano stati introdotti nell'ordinamento giuridico dello Stato vaticano con la legge N. CXXVII del 30 dicembre 2010 (il riciclaggio) e con la Legge N. CLXVI del 2012 (il finanziamento del terrorismo). Successivamente, la Legge N. VIII dell'11 luglio 2013, riguardante "Norme penali in materia penale", ha dedicato un intero titolo (il X) alla disciplina della *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche derivante da reato* (dall'art. 46 all'art. 51), prevedendo tale forma di responsabilità per tutti i reati e non più limitatamente a quelli previsti dagli artt. 421-*bis* e 138-*ter* cod. pen. vaticano. Da ultimo, la Legge N. XVIII dell'8 ottobre 2013 ha abrogato l'art. 42-*bis* della Legge N. CLXVI del 2012. Di conseguenza, l'intera disciplina della responsabilità degli enti finalmente ora si trova – con piena coerenza sistematica – all'interno della Legge N. VIII del 2013.

- 6. Quando non è possibile procedere alla confisca di quanto indicato al comma 5, lettere a) e b), il giudice dispone la confisca di denaro contante, beni o risorse economiche di valore equivalente, che risultino essere di proprietà o posseduti dal condannato, in maniera esclusiva o congiunta, direttamente o indirettamente, fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede. - 7. Il denaro contante, i beni o le risorse economiche oggetto di confisca di cui ai commi 5 e 6, tenuto conto di eventuali accordi internazionali di ripartizione, sono acquisiti dalla Santa Sede e devolute alle opere di religione e di carità del Sommo Pontefice. - 8. Il giudice adotta misure cautelari, incluso il sequestro, al fine di prevenire la vendita, il trasferimento o disposizione del denaro contante, dei beni o delle risorse economiche possibile oggetto di confisca, nonché provvedimenti che consentano alle Autorità competenti di identificare, rintracciare e congelare il denaro contante, i beni o le risorse economiche possibile oggetto di confisca, fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede».

[9] L'art. 138-*ter* cod. pen. vaticano è stato abrogato dall'art. 54, comma 1, lett. *a)* della Legge N. VIII dell'11 luglio 2013 e così sostituito con l'art. 23 della medesima Legge N. VIII, poi ulteriormente modificato dal Decreto del Presidente del Governatorato N. CCCXXIX del 1° ottobre 2019: «Chiunque, in maniera diretta o indiretta, raccoglie, eroga, deposita o custodisce denaro contante, beni o altre risorse economiche, in qualunque modo realizzati, con l'intenzione che essi saranno utilizzati o sapendo che saranno utilizzati, in tutto o in parte, al fine di:
a) compiere uno dei reati previsti nei titoli V, VI, VII e VIII della presente legge;
b) compiere o favorire il compimento di una o più condotte con finalità di terrorismo;
è punito, indipendentemente dall'utilizzo dei beni o delle risorse economiche per la commissione o il tentativo delle condotte medesime, con la reclusione da cinque a quindici anni.
2. Il reato sussiste sia che gli atti siano rivolti a finanziare associazioni, sia che gli atti siano rivolti a finanziare una o più persone fisiche.
3. Alla stessa pena, ridotta di un terzo, soggiace anche chi finanzia i soggetti iscritti nell'apposita lista di coloro che minacciano la pace e la sicurezza internazionale. Il delitto non sussiste se la erogazione di beni o risorse avviene nel corso di un'operazione umanitaria o caritatevole di emergenza e nella misura in cui i beni forniti siano strettamente indispensabili a soddisfare i bisogni fondamentali dei beneficiari».

3. *Le ragioni all'origine dell'introduzione della responsabilità amministrativa degli enti*

La domanda che, *in primis*, sorge spontanea allo studioso delle materie penalistiche è quella circa la necessità che una disciplina così particolare venisse introdotta nello Stato più piccolo del mondo. Non è consentito dubitare, neanche in termini astratti, sulla opportunità di prevedere una risposta punitiva nei confronti della c.d. aggressività criminale delle imprese e – in generale – delle persone giuridiche, ma affinché una tale forma di responsabilità abbia un senso è necessario che si realizzi il presupposto per una sua applicazione: nel caso in questione il presupposto è costituito dall'esistenza di soggetti collettivi, dediti all'attività d'impresa, che gestiscano denaro e comunque siano destinatari di flussi finanziari. Ma la risposta è agevole: la previsione della responsabilità per gli enti dipendente da reato in Vaticano non nasce da un'esigenza di politica criminale tale da richiedere una simile tecnica di tutela, ma si inserisce nell'ambito di quel processo di progressivo allineamento dell'ordinamento di tale Stato alle legislazioni più evolute, determinato dall'aver aderito a numerose convenzioni internazionali, soprattutto relative (ma non solo) alla materia economico-finanziaria e, in particolare, alla materia del riciclaggio[10] e del finanziamento del terrorismo. Quindi motivazioni più genuinamente politiche, che non politico-criminali in senso stretto: quelle stesse motivazioni che, ad esempio, hanno determinato ad inserire nella Legge N. VIII reati – tanto per citarne alcuni – quali il maneggio di materiale nucleare (art. 28), l'attentato contro piattaforme fisse (art. 34) o la pirateria (art. 36).

Più precisamente, l'origine della necessità di introdurre una disciplina della responsabilità per le persone giuridiche è individuabile nella *Convenzione monetaria tra l'Unione europea e lo Stato della Città del Vaticano* stipulata a Bruxelles il 17 dicembre 2009[11]: l'art. 8 di tale Convenzione prevedeva l'impegno per lo Stato della Città del Vaticano di adottare gli atti giuridici e le norme UE elencati nell'allegato, in materia di banconote e monete in euro e di prevenzione del riciclaggio di denaro. Tra le disposizioni giuridiche che lo Stato vaticano si è impegnato ad adottare vi era, al primo posto nell'allegato alla Convenzione, la Direttiva 2005/60/CE del 26 ottobre 2005, c.d. "terza direttiva antiriciclaggio": nel considerando n. (41) di tale

[10] Sulla disciplina antiriciclaggio nell'ordinamento giuridico vaticano sia consentito il rinvio a R. Zannotti, *La normativa antiriciclaggio dello Stato Vaticano*, in *Annali di diritto vaticano* 2015, a cura di G. Dalla Torre, P.A. Bonnet, Libreria editrice vaticana, 2015, p. 67 ss.

