



DPEI

n. 2/2023

Rivista semestrale

Codice ISSN 2974-8887

DPEI – rivista semestrale

Associazione DPEI [redazione@dpei.it] Via Dal

Luzzo n. 3 – 40125 Bologna (BO)

Presidente: Prof. Luigi Foffani; *vicepresidente* Avv. Stefano Bruno

Direttore Responsabile: Prof. Luigi Foffani

Comitato editoriale: Enrico Amati, Stefano Bruno, Donato Castronuovo, Giulio De Simone,
Valeria Torre

Comitato scientifico: Luigi Stortoni (Presidente), Giorgio Bellettini, Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia, Lorenzo del Federico, Massimo Donini, Marco Lamandini, Maria Novella Masullo, Alessandro Melchionda, Nicola Pisani, Luca Ramponi, Carlo Ruga Riva, Lucia Russo, Kolis Summerer, Vico Valentini

Comitato di redazione: Luca Baron, Gaetano Stefano Califano, Aurora Cangiotti, Giovanni Capozio, Francesco Contri, Anna Francesca Masiero, Simona Metrangolo, Giulia Rizzo Minelli, Gianluca Taiani

Bologna, novembre 2023

DPEI 2/2023

Rivista semestrale

SOMMARIO

Saggi e approfondimenti

- Prospettive future: verso una riforma (im)possibile del diritto penale della crisi d'impresa?*
di Luigi Foffani p. 5
- La sicurezza del lavoro nelle piccole e medie imprese: profili di responsabilità penale*
di Donato Castronuovo p. 16
- D.lg. n. 231 del 2001 ed enti di piccole dimensioni: disciplina attuale e prospettive de lege ferenda*
di Giulio de Simone p. 52

Rassegna giurisprudenziale – Dalla giurisprudenza di merito

Diritto penale della sicurezza sul lavoro

- La precedenza logica della prova del nesso di causalità rispetto alla colpa dei debitori di sicurezza*
(nota a Tribunale di Venezia, I Sez. pen., 12 agosto 2021 (ud. 4 marzo 2021), n. 371)
di Ludovico Bin p. 67
- La responsabilità del datore di lavoro tra comportamento imprudente del lavoratore e principio di affidamento*
(nota a Tribunale di Parma, sent. 9 luglio 2021 (ud. 5 luglio 2021), n. 1051)
di Linda Pincelli p. 72
- Ancora una decisione in materia di responsabilità del datore di lavoro per infortuni auto-inferti dal lavoratore: alla ricerca di nuove soluzioni mediante il reimpiego di vecchi paradigmi*
(nota a Tribunale di Pavia, 6 settembre 2021 (ud. 8 giugno 2021), n. 1014)
di Jacopo Della Valentina p. 81

Diritto penale tributario

- Le valutazioni presuntive dell'Amministrazione erariale al vaglio del Giudice penale: un'apprezzabile sentenza del GUP del Tribunale di Firenze*
(nota a Tribunale Firenze, Ufficio del GUP, 8 settembre 2021 (ud. 6 luglio 2021), n. 710)
di Antonio Bonfiglioli p. 96
- La contesa infinita tra misure ablative e fallimento: aspettando (di nuovo) le Sezioni Unite, una recente decisione di merito esclude il sequestro ai fini di confisca tributaria dei beni sottoposti a procedura concorsuale*
(nota a Tribunale di Verona, ord. 16 marzo 2023 (ud. 2 marzo 2023))
di Anna Costantini p. 105

Responsabilità degli enti

Responsabilità degli enti dipendente da reato del sottoposto e unicità del MOG in una recente sentenza del Tribunale di Milano (nota a Tribunale di Milano, X sez. penale, 23 maggio 2023 (ud. 6 marzo 2023), n. 3314

di Laura De Stradis

p. 120

Diritto penale societario e fallimentare

Il d.lgs. 14 del 2019: una nuova disciplina penale dell'insolvenza? Brevi note sul Codice della crisi di impresa

di Anna Francesca Masiero

p. 139

I reati di manipolazione del mercato e di false comunicazioni sociali in una recente sentenza del Tribunale di Milano (nota a Tribunale di Milano, X Sezione penale, 21 dicembre 2021 (ud. 28 settembre 2021), n. 9501)

di Gherardo Minicucci

p. 153

La sentenza sulla Banca Popolare di Vicenza sui delitti di aggio-taggio, ostacolo alle funzioni di vigilanza e falso in prospetto (nota a Tribunale di Vicenza, Sezione penale in composizione collegiale, 17 giugno 2021 (ud. 19 marzo 2021), n. 348)

di Angelo Salerno

p. 161

Prospettive applicative dei reati societari e responsabilità dell'ente: la sentenza UBI Banca s.p.a. (nota Tribunale di Bergamo, sez. pen., 4 gennaio 2022 (ud. 8 ottobre 2021), n. 2260

di Francesco Martin

p. 167

Frodi, marchi e sicurezza alimentare e del prodotto

Sequestro preventivo e contraffazione di vini pregiati. Un vaglio critico in punto di diritto sostanziale (nota a Tribunale di Pavia, Giudice del riesame, ordinanza 15 dicembre 2021, n. 50 I. M. C. R.)

di Francesco Camplani

p. 179

Dalla giurisprudenza di legittimità

Esposizione ad amianto e responsabilità penale: un tentativo di individuazione della corretta criteriologia per la scelta della legge di copertura e di riordino dei dubbi sull'accertamento del nesso causale (nota a Cassazione penale, Sez. IV, 17 dicembre 2021 (ud. 24 novembre 2021), n. 46154

di Francesco Contri

p. 201

Saggi e approfondimenti

Genesi e sviluppo (e prospettive future) di un modello di responsabilità degli enti nell'Unione europea*

di Luigi Foffani

Direttore responsabile di DPEI e Professore ordinario di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia

* Versione rielaborata e aggiornata di un precedente lavoro in lingua tedesca: L. Foffani, *20 Jahre Europäische Kriminalpolitik – Der Untergang des Prinzips societas delinquere non potest?*, Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, a cura di F. Jeßberger, M. Vormbaum e B. Burghardt, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 463 ss.