[11] Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* del 4 febbraio 2010, C 28/15.

Direttiva era espressamente evidenziato che «è opportuno prevedere sanzioni per le persone fisiche e giuridiche. Dato che le persone giuridiche sono spesso coinvolte in operazioni complesse di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, le sanzioni dovrebbero essere altresì calibrate in modo da tenere conto dell'attività svolta da persone giuridiche».

Di conseguenza, proprio in virtù di tale vincolo, la disciplina che ha istituito la responsabilità delle persone giuridiche originariamente introdotta dall'art. 42-*bis* della Legge N. CLVI del 24 aprile 2012 era limitata ai soli reati di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo[12]; subito dopo però, seguendo «l'indirizzo normativo corrente in ambito internazionale»[13], nella Legge N. VIII dell'11 luglio 2013 è stata prevista una disciplina ben più dettagliata, che non poneva alcuna limitazione in relazione ai reati-presupposto capaci di generare anche una responsabilità nei confronti degli enti: scelta emblematica della volontà di superare in maniera drastica, una volta per tutte, il principio *societas delinquere non potest*[14]. Scelta che si pone in parziale contrasto con quanto realizzato dal legislatore italiano, il quale invece nel 2001 ha optato per un modello di disciplina improntato al minimalismo, al fine di «favorire il progressivo radicamento di una cultura aziendale della legalità», per poi procedere di volta in volta ad ampliare l'ambito dei reati-presupposto, man mano che se ne presenti l'occasione[15]. La strada intrapresa nel 2013 dal legislatore

[12] V. A. Sarais, *La valutazione di Moneyval nei confronti della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano in materia di lotta contro il riciclaggio dei capitali ed il finanziamento del terrorismo*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2012, I, p. 211 ss.

[13] Secondo quanto contenuto nel testo di presentazione di S.E. Mons. Dominique Mamberti, Segretario per i rapporti della Santa Sede con gli stati, del *Motu Proprio* di Papa Francesco in materia penale e in materia di sanzioni amministrative, consultabile su <*http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2013/documents/rc-seg-st-20130711_mamberti-presentazione_it.html*>

[14] Anche se, a ben guardare, il principio *societas delinquere non potest* non è così tradizionale e cogente nell'ordinamento della Chiesa: basti pensare che fino al Codice del 1983 era ritenuta possibile, a determinate condizioni, la responsabilità penale di un centro di imputazione di effetti giuridici diverso dalla persona fisica: v., in proposito, A. Bettetini, «Societas delinquere potest». *La responsabilità penale degli enti in diritto canonico*, in Recte sapere. *Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, a cura di G. Boni, E. Camassa, P. Cavana, P. Lillo, V. Turchi, Giappichelli, Torino, vol. I, 2014, p. 75 ss.; M. Ferrante, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto canonico*, Aracne, Roma, 2013, *passim*.

[15] Giova ricordare che, in origine, la disciplina italiana in materia di responsabilità amministrativa degli enti aveva previsto tale forma di responsabilità unicamente in relazione a quei reati-presupposto (tentati o consumati) posti a tutela degli interessi finanziari dell'U.E., quindi ai reati di malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di ero-

vaticano è certamente più radicale ed immediata, posto che, al di là dei reati di riciclaggio (e successivamente di quelli in materia di corruzione, come stabilito dalla Convenzione di Merida[16]) per il resto non vi erano obblighi espressi di adottare una disciplina sulla responsabilità da reato degli enti; ma soprattutto la scelta è indicativa della volontà di adeguare la legislazione vaticana alle tendenze internazionali in materia di risposta alla criminalità: è quanto si evince dal terzo dei *considerata* indicati nella premessa alla Legge N. VIII: «in conseguenza dello sviluppo dei reati perpetrati tramite enti aventi personalità giuridica, si rende altresì opportuno istituire un sistema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche conseguente al reato». Si tratta quindi, al di là delle reali (ed effettive) esigenze di tutela e a prescindere dagli obblighi internazionali, di una vera e propria svolta storica, che il legislatore vaticano ha intrapreso di fronte alla trasformazione della realtà sociale anche all'interno dello Stato del Papa.

4. *La disciplina di dettaglio*

Nella Legge N. VIII dell'11 luglio 2013 il titolo X è interamente riservato alla disciplina della nuova forma di responsabilità da reato per gli enti che, già nel titolo, viene qualificata come "responsabilità *amministrativa* per le persone giuridiche", riprendendo quindi la classificazione adottata dall'ordinamento giuridico italiano nel 2001, che tante discussioni ha suscitato tra gli studiosi[17]. Analogamente al sistema

gazioni a danno dello Stato, truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica ai danni dello Stato, nonché ai reati di concussione e corruzione.

[16] La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (conosciuta come Convenzione di Merida) è stata adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 31 ottobre 2003. La Santa Sede ha depositato formalmente lo strumento di adesione il 19 settembre 2016.

[17] Nel dibattito dottrinale italiano ha prevalso, da un lato, la configurazione delle sanzioni amministrative dipendenti da reato quali sanzioni solo formalmente amministrative, ma in realtà di natura sostanzialmente penale; dall'altro quella di sanzioni appartenenti ad un *tertium genus*, oltre alle sanzioni criminali *stricto sensu* e a quelle amministrative per le persone fisiche, ma pur sempre facenti parte del *genus* diritto punitivo: su tali temi, v. per tutti, G. Marinucci, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in «RIDPP», 2007, p. 445 ss.; V. Maiello, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in «RTDPE», 2002, p. 879 ss.; E. Musco, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in

italiano, l'art. 50, 1° comma, stabilisce che «la competenza a conoscere la responsabilità amministrativa della persona giuridica appartiene al giudice penale competente per i reati da cui detta responsabilità deriva». Quindi il Tribunale e il Giudice Unico potranno conoscere, a seconda della competenza per il reato commesso dalla persona fisica, anche della responsabilità dell'ente discendente da reato, secondo lo schema del *simultaneus processus*. Anche in Vaticano quindi si ripropone la previsione di una forma di responsabilità di natura nominalmente amministrativa, che viene accertata dal giudice penale.

Al di là del fatto che, come rilevato, la definizione di tale forma di responsabilità assume connotati prevalentemente simbolici, soprattutto ove si consideri che il legislatore è onnipotente e non vi sono ostacoli meta-legislativi che impediscano al giudice penale di conoscere anche di questa peculiare forma di responsabilità, deve osservarsi come la scelta adottata sul punto dal legislatore vaticano appaia da un lato eccessivamente timida e dall'altro non pienamente chiara. Infatti, mentre nel legislatore italiano hanno pesato, sulla scelta di qualificare amministrativa la responsabilità degli enti, considerazioni di ordine costituzionale (in particolare quelle relative all'impossibilità di prevedere nei confronti degli enti collettivi una pena realmente rieducativa, come affermato dall'art. 27, 3° comma Cost.), tali ostacoli erano del tutto assenti nel sistema giuridico vaticano, posto che manca una norma parificabile all'art. 27 della Costituzione italiana. Pertanto, anche nell'ordinamento giuridico vaticano la responsabilità degli enti si prospetta come una forma surrettizia di responsabilità penale, qualificata amministrativa (in realtà, para-penale) sostanzialmente per armonizzarla con il limitrofo sistema italiano. Di certo non può qualificarsi responsabilità amministrativa *stricto sensu* (cioè non è riconducibile al modello tipico di illecito punitivo amministrativo di cui alla Legge N. X) perché scaturisce comunque dalla commissione di un reato ed è soggetta a gran parte delle garanzie del processo penale (art. 50, 4° comma), ma che, nonostante le apparenze, non può definirsi penale, stante l'impossibilità di riconoscere all'ente collettivo un soggetto 'capace' di essere rieducato. Ma, si ribadisce, nel caso di specie non vi sarebbero stati ostacoli di natura ordinamentale a qualificare tale forma di responsabilità nella sua esatta dimensione.

Per altro verso, il legislatore vaticano appoggia la responsabilità amministrativa degli enti ad alcune norme generali in materia di sanzioni amministrative contenute nella Legge N. X, in tema di rateazione del pagamento, prescrizione e devoluzione dei proventi (art. 51). In questo

«D&G», 2001, n. 23, p. 8 ss.

emerge la scelta di dar vita, con tale nuova forma di responsabilità, ad uno strumento ibrido, che da un lato viene generato dalla commissione di un reato, che viene accertato con lo strumento del processo penale, ma che è soggetto anche a regole tratte dalla disciplina generale dell'illecito amministrativo.

5. *I soggetti destinatari*

Per quanto riguarda l'ambito di operatività del sistema di responsabilità da reato degli enti, occorre far anzitutto riferimento ai soggetti destinatari dello stesso. A tal proposito l'art. 46, 6° comma stabilisce, con una previsione invero molto semplice, che «le disposizioni del presente titolo non si applicano alle autorità pubbliche». Tale espressione, tanto ampia quanto generica, individua quindi un nucleo di soggetti esclusi per legge dall'osservanza delle norme in tema di responsabilità amministrativa degli enti. Per quanto riguarda la concretizzazione del concetto di 'autorità pubbliche', un ausilio può individuarsi nell'art. 1 n. 2 della Legge N. CLXVI del 2012: è ben vero che le definizioni ivi contenute sono formulate «ai fini della presente legge», ma all'interprete non deve sfuggire che l'originaria disciplina in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche era prevista nell'art. 42-*bis* di detta legge, che già conteneva l'esclusione dal sistema di responsabilità degli enti delle 'autorità pubbliche'. Quindi non è improprio sostenere che per autorità pubblica debba intendersi, come definito dall'art. 1, n. 2 della Legge N. CLXVI, ogni «organismo o ente che, in base all'ordinamento interno, svolge, direttamente o indirettamente, un'attività istituzionale espressione dell'autorità sovrana». In questo la disciplina vaticana elimina dal raggio applicativo del sistema della responsabilità degli enti ogni autorità dotata di potestà pubbliche (ad es., i dicasteri), riservandola in via residuale solo alle persone giuridiche di diritto vaticano (ad es., *Caritas Internationalis*, Fondo di Assistenza Sanitaria) e a quelle di diritto canonico iscritte nel registro vaticano delle persone giuridiche (ad es., Libreria Editrice Vaticana, Fondazione autonoma Bambino Gesù)[18]. Evidente la differenza con la disciplina italiana: mentre in quest'ultima, infatti, la natura pubblicistica dell'ente non impedisce alla base la configurabilità della responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001 (è il caso, ad esempio, degli enti pubblici economici), nell'ordinamento vaticano la

[18] Così Dalla Torre, *Lezioni di diritto vaticano*, cit., p. 145.

natura di autorità pubblica, in coerenza con il modello di stato assoluto, elimina alla base ogni forma di responsabilità da reato dei soggetti collettivi.