Sommario: 1. Il modello europeo. – 2. Dal modello europeo al “modello 231”. – 3. La soluzione spagnola e l’influenza del “modello 231”. – 4. Austria e Germania: “Verbandsverantwortlichkeitsgesetz” e “Verbandssanktionengesetz”. – 5. Dall’Europa all’America Latina. Prospettive future.

1. Il modello europeo

Poche leggi nella recente storia d’Italia come il d.lgs. 231/2001 hanno avuto e continuano ad avere una dimensione europea e internazionale: per la genesi della normativa – che deriva direttamente, come è a tutti noto, da una cospicua serie di iniziative adottate a livello sovranazionale (europeo e non solo)[1] – e per l’impatto che, nel corso degli anni, la riforma italiana ha mostrato di saper esercitare a livello europeo ed extraeuropeo.

L’impulso principale per il legislatore italiano – tanto nella fase genetica della 231, quanto nella sua impetuosa e rapida evoluzione successiva – è stato certamente quello proveniente dall’Unione Europea, a partire dal II Protocollo della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari europei (PIF) del 1997[2]: un impulso iniziale che ha avuto tanta più forza e fortuna in quanto accompagnato da una serie di iniziative parallele di altre agenzie internazionali – dal Consiglio d’Europa all’OCSE e alle Nazioni Unite (in particolare con le varie convenzioni anticorruzione promosse intorno al cambio di secolo)[3] – e seguito da una autentica ondata di iniziative politico-criminali provenienti dalla stessa Unione Europea negli ultimi 25 anni. Si è trattato di iniziative che hanno avuto origini e obiettivi quanto mai vari ed eterogenei, ma tutte accomunate da una identica richiesta rivolta agli Stati membri di responsabilizzare le persone giuridiche in relazione ai fenomeni criminali di volta in volta presi di mira dalle diverse iniziative: dalla lotta al terrorismo o alla criminalità organizzata, dal contrasto alla

corruzione pubblica o privata o alla tratta di esseri umani, dal turismo sessuale alle mutilazioni genitali femminili, dagli abusi di mercato ai delitti ambientali, tutte le variegate iniziative politico-criminali adottate dalla UE nel corso degli anni sono state unite da questo filo rosso rappresentato dalla responsabilità delle persone giuridiche, assunto a strumento caratterizzante ed irrinunciabile della politica criminale europea.

Si può parlare dunque di un modello europeo (nel senso di modello dell'Unione Europea) per la responsabilità delle persone giuridiche? Ad avviso di chi scrive certamente sì, anche se si tratta di un modello estremamente scarno e volutamente privo di alcuni attributi essenziali di un compiuto indirizzo di politica criminale, a cominciare dalla tradizionale *vexata quaestio* della natura della responsabilità^[4].

Consapevole della estrema varietà di orientamenti e di tradizioni culturali e costituzionali presenti al riguardo nel continente europeo, il legislatore europeo (se così possiamo e vogliamo definirlo) consapevolmente si astiene dal dare una linea guida circa la natura giuridica della richiesta responsabilità delle persone giuridiche: mentre per le persone fisiche responsabili dei fenomeni criminosi che si chiede agli Stati membri di combattere si pretende espressamente una responsabilità “penale” accompagnata da sanzioni “penali” nel senso proprio del termine, per le persone giuridiche la richiesta agli Stati membri è volutamente sfumata e flessibile: una “responsabilità” senza aggettivi (art. 3 del secondo protocollo del 1997) e sanzioni o misure che siano “*effettive, proporzionate e dissuasive*” (art. 4).

Per il resto i lineamenti del modello europeo sono pochi e scarni:

1. Si chiede in primo luogo agli Stati membri di adottare tutte “le misure necessarie affinché le persone giuridiche [“ad eccezione degli Stati o di altre istituzioni pubbliche nell’esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche: art. 1 lett. d] possano essere dichiarate responsabili” di determinati reati (nel caso iniziale del secondo protocollo alla convenzione PIF del 1997 si trattava esclusivamente della “frode”, della “corruzione attiva” e del “riciclaggio di denaro”) (art. 3 par. 1);

2. Né la responsabilità, né le sanzioni per le persone giuridiche vengono definite nella loro natura giuridica: si rimette ai singoli Stati membri la scelta fra sanzioni penali, amministrative o eventuali sanzioni di altro tipo;

3. La responsabilità delle persone giuridiche presuppone in questo modello solo che il reato sia stato commesso “a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, che detenga un posto dominante in seno alla persona giuridica” (basato su un potere di rappresentanza o di assunzione di decisioni o di esercizio del controllo nell’ambito della persona giuridica), ovvero anche da parte di un semplice

subordinato, quando il reato sia stato reso possibile da una “carezza di sorveglianza o controllo” da parte delle persone fisiche collocate al vertice dell’organizzazione dell’ente (art. 3 par. 1 e 2);

4. Nonostante la loro indistinta natura giuridica le sanzioni agli enti vengono ben definite nella loro identità: in primo luogo “sanzioni pecuniarie” (“di natura penale o amministrativa”), ma anche “altre sanzioni”, quali ad esempio l’“esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico”, il “divieto temporaneo o permanente di esercitare un’attività commerciale”, l’“assoggettamento a sorveglianza giudiziaria” e “provvedimenti giudiziari di scioglimento”, oltre al sequestro e alla confisca degli strumenti e proventi del reato (art. 4 e 5)[5];

5. La responsabilità delle persone giuridiche, infine, “non esclude l’azione pena le contro le persone fisiche” responsabili dei reati commessi (art. 3 par. 3).