Giova altresì mettere in evidenza che, con riferimento ai reati commessi contro la sicurezza, gli interessi fondamentali o il patrimonio della Santa Sede e a quelli previsti dalle Leggi nn. VIII e IX, il Santo Padre, con lettera apostolica in forma di *Motu Proprio* dell'11 luglio 2013 (Ai nostri tempi) ha attribuito alla giurisdizione degli organi giudiziari dello Stato della Città del Vaticano anche il compito di accertare la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per i fatti, dovunque commessi, allorché siano realizzati da persone che rivestono funzioni apicali degli enti direttamente dipendenti dalla Santa Sede ed iscritti nel registro delle persone giuridiche canoniche istituito presso il Governatorato[19].

6. *I criteri oggettivi per l'ascrizione della responsabilità*

La persona giuridica e, in particolare, la sua sfera di azione è determinata dalle attività degli individui che la compongono. Quindi poiché la persona giuridica opera attraverso i suoi organi, anche il legislatore vaticano ha fatto uso, per consentire l'attribuzione della responsabilità all'ente, della teoria organica. In altre parole, è necessario che il reato, posto in essere da una persona fisica, sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente[20]. Ciò è reso esplicito dall'art. 46, cioè dalla prima norma che, all'interno della Legge N. X, disciplina tale forma di responsabilità: «La persona giuridica è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio».

Tale aspetto, che è ripreso pedissequamente dalla normativa italiana, costituisce uno degli snodi fondamentali di tutta la disciplina; in altri termini, con il richiedere che la persona fisica abbia commesso il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, il legislatore ha voluto mettere in evidenza la necessaria connessione che deve sussistere tra il reato (che è commesso pur sempre da un terzo, cioè da una persona fisica) e gli obiettivi dell'ente, individuando così un vero e proprio *criterio oggettivo di ascrizione della responsabilità*. In altri termini, in tanto è possibile addebitare ad un ente (cioè a un soggetto diverso da chi ha materialmente posto in essere il fatto di reato) una responsabilità (ancorché amministrativa), in quanto la

[19] V., su tali aspetti, Dalla Torre, *Aspetti della Giustizia Vaticana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, «Rivista telematica», n. 18/2013.

[20] N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, *passim*.

condotta sia finalizzata genericamente a soddisfare l'interesse dell'ente.

L'espressione di cui all'art. 46, 1° comma, si caratterizza per il fatto di utilizzare la disgiuntiva 'o' tra i concetti di interesse e vantaggio: da tale costruzione può evincersi la sufficienza dell'una o dell'altra finalità: purché il reato sia compiuto nell'interesse dell'ente, non occorre che questi ne tragga vantaggio.

Per *interesse* deve intendersi che il fatto posto in essere dalla persona fisica deve essere commesso perché la persona giuridica ha instradato, con la sua *policy*, l'agente a commettere quel reato. Non rileva pertanto se un soggetto, pur avendo una posizione di rappresentanza, commette all'interno dell'ente un reato nell'interesse esclusivo proprio (art. 46, 2° comma). Diverso è invece il discorso se l'interesse che ha rappresentato la 'molla' per commettere il reato sia di natura prevalentemente (ma non esclusivamente) personale dell'agente o di terzi. In tal caso, previsto dall'art. 48, lett. *a),* la presenza di un interesse prevalente di tipo individuale non elimina la rilevanza dell'illecito per l'ente, ma consente la riduzione della sanzione pecuniaria. È il caso, ad esempio, del dirigente di una persona giuridica vaticana che, all'insaputa dell'ente cui appartiene, allo scopo di precostituirsi le condizioni per un avanzamento nella carriera, ponga in essere una serie di fatti di corruzione, realizzando in tal modo allo stesso tempo anche un vantaggio per l'ente.

Il termine *vantaggio* deve invece intendersi, secondo un'accezione oggettiva, nel senso di profitto o comunque arricchimento economico che l'ente ricava direttamente dal reato commesso dalla persona fisica.

Detto sistema è chiaramente modellato su una forma di responsabilità individuale dolosa: infatti i concetti stessi di *interesse* e di *vantaggio* richiamano la volontà di commettere un fatto, che fin dall'origine è caratterizzato da una destinazione meta-individuale. Ma, stante il rinvio generalizzato a «reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio», devono necessariamente ricomprendersi tra i reati-presupposto anche quelli colposi, quali – ad esempio – l'omicidio e le lesioni personali colpose a seguito di infortunio sul lavoro.

La stessa norma (art. 46) individua altresì le categorie di soggetti agenti per la persona giuridica, raggruppandole in due tipologie: *a*) coloro che rivestono funzioni di vertice (funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente), nonché coloro che esercitano, *anche di fatto*, il controllo e la gestione dello stesso; *b*) coloro che ricoprono mansioni esecutive (che sono cioè sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti in precedenza citati).

Le predette qualifiche sono necessarie, poiché in loro assenza mai un reato potrebbe ricondursi anche all'ente. In altri termini, le qualifiche funzionali sopra specificate e la necessità che il fatto sia commesso *a vantaggio* o *nell'interesse* dell'ente stanno a soddisfare l'esigenza che il fatto di reato sia *proprio* della *(id est,* appartenga alla) persona giuridica. Deve altresì condividersi la scelta del legislatore di ampliare al massimo la categoria dei soggetti in relazione ai quali scatta l'imputazione oggettiva a carico dell'ente: infatti non solo i dirigenti (e non solo gli amministratori di fatto), ma anche un usciere, un autista o un magazziniere possono, con il loro comportamento, commettere un reato «che trova la sua causa in una politica d'impresa deliberatamente spregiudicata o in una gestione maldestra dei meccanismi d'organizzazione interna»[21].

7. *I criteri di imputazione soggettiva della responsabilità*

Se all'art. 46, 1° e 2° comma, il legislatore ha previsto i criteri oggettivi di ascrizione della responsabilità degli enti, al 3° comma sono tipizzati i criteri di imputazione soggettiva. Ciò perché il legislatore non ha costruito a carico dell'ente una forma di responsabilità oggettiva, basata soltanto sul collegamento (materiale) tra fatto, soggetto-persona fisica e persona giuridica. Il legislatore ha voluto ancorare il rimprovero nei confronti della persona giuridica ad «un *deficit* dell'organizzazione o dell'attività, rispetto a un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica nel suo insieme»[22]. In altri termini, non è sufficiente un mero collegamento oggettivo tra il soggetto-persona fisica e la persona giuridica, né è sufficiente che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Il legislatore esige che il reato della persona fisica sia espressione della politica dell'ente e derivi comunque da un difetto organizzativo dello stesso (c.d. *colpevolezza di organizzazione*), che di fatto contribuisce a rendere più agevole la commissione del fatto di reato da parte della persona fisica.

A tale scopo anche il legislatore vaticano ha diversificato i criteri di attribuzione soggettiva della responsabilità sulla base della diversa categoria

[21] Così C. De Maglie, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) degli enti collettivi*, in «LP», 2003, p. 349 ss.

[22] Così D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in «CP», 2003, Supplemento al n. 6, Milano, 2003, p. 16.

di appartenenza degli autori individuali.

Nel caso, previsto all'art. 46, 1° comma, lett. *a),* concernente *reati commessi da soggetti che rivestono — anche di fatto — posizioni apicali*, il legislatore ha individuato la colpevolezza dell'ente nelle scelte di politica d'impresa. In altri termini, essendo il reato commesso da un soggetto di vertice nell'ambito della gerarchia della persona giuridica, il legislatore presume appartenere quel reato all'organizzazione stessa dell'ente (*id est* alla sua politica d'impresa). Vi è in questo caso una vera e propria inversione dell'onere della prova: l'art. 46, 3° comma afferma, a tal proposito, che la persona giuridica *non* risponde (del reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio dalla persona fisica che ricopre una posizione di vertice) se prova che: *a*) sono stati adottati ed applicati efficaci protocolli preventivi destinati ad impedire i reati; *b*) allo scopo di garantire la massima efficienza dei modelli organizzativi è stato istituito — all'interno della persona giuridica — uno specifico organismo di controllo, dotato di completa autonomia; *c*) i vertici hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i protocolli preventivi; *d*) non vi sono state omissioni o negligenze nell'operato dell'organo di controllo.

Si tratta di una delle norme più importanti di tutta la disciplina; indica che la responsabilità della persona giuridica non è automatica, ma consegue soltanto se la stessa non aveva predisposto un *modello organizzativo* idoneo ed efficace per evitare quel tipo di reato. Ciò si inquadra perfettamente nello spirito del sistema: quello di una volontà di *prevenire* il rischio penale, realizzata attraverso l'anticipazione della soglia della prevenzione ad una fase *ante delictum*. Il modello organizzativo non è altro che un vero e proprio sistema procedimentale della persona giuridica (una sorta di protocollo comportamentale) finalizzato a prevenire ed evitare la commissione dei reati di quel genere (c.d. modello prevenzionistico). Ogni ente deve verificare, *a seconda della propria attività*, i cosiddetti rischi-reato e catalogare tutti quei reati che potrebbero verificarsi nel corso dell'attività svolta. È per tale ragione che il legislatore non ha previsto uno specifico schema di modello organizzativo valevole, in generale, per ogni persona giuridica, posto che lo stesso dovrà essere plasmato sul tipo di ente al quale si riferisce. Il modello organizzativo deve quindi essere una sorta di 'abito tagliato su misura' per adattarsi il più possibile alla fisionomia di ciascun ente allo scopo di prevenire il c.d. rischio-reato. Quanto alla fisionomia che deve avere il modello organizzativo, deve rilevarsi che lo stesso, come già precisato, deve essere idoneo ed efficacemente attuato e il giudizio sull'idoneità del modello

è demandato al Giudice[23].

Si tratta di una svolta fondamentale, in quanto è l'ordinamento che esige dall'ente [in particolare dall'organo dirigente di cui all'art. 46, 1° comma, lett. *a)*] la predisposizione di un *modello organizzativo* che plasmi l'intera struttura della persona giuridica, per garantire un'efficace tutela di tutti quei beni, interni ed esterni alla stessa, posti a rischio dall'attività dell'ente. Ciò rappresenta senza dubbio un impegno notevole per la persona giuridica (anche in termini di nuovi costi da affrontare), che dovrà inserire la predisposizione del proprio modello organizzativo nel più ampio disegno di pianificazione strategica, cercando di contemperare le esigenze dello stesso con le altre finalità. Ma non v'ha dubbio che la vera novità, la svolta storica rappresentata dal sistema della responsabilità delle persone giuridiche, è proprio ravvisabile nell'aver coinvolto l'ente in un disegno volto non solo a prevenire la commissione di reati, ma a rimuovere tutti quei «fattori di rischio che, guardando alla storia dell'ente, hanno già occasionato o favorito la commissione di un reato, non fosse altro per la loro perdurante attitudine criminogena»[24].

Quindi la predisposizione del modello organizzativo rappresenta l'elemento centrale di quella cultura totalmente nuova, fatta propria anche dall'ordinamento giuridico vaticano, caratterizzata dal fatto che la commissione di reati è stata assunta a livello di ulteriore rischio per ogni persona giuridica, la cui prevenzione è stata affidata — in un'ottica di «co-regolamentazione statale-privata dei rischi» — allo stesso ente.

Una particolarità della disciplina riguardante la responsabilità da reato degli enti concerne la situazione di talune persone giuridiche private riconosciute nello Stato vaticano, che però si trovano ad essere riconosciute e ad operare anche all'interno di altri ordinamenti giuridici (ad esempio, quello italiano). In casi del genere non può dubitarsi che sia necessario adeguarsi alle regole nazionali del territorio nel quale si opera, ma soprattutto deve essere sottolineato che il rischio-reato presente in uno Stato possa essere diverso da quello ravvisato in Vaticano: con la conseguenza che, in casi del genere, è normale dotarsi di un modello organizzativo specifico e diverso per ogni realtà statuale ove l'ente opera.