Come è agevole vedere si tratta di un modello particolarmente “leggero” e flessibile, suscettibile di essere declinato in diverse direzioni, e che lascia un amplissimo margine di manovra ai singoli Stati membri. L’unico criterio di imputazione di portata generale è l’agire “a beneficio” della persona giuridica; mentre la “carezza di sorveglianza o controllo” rileva solo quando la persona fisica autore del reato sia un subordinato all’interno della struttura organizzativa dell’ente.

Questo modello si è rapidamente affermato e consolidato: e sin dall’inizio è stato replicato in termini quasi letteralmente identici in una serie sempre più intensa di iniziative politico-criminali nei settori più disparati e con gli obiettivi ed oggetti più eterogenei (dapprima convenzioni e azioni comuni, dopo il Trattato di Amsterdam decisioni quadro e dopo il Trattato di Lisbona direttive). La responsabilità delle persone giuridiche è l’autentico (ed unico) “*Leitmotiv*” della politica criminale europea e rappresenta anche il più grande successo di questa politica criminale, se si pensa solo alla rapida e sorprendente diffusione di nuove ed inedite forme di responsabilità delle persone giuridiche all’interno degli Stati membri dell’Unione Europea.

Dal 1997 ad oggi questo modello europeo di responsabilità delle persone giuridiche è rimasto praticamente identico nella sua espressione letterale, come una sorta di formula standardizzata. Se si confronta ad esempio la formulazione del Secondo Protocollo della Convenzione PIF del 1997 (art. 3 e 4) con quello della più recente Direttiva - di 20 anni successiva - sulla lotta alla frode contro gli interessi finanziari dell’Unione[6] (art. 6 e 9), ci si avvede agevolmente di come le modifiche intervenute siano state ridottissime e di natura quasi esclusivamente stilistica. Le sanzioni che si tratta di applicare nei confronti degli enti vengono sempre descritte come “*effettive, proporzionate e dissuasive*”[7]; e accanto alle “sanzioni pecuniarie, penali o non penali”, compaiono nella gamma delle “altre sanzioni” indicate in via esemplificativa anche “l’esclusione temporanea o permanente dalle procedure di gara pubblica”

e “la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti che sono stati usati per commettere il reato” (art. 9 lett. b e f).

In sintesi: si tratta solo di modifiche minimali. La struttura “leggera” del modello europeo è sempre la medesima; e questa struttura leggera, flessibile e costante è anche verosimilmente il segreto del successo storico di questo modello, che ha rivelato un alto grado di compatibilità con le diverse culture giuridiche ed i differenti orientamenti politico-criminali degli Stati membri.

2. Dal modello europeo al “modello 231”

Di questo modello europeo il d.lgs. 231/2001 rappresenta una delle implementazioni nazionali più significative. Perché all’alba del nuovo millennio una disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche rappresentava ancora una rarità nel panorama continentale europeo dei paesi di *civil law* – con l’eccezione dei Paesi Bassi e del codice penale francese del 1994[8] – e perché la riforma italiana prende apertamente le mosse dal modello europeo, sviluppandone le linee guida ed apportandovi un originale arricchimento soprattutto sul versante dei criteri di imputazione della responsabilità all’ente collettivo.

L’ispirazione europea e internazionale della riforma italiana è esplicita già dalla sopra richiamata intitolazione della legge delega[9] e confermata da tutta l’impostazione generale del “sistema 231”: la selezione delle due categorie di persone fisiche (apicali e subordinati) i cui comportamenti penalmente illeciti possono provocare un accertamento giudiziario di responsabilità è quella stessa tracciata dal modello europeo; e dal modello europeo deriva anche l’indicazione di una responsabilità indirizzata verso un “*numerus clausus*” di illeciti penali, perché si accoglie l’approccio politico-criminale “*problem solving*” del legislatore europeo.

L’indicazione di fonte europea non aveva infatti mai avuto la pretesa di provocare l’introduzione negli ordinamenti nazionali di un generalizzato secondo binario di responsabilità da reato, accanto a quella classica delle persone fisiche (anche se alla fine questo è stato in molti casi il risultato), ma più modestamente quello di affrontare determinati problemi di politica criminale (concreti fenomeni criminosi da contrastare) con nuove forme di responsabilità, che coinvolgessero gli enti collettivi nel cui ambito organizzativo e nel cui interesse fossero stati commessi dei fatti penalmente rilevanti. E l’ondata espansiva della gamma dei reati presupposto della responsabilità delle persone giuridiche – che ha immediatamente investito l’impianto originario degli art. 24 e 25 del d.lgs. 231/2001, sovrastati dalle interpolazioni delle novelle normative successive – non è altro che un fedele riflesso della sempre crescente attenzione delle istituzioni europee per nuovi fenomeni criminali che si chiede agli Stati membri di contrastare con le risorse del diritto penale nazionale, fra le quali ormai non può mancare –

nella visione del legislatore europeo – la responsabilità (comunque la si qualifichi nella sua natura giuridica) degli enti collettivi.