[23] V., specificamente in tema, V. Manes, A.F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma,* a cura di F. Centonze, M. Mantovani, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 137 ss.

[24] Così F. Giunta, *Il reato come rischio d'impresa e colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2009, p. 245.

8. *Cenni sull'organismo di vigilanza*

Nell'ambito della predisposizione di un modello organizzativo il legislatore ha previsto l'istituzione di un organo interno che, completamente separato dalla titolarità, abbia autonomia d'intervento e sia destinato a controllare, in ogni momento, l'efficacia del modello organizzativo (ad esempio, in talune realtà aziendali tale ruolo potrebbe efficacemente essere ricoperto dall'*Internal auditing*)[25]. E ciò perché, si ribadisce, il modello organizzativo non deve costituire qualcosa di formale, di statico, quasi una sorta di «*passe-partout* per il traguardo della legalità»[26], ma deve consistere in un modello procedimentale effettivo, finalizzato ad innescare e garantire un circuito virtuoso nell'attività di ogni persona giuridica. Occorre evitare, in altri termini, che l'intero mondo delle persone giuridiche vaticane assuma, proprio nella prospettiva dell'acquisizione di una nuova cultura gestionale, un approccio di stampo burocratico nell'applicazione della normativa in questione, con applicazione meramente formale di prassi organizzative aziendali non efficaci (c.d. *cosmetic compliance*).

L'organo interno è previsto dall'art. 46, 3° comma, lett. *b)* e rappresenta una delle condizioni l'esistenza delle quali scusa il comportamento della persona giuridica.

Due sono, fondamentalmente, i compiti ascrivibili a detto organo:

— anzitutto il controllo continuo sull'adeguatezza del modello organizzativo ai reali rischi-reato;

— in secondo luogo, il monitoraggio permanente e continuo del modello stesso, al fine di verificarne la continua efficienza, con il naturale potere di effettuare modifiche e ampliamenti.

L'organismo in questione deve essere istituito dal vertice della persona giuridica alla quale si riferisce e deve essere configurato come una vera e propria struttura interna all'ente stesso, con poteri di autonomia.

Deve comunque escludersi che in capo al predetto organismo possa instaurarsi un obbligo di impedire l'evento, con conseguente corresponsabilità dei componenti dello stesso qualora un soggetto afferente alla persona giuridica commetta un reato nell'interesse dell'ente stesso[27]. Infatti, non solo

[25] P. Valensise, *L'organismo di vigilanza* ex *d.lgs. n. 231/2001: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in «Analisi giuridica dell'economia», 2/2009, cit., p. 355 ss.

[26] Così Musco, *Relazione di sintesi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.* Atti del Convegno di Bari del 26-27 maggio 2006, a cura di G. Spagnolo, Giuffrè, Milano, 2007, p. 177.

[27] V., in generale, le riflessioni sul tema di F. Consulich, Vigilantes puniri possunt. *I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*,

l'obbligo gravante sull'organismo di controllo è un obbligo di sorveglianza (sulla funzionalità del modello organizzativo), che non comporta alcun obbligo di impedire l'evento[28], ma è bene evidenziare che nel diritto penale vaticano manca una norma quale quella prevista dall'art. 40 cpv. c. p. italiano in tema di obbligo di impedire l'evento.

9. *Cenni sul modello organizzativo*

Nei *reati commessi da soggetti che sono in posizione subordinata* [cioè che sono riconducibili alla definizione di cui all'art. 46, 1° comma, lett. *b)*] si richiede invece una vera e propria colpa di organizzazione. In altri termini, la responsabilità dell'ente è esclusa se l'ente ha adottato, prima della commissione del fatto di reato, un efficace modello di organizzazione, gestione e controllo. Si tratta, in sostanza, di una responsabilità modellata sul classico schema concorsuale di tipo colposo del fatto commesso dalla persona fisica all'interno della società. In altri termini, il legislatore ha differenziato le situazioni, ritenendo obbligatoria per i soggetti che ricoprono posizioni apicali «la predisposizione di modelli organizzativi idonei a prevenire il reato dei sottoposti». Viceversa, per quanto riguarda i reati commessi dai soggetti che ricoprono posizioni apicali, l'adozione di modelli 'preventivi', quali quelli previsti dall'art. 46, 3° comma, lett. *a),* che hanno l'efficacia di escludere la responsabilità dell'ente, non costituisce un obbligo, ma solo una facoltà (*rectius*, un onere, nel senso che la mancata adozione non è sanzionata, ma impedisce all'ente — qualora venga commesso un reato del quale debba rispondere — di ottenere un minore

in «RTDPE», 2015, n. 3, p. 425 ss.

[28] Sull'argomento in dottrina si registrano posizioni differenziate: in senso contrario alla configurabilità di una posizione di garanzia dei membri dell'organo di controllo v. A. Alessandri, *Il nuovo diritto penale delle società. d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, Milano, 2002, p. 42; C. Piergallini, Societas delinquere et puniri non potest: *la fine tardiva di un dogma*, in «RTDPE», 2002, p. 571 ss. (spec. p. 594); F. Giunta, *Attività bancaria e responsabilità* ex crimine *degli enti collettivi*, ivi, 2004, p. 1 ss. (spec. p. 19); C. Pedrazzi, Corporate governance *e posizione di garanzia: nuove prospettive*, in *Governo delle imprese e mercato delle regole*, Giuffrè, Milano, 2002, II, p. 1374; viceversa, sono favorevoli alla configurabilità di una responsabilità dei componenti dell'organo di controllo, A. Gargani, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in «DPP», 2002, p. 1061 ss.; A. Nisco, *Responsabilità degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi soggettivi e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in «RTDPE»., 2004, p. 317 ss.

rilievo della sua colpevolezza)[29].

In altri termini, i modelli organizzativi svolgono — all'interno dell'ente — il ruolo di veri e propri *sistemi operativi*, che operano quali 'sensori' dei rischi-reato, al fine di svolgere contemporaneamente sia un'efficace attività di monitoraggio e di segnalazione, sia una reale attività di prevenzione. La presenza dei predetti modelli è comunque determinante a far sì che nella struttura e nella vita dell'ente si affermi in modo inequivoco un'autentica *cultura del controllo e della legalità*[30].

10. *Le sanzioni*

Uno degli aspetti peculiari della nuova disciplina introdotta dalla Legge N. VIII del 2013 è quello delle sanzioni. Deve infatti osservarsi che *de iure condendo* uno degli ostacoli insormontabili alla configurabilità di una responsabilità penale delle persone giuridiche è sempre stato quello della mancanza nell'ordinamento di sanzioni adatte ad essere applicate agli enti collettivi. Da tale situazione discendeva la constatazione che *societas delinquere potest, sed puniri non potest*.

A maggior ragione, nell'ordinamento giuridico vaticano il predetto problema era ancor più evidente in quanto il codice penale risale al 1889, quando non poteva immaginarsi una responsabilità (para)penale per le persone giuridiche. L'intero apparato sanzionatorio ora introdotto presenta un indubbio interesse, in quanto è fondato pressoché interamente su sanzioni che guardano al profitto, o comunque all'utile economico dell'ente: tale caratura è facilmente spiegabile con il fatto che per ogni ente l'aspetto patrimoniale è uno degli elementi essenziali per il suo funzionamento (capitale e lavoro). Con la conseguenza che una sanzione che va ad incidere sul patrimonio dell'impresa è una sanzione che incide su un bene fondamentale dell'ente, come è la libertà personale per il soggetto-persona fisica.

[29] V., in tal senso, A. Bernardo, *Prime pronunce sulla responsabilità amministrativa di società ed enti*, in *Dir. prat. soc.*, 2004, n. 21, p. 27; v. altresì E. Musco, *Relazione di sintesi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 177, il quale sembra concludere in ordine alla facoltatività (*rectius*, alla non obbligatorietà) generale dei modelli (sia con riferimento ai reati dei sottoposti, sia ai reati dei soggetti apicali).

[30] V., dal punto di vista aziendalistico, le osservazioni di P. Bastia, *I modelli organizzativi*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 13 3 ss.; nonché quelle di G.M. Garegnani, *Profili economico-aziendali dei modelli organizzativi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 45 ss.

All'interno del titolo X, alle sanzioni sono riservati gli artt. 47, 48 e 49, che formano un sistema non sempre caratterizzato da chiarezza. Le sanzioni sono elencate all'art. 47, che afferma: «Spetta al giudice determinare quali sanzioni amministrative irrogare in caso di accertamento di responsabilità amministrativa derivante da reato» sono:

— la sanzione pecuniaria;

— le sanzioni interdittive;

— la confisca.

Quanto alle sanzioni interdittive, le stesse vengono specificate al 2° comma e sono:

— l'interdizione (definitiva o temporanea) dall'esercizio dell'attività;

— la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze e concessioni, nonché il divieto di contrattare con le autorità pubbliche;

Si tratta di un sistema sanzionatorio del tutto innovativo per l'ordinamento giuridico vaticano, che riproduce in forma semplificata quello italiano, fondato tutto su sanzioni principali e calibrato su una distinzione binaria tra sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive. Queste ultime, in particolare, costituiscono anch'esse sanzioni principali con funzione in prevalenza di natura special-preventiva, in considerazione del fatto che — a seconda della singola sanzione prescelta — possono paralizzare l'attività dell'ente, oppure condizionarne l'operatività attraverso la limitazione della sua capacità giuridica o la sottrazione di risorse finanziarie.

10.1. *La sanzione pecuniaria*

È agevole constatare come la pena usuale nei confronti degli enti sia, anche nel sistema vaticano, la *sanzione pecuniaria*, che si applica nella normalità dei casi: tale situazione costituisce un'ulteriore conferma al *trend* — peraltro già evidente in generale nel diritto penale — che la sanzione limitativa della libertà personale non costituisce più «il centro esclusivo o immanente della risposta penale»[31]. Riguardo invece alle modalità di applicazione della sanzione pecuniaria amministrativa, il sistema vaticano è sostanzialmente diverso da quello italiano: infatti, a prescindere dalla circostanza che la quantificazione della pena non è basata sul sistema delle quote, la differenza più marcata sta nel fatto che la responsabilità amministrativa per gli enti discende da ogni reato e pertanto non sono previste pene edittali specifiche in relazione a ciascun fatto commesso, ma il giudice procederà ad applicare

[31] Così M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 49.

una sanzione quantificandola caso per caso, entro i limiti fissati dall'art. 47, 4° comma («Se la legge non prevede l'ammontare della sanzione pecuniaria, essa sarà da determinare da un minimo di euro cinquemila ad un massimo di euro duecentomila, tenuto conto dei criteri di cui al comma precedente»). È di tutta evidenza come un siffatto meccanismo si ponga in contrasto con il generale principio di predeterminazione della pena, posto che uno spazio edittale così ampio appare vanificare completamente ogni prevedibilità del carico sanzionatorio per l'ente.

10.2. *Le sanzioni interdittive*

Contrariamente alla pena pecuniaria, le *sanzioni interdittive* non si applicano indistintamente per qualsiasi tipo di illecito, ma soltanto nei casi espressamente previsti dall'art. 49. In particolare, tale norma richiede in via alternativa che ricorra almeno una delle seguenti situazioni, cioè: a) che la persona giuridica abbia tratto un profitto di rilevante entità e il reato-presupposto sia stato commesso da soggetti che ricoprono una posizione apicale oppure da un soggetto che era sottoposto all'altrui direzione, quando ciò è stato possibile per gravi carenze organizzative dell'ente; b) che si sia in presenza di una reiterazione degli illeciti.