L’apporto più originale del legislatore italiano è certamente quello relativo ai criteri di imputazione alle persone giuridiche: al di là del criterio dell’”interesse” o “vantaggio” – fedele riproduzione dello spunto tracciato dalle iniziative europee e sovranazionali – la novità più significativa della disciplina italiana è quella della normativizzazione dei “modelli di organizzazione e gestione” in funzione della prevenzione dei reati presupposto della responsabilità dell’ente. L’esperienza pratica della diffusione dei “*compliance programs*” delle grandi imprese – dagli Stati Uniti all’Europa e poi in tutto il mercato globale – è quella che ha condotto il legislatore italiano ad introdurre nel sistema del d.lgs. 231/2001 un significativo esempio – probabilmente il primo e il più consistente a livello internazionale per dettaglio di previsione normativa – di un modello di “*compliance*” costruito in negativo come fondamento della responsabilità dell’ente: un difetto o “colpevolezza di organizzazione” – espressione di reminiscenza tedesca[10], ma divenuta ormai di uso corrente anche nella dottrina e giurisprudenza italiana[11] – che esprime il rimprovero mosso all’ente per non essersi dotato di efficienti meccanismi preventivi degli illeciti compresi nella gamma dei reati presupposto.

La scelta prudenziale sul versante della natura della responsabilità – con l’opzione per una responsabilità di natura formalmente “amministrativa”, che saranno poi ampi settori di dottrina e giurisprudenza ad interpretare come sostanzialmente penale o come un “*tertium genus*” fra penale e amministrativo[12] – è anch’essa figlia di un modello europeo che, come si è detto, lascia mano libera sul punto ai legislatori nazionali; ed è una scelta derivante da uno “*Zeitgeist*” nel quale – al principio del nuovo millennio - si avvertiva forte nel nostro paese il timore di una crisi di rigetto da parte del mondo delle imprese[13] e di un sistema pur sempre ancorato al tradizionale dogma del “*societas delinquere non potest*”; e, più in concreto, si avvertiva il timore di possibili censure di legittimità da parte della Corte costituzionale per contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale inteso in termini strettamente antropocentrici.

3. La soluzione spagnola e l’influenza del “modello 231”

Se dunque la soluzione politico-criminale concretizzatasi nel d.lgs. 231/2001 era figlia dei tempi e dell’impulso europeo, a 20 anni di distanza possiamo dire che la via italiana al superamento del dogma del “*societas delinquere non potest*” – una via pragmatica e prudente, ma tecnicamente ben costruita e con una visione di fondo molto allineata alla nascente stagione della “*compliance*” che avrebbe caratterizzato la prassi e il dibattito degli anni successivi – sia stata una via di successo e con un forte impatto sul piano internazionale.

Lo dimostra innanzitutto un raffronto con gli interventi legislativi succedutisi in Europa nel breve volgersi di pochi anni ed in particolare con la strada intrapresa – ad un decennio di distanza dal d.lgs. 231/2001 – dal legislatore spagnolo. Con la *Ley Orgánica* 5/2010 viene introdotta nel *Código penal* spagnolo una “rivoluzionaria” disciplina della responsabilità penale delle persone giuridiche^[14], successivamente sviluppata dalla *Ley Orgánica* 1/2015, che integra la disciplina sostanziale del codice penale ed introduce una disciplina processuale *ad hoc* per gli enti collettivi nell’ambito della *Ley de enjuiciamiento criminal*.

A prima vista la scelta del legislatore iberico in favore di una responsabilità dichiaratamente penale delle persone giuridiche – a dieci anni di distanza il peso della tradizione dogmatica del “*societas delinquere non potest*” si era evidentemente affievolito anche in un paese dalle tradizioni giuridiche simili alle nostre - potrebbe far pensare ad una opzione politico-criminale e ad un modello di disciplina radicalmente alternativi rispetto a quello italiano del d.lgs. 231/2001. Ed invece è vero esattamente il contrario: la riforma spagnola è fortemente ispirata da quella italiana e soprattutto le integrazioni del 2015 – che inseriscono nella trama normativa dell’art. 31 *bis* CP una dettagliata disciplina dei modelli di organizzazione e gestione (“*modelos de organización y gestión*”) - appaiono quasi come una fedele riproduzione dell’art. 6 d.lgs. 231/2001^[15]. Piena identità vi è anche in ordine al criterio identificativo delle persone fisiche il cui agire illecito può far sorgere la responsabilità dell’ente, così come in ordine all’arsenale sanzionatorio attivabile nei confronti delle persone giuridiche.

Anche le significative differenze che pure sussistono – in relazione alla natura giuridica della responsabilità e alla disciplina dell’onere della prova dell’idoneità del modello di organizzazione (poiché il legislatore spagnolo non ha riprodotto la regola dell’inversione dell’*onus probandi* di cui all’art. 6 d.lgs. 231/2001 nel caso di reato presupposto realizzato da un soggetto in posizione apicale nell’organizzazione dell’ente) – appaiono come semplici variazioni sul tema nell’ambito di una medesima chiave di lettura e di recepimento del modello europeo. Così come la differente veste della fonte normativa – il codice penale e di procedura penale per la disciplina spagnola, una sorta di autonomo micro-codice della responsabilità degli enti in Italia – appaiono come il naturale riflesso di una tradizione giuridica contrapposta fra i due ordinamenti in ordine al rapporto fra codice e legislazione speciale (una visione “codicocentrica” in Spagna a fronte del “policentrismo” tradizionalmente caratteristico della nostra materia penale^[16]).

La quasi completa identità fra i due modelli di disciplina (italiano e spagnolo) della responsabilità delle persone giuridiche, a dispetto delle “etichette” formali (formalmente contrapposte) impiegate dai rispettivi legislatori inducono piuttosto a qualche riflessione in ordine alla tendenza sempre più emergente in Europa in determinati settori – specie in materia di disciplina delle attività economiche - verso un diritto “sanzionatorio” genericamente inteso nel quale sembrano sfumare i

tradizionali e classici confini fra il penale e l'amministrativo^[17]; una tendenza della quale la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche – così come si è andata formando e consolidando nei diversi ordinamenti nazionali europei dopo l'inizio del nuovo secolo – è la manifestazione più evidente e significativa.

4. Austria e Germania: “*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*” e “*Verbandssanktionengesetz*”

Ne è ulteriore ed estremamente significativa riprova l'indirizzo in materia di responsabilità delle persone giuridiche che sembra delinarsi nei paesi di lingua tedesca: dapprima in Austria con il “*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*” del 2006, che delinea un modello di responsabilità degli enti autosufficiente e senza ulteriori aggettivi qualificativi (né penale né amministrativo, almeno in apparenza); e poi più compiutamente in Germania, con un importante progetto che dovrebbe riprendere il cammino nella nuova legislatura appena iniziata.

Dopo che la Germania per tanti anni ha rappresentato l'ultimo bastione d'Europa (insieme con la Grecia) del principio “*societas delinquere non potest*”, è oggi probabilmente giunto il tempo per uno storico e decisivo passo nella direzione del riconoscimento legislativo della responsabilità delle persone giuridiche. Con il progetto del Governo federale di una “legge per il rafforzamento dell'integrità nell'economia” (“*Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*”), il cui art. 1 contiene una “legge sulle sanzioni per i reati collegati agli enti collettivi” [“*Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG)*”] dovrebbe prendere vita un nuovo autentico “codice” (sostanziale e processuale) della responsabilità delle persone giuridiche. Il progetto tedesco non prevede alcuna riforma dei codici penale e di procedura penale, ma introduce nuovi concetti e istituti giuridici, come la “responsabilità degli enti” (“*Verbandsverantwortlichkeit*”), il “fatto proprio degli enti” (“*Verbandstat*”), le “sanzioni agli enti” (“*Verbandssanktionen*”), consistenti nella “sanzione pecuniaria all'ente” (“*Verbandsgeldsanktion*”) e nella “ammonizione con riserva di sanzione pecuniaria all'ente” (“*Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt*”), con possibile imposizione di prescrizioni per tutta la durata del periodo di prova.

Senza pretesa di poter dare qui riscontro del ricco dibattito tedesco su questa storica riforma^[18], appare comunque evidente che anche il legislatore tedesco si sia ispirato all'impulso europeo dianzi descritto, e che anche questo progetto segua la linea direttrice di cercare una nuova originale soluzione fra i tradizionali classici sistemi del diritto penale e del diritto sanzionatorio amministrativo (“*Ordnungswidrigkeitenrecht*”). L'intera architettura del disegno di legge e persino il lessico giuridico del (pre-)legislatore – una legge “per il rafforzamento dell'integrità nell'economia” – appare fortemente innovativo e molto lontano dall'ispirazione puramente penalistica e repressiva delle leggi per la lotta

contro la criminalità economica del secolo scorso[19]: la strategia e la filosofia dell'attuale legislatore tedesco molto "europa-orientato" non è né la pura repressione penale, né la mera prevenzione amministrativa, bensì una nuova forma di controllo sociale e di orientamento dell'economia, con un innovativo strumentario giuridico, che punta sulla effettiva cooperazione e collaborazione degli attori economici: misure di *compliance*, investigazioni interne, regolamentazione del *whistleblowing*, prescrizioni nel caso di ammonizione con riserva di sanzione pecuniaria all'ente.

Una linea analoga – come si è già rilevato – era stata perseguita pochi anni addietro dal legislatore austriaco con la "legge sulla responsabilità degli enti" ("*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*") del 2006[20], dalla quale non emerge nessuna classica definizione della natura giuridica delle sanzioni. Questa nuova linea "germanica" di politica del diritto esprime probabilmente al meglio lo "*Zeitgeist*" europeo del nuovo millennio: forse più che la disciplina spagnola della punibilità delle imprese con un classico strumentario penalistico – che si inserisce (non senza problemi) all'interno delle tradizionali regole e istituti giuridici generali dei codici penale e di procedura penale – e forse anche meglio della "timida" e prudente soluzione linguistica del legislatore italiano del 2001, che – sulla scorta del già ricordato timore (allora concreto e ben fondato) di una crisi di rigetto da parte del mondo economico e della paura di oltrepassare i limiti della legittimità costituzionale[21] - si è limitato ad utilizzare in materia di qualificazione della natura delle sanzioni e della responsabilità un lessico giuridico di natura classicamente amministrativa: "sanzioni amministrative" e "illecito amministrativo". Questa linea di politica del diritto seguita da ultimo in Germania smentisce anche la (falsa ma diffusa) idea di un'Europa che pretenderebbe sempre e solo più diritto penale da parte degli Stati membri e potrebbe efficacemente contribuire a rafforzare la cultura della legalità nel mondo delle imprese (compreso il rispetto per i diritti umani nell'attività economica[22]), così come la fiducia nello Stato di diritto[23].

5. Dall'Europa all'America Latina. Prospettive future

Questa telegrafica rassegna di diritto comparato europeo sulla "*new wave*" della responsabilità da reato delle persone giuridiche non sarebbe completa senza un cursorio riferimento alle linee di tendenza emergenti nel continente latino-americano: considerazione che ci rafforza nella convinzione che il d.lgs. 231/2001 – a 20 anni dalla sua genesi – rappresenti l'esempio di una storia di successo. Al "modello 231" – su impulso e suggerimento dell'OCSE – si è ispirato innanzitutto il Cile, primo paese dell'America Latina a dotarsi di una disciplina normativa della responsabilità da reato delle persone giuridiche[24]; e poi, più recentemente, anche altri paesi come il Perù[25], l'Ecuador o il Messico si stanno incamminando sulla medesima strada. L'influenza esercitata nel contesto latino-americano dal

modello di disciplina del d.lgs. 231/2001 è stata ed è assai significativa, anche se a volte si è trattato verosimilmente di una influenza indiretta, mediata dalla esperienza dell'ordinamento spagnolo. In ogni caso si può comunque concludere che il “modello 231” si è rivelato capace non solo di condurre il nostro paese – la dottrina e la giurisprudenza penale, ma anche e soprattutto il mondo delle imprese e l'opinione pubblica – verso il superamento progressivo della tradizione del “*societas delinquere non potest*” – ma si è rivelato anche come un vero e proprio prodotto di esportazione^[26], come forse mai si è potuto verificare nella storia recente della legislazione italiana.

Ma dietro il successo del “modello 231” vi è prima di tutto – come si è cercato di sostenere in queste brevi note – il successo del modello europeo che ne rappresenta la matrice originaria: domani peraltro – se davvero anche la Repubblica federale tedesca sarà capace di dare vita ad un prodotto legislativo del tipo di quello delineatosi nella legislatura appena conclusa – si potrà dire che questo modello europeo inaugurato dal secondo protocollo della convenzione PIF del 1997 dopo un quarto di secolo di costante e insistente riproduzione in sempre nuove e diverse iniziative politico-criminali europee e dopo una (probabilmente insperata all'origine) diffusione capillare nella maggior parte dei paesi dell'area continentale europea, abbia finalmente raggiunto il suo apice e forse – in un certo senso – esaurito la sua spinta propulsiva. Al legislatore europeo forse tocca ora fare un salto in avanti e sviluppare il suo scarno e leggero modello originario, inserendo qualche elemento più ambizioso: non tanto sul versante della qualificazione della natura giuridica della responsabilità, quanto piuttosto sul versante dei criteri di imputazione, delineando una sorta di modello europeo di *compliance* normativa capace di fornire un quadro unitario di riferimento tanto ai legislatori nazionali quanto e soprattutto al mondo delle imprese operanti sul teatro europeo?

[1] È sufficiente, a tal fine, ricordare l'intitolazione della legge delega (art. 11, l. 29.9.2000, n. 300), che richiama espressamente la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee del 26.7.1995, con i successivi protocolli del 1996 e 1997, la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione Europea del 26 maggio 1997 e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997.

[2] *Secondo Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee stabilito in base all'art. K.3 del Trattato sull'Unione Europea*, Atto del Consiglio del 19 giugno 1997, in GUCE, 19.7.97, N. C 221/11 ss.

[3] Si pensi in particolare alla Convenzione ONU di Mérida per la lotta alla corruzione del 2003.

[4] Parzialmente diverso era invece il modello di responsabilità delle persone giuridiche delineato in quegli stessi anni dal progetto del Corpus Juris (art. 13) e dal Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea (Bruxelles, 11.12.2001), dove si delineava espressamente una “*criminal liability of organisation*”. Cfr. M. Delmas-Marty/J. Vervaele (a cura di), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, Antwerpen, Intersentia, 2001.

[5] Tutti gli articoli citati si riferiscono al Secondo Protocollo della Convenzione PIF del 1997 (cit. nota 2).

[6] Direttiva (UE) 2017/371 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, in GUUE, 28.7.2017, L 198/29 ss.

[7] Una lieve variante stilistica compare solo nella versione in lingua tedesca della direttiva, dove non si parla più di sanzioni “adequate” (“angemessen”), ma “proporzionate” (“verhältnismäßig”).

[8] Per una aggiornata rassegna comparatistica sulla disciplina della responsabilità delle persone giuridiche cfr. in particolare, nella letteratura italiana più recente, G. De Simone, *Profili di diritto comparato*, in G. Lattanzi/P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 3 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 175 ss.

[9] V. nota 1.

[10] La “*Organisationsverschuldung*” evoca naturalmente l’opera del più grande maestro del diritto penale dell’economia in Europa: K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl., 2011.

[11] Cfr. per tutti C.E. Paliero, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Enc. Dir. – I Tematici, Il reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 65 ss. e pp. 74 ss.; nella giurisprudenza più recente Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, in *SP*, 20.06.2022, che ha posto termine al caso Impregilo.

[12] Cfr. in particolare, da ultimo, la sentenza della Corte di Cassazione sul caso Thyssenkrupp: Cass. pen. SU, 24 aprile 2014 n. 38343, in *DPC*, 19.9.2014.

[13] Si ricordi come la netta opposizione di Confindustria nei confronti dello schema originario di decreto legislativo – che pretendeva di delineare un nuovo sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche in relazione ad un’ampia gamma di reati d’impresa, conformemente alle indicazioni originarie della legge delega – aveva rischiato di far naufragare la delega legislativa e che solo la soluzione di compromesso della riduzione dell’ambito di operatività della responsabilità “amministrativa” da reato delle persone giuridiche al solo nucleo di reati presupposto strettamente richiesto dalle iniziative internazionali che si trattava di recepire in quel momento storico - fondamentalmente ispirate ad una esigenza di lotta alla corruzione e alle frodi nelle pubbliche sovvenzioni – aveva consentito l’emanazione del d.lgs. 231/2001 a pochi giorni dalla fine della legislatura (8 giugno 2001).

[14] Cfr. art. 31, 31 *bis-quinquies*, 66 *bis* par. 2, 120, 200, 203, 204, 318, 327, 328 par. 6 CP.

[15] Sulla riforma del 2010 cfr. ad es. I. Ortiz De Urbina Gimeno, *Adesso davvero* Hispanica Societas delinquere potest, in *Criminalia*, 2010, p. 385 ss. Sulla versione attuale dopo la riforma del 2015 cfr., nella manualistica di settore più aggiornata, J. Dópico Gomez Aller, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in N.J. De La Mata Barranco/ J. Dópico Gomez Aller/J.A. Lascuraín Sanchez/A. Nieto Martín, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 129 ss.

[16] V. in proposito L. Foffani/M.J. Pifarré De Moner, *La legislazione penale speciale in Spagna (Codice penale e principio di “universalità”)*, in M. Donini (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2000, pp. 189 ss.

[17] Premonitrici in tal senso le intuizioni di K. Tiedemann, *Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Generalbericht*, in *ZStW*, 110 (1998), pp. 497 ss.

[18] Nella pagina web del Ministero federale della giustizia e per la protezione dei consumatori figura (22.6.2020) – accanto al testo del disegno di legge – una “monumentale” serie di pareri e prese di posizione di diverse fonti e istituzioni, che danno conto della straordinaria ricchezza del dibattito su una così importante riforma per l’ordinamento tedesco.

[19] Cfr. la prima e la seconda legge per la lotta contro la criminalità economica (1. und 2. *WiKG*) del 29.7.1976 (BGBl I 1976, 2034) e del 23.5.1986 (BGBl I 1986, 721), che hanno contrassegnato il volto moderno del diritto penale dell’economia in Germania.

[20] Cfr. in proposito la rassegna comparatistica dello *Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung* sulla “*Strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionierung von Unternehmen bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher*

Pflichten (Deutschland, Frankreich, Niederlande, Österreich)”: Fournier/Langhorst/van den Bosch/Viennet, Strafbarkeit von Unternehmen, Stand 30.04.2019, E-Avis ISDC 2019-09, scaricabile da www.isdc.ch, pp. 71 ss.

[21] Mentre oggi – a 20 anni di distanza dall’introduzione della riforma – la legittimità costituzionale della responsabilità delle persone giuridiche alla luce del principio di colpevolezza non appare più in discussione: cfr. in tal senso la chiara e ben argomentata presa di posizione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione sul caso Thyssenkrupp (*supra*, nota 6).

[22] Cfr. sul punto L. Foffani/A. Nieto Martín, *Auf dem Weg zu einem europäischen Wirtschaftsstrafrecht der Menschenrechte?*, in *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, a cura di M. Engelhart, H. Kudlich e B. Vogel, vol. I, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, pp. 411 ss.

[23] Cfr. in tal senso la relazione introduttiva al disegno di legge, nella quale il rafforzamento della lealtà della concorrenza appare come lo scopo centrale perseguito dal legislatore.

[24] Cfr. H. Hernández Basualto, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, in *Política criminal*, 2010, pp. 207 ss.

[25] Cfr. D.C. Caro Coria, *La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los criminal compliance programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica*, in *Gaceta penal & procesal penal*, 123 (2019), pp. 117 ss.

[26] Nel senso che “il raffinato paradigma di autonormazione individuato dal Decreto [231/2001] si è imposto anche come modello di esportazione”, cfr. ora G. Lattanzi/P. Severino, *Introduzione. Prevenzione e repressione della criminalità economica e responsabilità delle persone giuridiche*, in G. Lattanzi/P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit. (nota 8), p. XXII.

DPEI 2/2023

La sicurezza del lavoro nelle piccole e medie imprese: profili di responsabilità penale¹ di **Donato Castronuovo**

*Membro del Comitato Editoriale di DPEI e Professore ordinario di Diritto penale presso il
Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*

Sommario: 1. Premessa. – 2. I dati più significativi della ricerca empirica, dal punto di vista della responsabilità penale dei garanti della sicurezza sui luoghi di lavoro. – 2.1. Caratteri dimensionali delle imprese coinvolte nella ricerca (e disciplina giuridica pertinente). – 2.2. I dati raccolti e le criticità riguardanti la sicurezza sul lavoro. – 3. Responsabilità penali in tema di sicurezza del lavoro: assetto sistematico della tutela. – 3. Le fattispecie contravvenzionali (e gli illeciti amministrativi). – 3.1. Le fattispecie contravvenzionali (e gli illeciti amministrativi). – 3.2. I delitti di comune pericolo. – 3.3. I delitti colposi di omicidio e lesioni. – 3.4. La logica prevenzionistica e la necessaria anticipazione della tutela. – 4. Soggetti garanti della sicurezza e obblighi penalmente sanzionati. – 4.1. La prevalenza di “reati propri”. – 4.2. Garanti di diritto, di fatto, a titolo originario e a seguito di delega. – 4.3. Il garante come gestore del rischio. – 5. Ricadute sul terreno dei delitti colposi, in caso di violazione degli obblighi e di verifica di un evento lesivo. – 5.1. Prevalenza di fattispecie colpose. – 5.2. Le diverse tipologie di inosservanza e la colpa specifica. – 5.3. Colpa per inosservanza e criticità emerse alla luce delle interviste. – 5.4. Considerazioni riguardanti le misure anti-coronavirus. – 5.5. Colpa del datore in ipotesi di comportamenti scorretti del lavoratore. – 5.6. La difficile ricostruzione della colpevolezza colposa. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il contributo consiste in un esame dei profili di responsabilità penale riconducibili ai rischi per la sicurezza sul lavoro riscontrabili, in particolare, nel contesto delle piccole e medie imprese. Il discorso sarà sviluppato anche alla luce delle indagini empiriche svolte, mediante questionari, nell'ambito del progetto di ricerca *Rischio, governance e responsabilità nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura nell'area veneta*, condotto presso l'Università di Verona dall'équipe diretta dal professor Lorenzo Picotti.

Dopo aver passato in rassegna i dati che appaiono più significativi tra quelli complessivamente estrapolabili dalle suddette indagini empiriche (§ 2), si procederà dapprima a una sintetica ricostruzione

¹ Il contributo è destinato al volume “Rischio, *governance* e responsabilità nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura nell'area veneta. Una ricerca empirica e interdisciplinare”, curato da L. Picotti e pubblicato da E.S.I., Napoli. Il volume raccoglie gli esiti della ricerca omonima, finanziata da Ca.Ri.Verona, svolta presso l'Università di Verona e coordinata dallo stesso Prof. L. Picotti. Si ringraziano il Curatore e l'Editore per la gentile concessione dell'autorizzazione alla pubblicazione in questa rivista.

dell'assetto generale della tutela punitiva apprestata dall'ordinamento in tema di sicurezza del lavoro (§ 3). Successivamente, ci si soffermerà sulle figure dei soggetti garanti e sui rispettivi obblighi (originari o delegati) di sicurezza, con l'intento di isolare gli obblighi che risultano – soprattutto nella percezione dei lavoratori registrata mediante i questionari somministrati – come forieri di maggiori preoccupazioni o come bisogni di miglioramento in fase di adempimento: in particolare, quelli riguardanti in generale profili di *risk assessment* e di *risk communication* (§ 4). Si evidenzieranno, infine, prima di formulare brevissime osservazioni conclusive (§ 6), le ricadute sul terreno della colpa in ipotesi di verifica di un evento lesivo a seguito della violazione, in particolare, proprio degli obblighi di valutazione del rischio o di quelli di informazione, formazione e addestramento (§ 5).

2. I dati più significativi della ricerca empirica, dal punto di vista della responsabilità penale dei garanti della sicurezza sui luoghi di lavoro

2.1. Caratteri dimensionali delle imprese coinvolte nella ricerca (e disciplina giuridica pertinente)

Come anticipato, un momento significativo del progetto di ricerca diretto dal professor Picotti è rappresentato dalle indagini empirico-criminologiche, condotte mediante la somministrazione di questionari rivolti a imprese venete e poi riversate in quattro rapporti, distinti sia in base all'oggetto dei questionari analizzati (da un lato la valutazione dei rischi nell'attività d'impresa, dall'altro le misure adottate per fronteggiare l'emergenza Covid-19) sia per i *soggetti* ai quali erano rivolti (per un verso i datori di lavoro, per l'altro i lavoratori e i delegati sindacali)².

Tra i dati più significativi estrapolabili dall'indagine empirica si segnalano, a giudizio di chi scrive e con specifico riferimento alla responsabilità penale dei garanti per la sicurezza sul lavoro, i seguenti, qui riportati in forma sintetica³.

Anzitutto, le imprese dell'area veneta che hanno positivamente partecipato alla rilevazione sulla valutazione dei rischi trovano quasi tutte collocazione territoriale nel veronese e sono, nella stragrande maggioranza dei casi, piccole e medie imprese (PMI) esercitate in forma societaria (circa l'80%). Si tratta, prevalentemente, di piccole o piccolissime società a responsabilità limitata con un numero non

² B. VETTORI e A. DI NICOLA, *Analisi delle risposte dei datori di lavoro al questionario sulla valutazione dei rischi nell'esercizio dell'attività d'impresa*, marzo 2022; B. VETTORI e A. DI NICOLA, *Analisi delle risposte dei lavoratori/delegati sindacali al questionario sulla valutazione dei rischi nell'esercizio dell'attività d'impresa*, maggio 2022; B. VETTORI, A. DI NICOLA e G. BARATTO, *Analisi delle risposte dei datori di lavoro al questionario sulle misure emergenza Covid-19*, giugno 2022; B. VETTORI, A. DI NICOLA e G. BARATTO, *Analisi delle risposte dei lavoratori/delegati sindacali al questionario sulle misure emergenza Covid-19*, giugno 2022.

³ Il discorso sarà qui limitato ai dati rilevanti in funzione della responsabilità penale delle persone fisiche, mentre con riguardo alla responsabilità da reato delle persone giuridiche e ai modelli di organizzazione e gestione si rinvia ai contributi di G. DE SIMONE e di V. MONGILLO, in questo volume.

elevato di dipendenti: 19 imprese su 29, nelle risposte dei datori, e 16 imprese su 18, nelle risposte di lavoratori e delegati sindacali, impiegano meno di 50 dipendenti. Quanto al settore di attività, le risposte ottenute al questionario sulla valutazione dei rischi riguardano in 14 casi su 29 datori di lavoro del settore manifatturiero (48,28%) e in 14 casi su 18 lavoratori e delegati sindacali del settore delle costruzioni (77,78%). I dati si riferiscono, pertanto, a compagini aziendali che, in ragione delle dimensioni esigue e del grado verosimilmente poco elevato di complessità strutturale, presentano caratteri abbastanza omogenei e al contempo peculiari in termini di organizzazione della sicurezza.

Come noto, tali caratteristiche dimensionali rilevano altresì sul piano della disciplina giuridica, anche con specifico riferimento a obblighi sanzionati penalmente.

Così, per esempio, di regola «i datori di lavoro che occupano fino a 50 lavoratori possono effettuare la valutazione dei rischi sulla base di procedure standardizzate»⁴, salvo che per le aziende dove si svolgano attività ritenute dalla legge più rischiose⁵.

Inoltre, sempre salvo eccezioni riguardanti attività ritenute più pericolose (elencate al comma 6 dell'art. 34 del d.lg. 81/2008), nelle aziende artigiane, industriali, agricole e zootecniche fino a 30 lavoratori, in quelle della pesca fino a 20 lavoratori e in tutte le altre fino a 200 lavoratori, «il datore di lavoro può svolgere direttamente i compiti propri del servizio di prevenzione e protezione dai rischi, di primo soccorso, nonché di prevenzione incendi e