Le sanzioni interdittive hanno normalmente una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni (art. 49, 2° comma), salvo che l'ente abbia tratto un profitto di rilevante entità e abbia già subito per due volte negli ultimi dieci anni la pena dell'interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività (art. 49, 3° comma): in tal caso tale specie di interdizione può essere applicata per sempre. Analogamente, in virtù di quanto dispone l'art. 49, 4° comma, anche la sanzione del divieto di contrattare con le autorità pubbliche può essere disposta in via definitiva quando la persona giuridica abbia subito in precedenza due condanne nelle quali è stata applicata la medesima sanzione in via temporanea. La disciplina vaticana non prevede l'applicazione delle sanzioni interdittive quali *misure cautelari*: si tratta di una scelta che ha un significato fondamentale, posto che l'esperienza maturata in Italia ha invece messo in evidenza un uso energico di tali misure a titolo cautelare, frutto di una non sempre condivisibile prassi applicativa, che nella sostanza vede nell'applicazione cautelare l'unica vera pena applicabile agli enti (perché immediata e direttamente incidente sulla funzionalità dell'ente).

La funzione delle sanzioni interdittive è essenzialmente di *prevenzione speciale*, in quanto attraverso la loro applicazione si mirano ad ottenere

risultati utili per la tutela dei beni protetti. Ciò nonostante le sanzioni interdittive sono dotate di una elevata afflittività, espressione anche di una finalità di prevenzione generale, ricollegabile all'inevitabile effetto dissuasivo che la minaccia è in grado di espletare.

11. *Conclusioni*

All'esito della predetta carrellata, che ha avuto lo scopo di esaminare dal punto di vista tecnico una forma di responsabilità indubbiamente innovativa per l'ordinamento giuridico vaticano, resta lo spazio di qualche considerazione conclusiva.

Ad oltre otto anni dalla sua introduzione, deve rilevarsi che, contrariamente a quanto paventato nell'imminenza dell'entrata in vigore della nuova disciplina[32], non si è avuto sul sistema giudiziario vaticano quell'impatto deflagrante che avrebbe dovuto essere determinato dal fatto che qualsiasi reato – contrariamente alla legislazione italiana – avrebbe potuto generare la responsabilità dell'ente. E ciò non deve addebitarsi a mancanza di effettività delle norme, bensì alle situazioni che la giustizia vaticana si trova a prendere in considerazione, caratterizzate per lo più da una schiacciante prevalenza di azioni illecite poste in essere da singole persone fisiche, dove le persone giuridiche assumono frequentemente la veste di soggetti danneggiati, ma non di 'coautori'.

Al di là di tale considerazione, non può dubitarsi che l'introduzione della responsabilità amministrativa da reato degli enti rappresenti al tempo stesso uno slancio dell'ordinamento giuridico vaticano verso la *post*-modernità e una notevole evoluzione della disciplina dell'illecito amministrativo non più confinata nella Legge N. X del 2013.

I tempi sono irrimediabilmente mutati ed anche l'ordinamento giuridico vaticano è costretto a subire una serie di cambiamenti improntati ad una tendenziale globalizzazione degli ordinamenti giuridici. Tale *trend* non solo non deve essere etichettato negativamente, ma deve essere particolarmente apprezzato in quanto è funzionale alla prevenzione di un vero e proprio cancro del sistema economico quale è il riciclaggio: in tale ottica, anche il sistema di responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato

[32] Astrologo, in *Il continuo divenire della recente legislazione vaticana: la riforma dei codici, le norme complementari in materia penale, la recente legge in materia di trasparenza, vigilanza ed informazione finanziaria e le nuove forme di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, D. Fondaroli, A. Astrologo, in «RASE», 2013, pp. 247 ss.

si inserisce nel più ampio disegno di predisposizione di efficaci tecniche di tutela avverso condotte, da chiunque poste in essere (persone fisiche o persone giuridiche), che attraverso «l'uso improprio del mercato e dell'economia» minacciano il bene comune[33].

[33] Sono le parole con le quali Papa Francesco inizia la *Lettera apostolica* in forma di *Motu Proprio* dell'11 luglio 2013: «Ai nostri tempi il bene comune è sempre più minacciato dalla criminalità transnazionale e organizzata, dall'uso improprio del mercato e dell'economia, nonché dal terrorismo. È quindi necessario che la comunità internazionale adotti idonei strumenti giuridici i quali permettano di prevenire a contrastare la criminalità, favorendo la cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale».

L'opera contiene un consistente numero di saggi, dedicati ad Antonio Fiorella quale testimonianza del significativo contributo da lui fornito alla scienza penalistica e firmati sia da esponenti di chiara fama, italiani e stranieri, dell'Accademia, della Magistratura e dell'Avvocatura, che da giovani studiosi della materia penalistica. In un momento storico, come quello attuale, nel quale le categorie fondamentali del diritto penale liberale sembrano messe duramente alla prova dall'emergere, sia nel sentire sociale che nella stessa legislazione, di preoccupanti istanze iper-securitarie e iper-punitive, la raccolta si propone come un importante 'luogo' di confronto e di approfondimento critico sullo stato del diritto penale e sulle sue possibili prospettive di sviluppo; il tutto con un insieme di contributi che, nel riprendere temi e questioni caratterizzanti il percorso dell'onorando, spaziano a loro volta dalla dogmatica, alla politica criminale, fino ai più significativi settori della legislazione penale speciale e del diritto penale economico.

I curatori del volume:

Mauro Catenacci è Professore Ordinario di Diritto Penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre. È membro dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale.

Vincenzo Nico D'Ascola è Professore Ordinario di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria. È membro dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale.

Roberto Rampioni è Professore Ordinario di Diritto Penale presso il Dipartimento dell'Università di Roma 'Tor Vergata'. È membro dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale.

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI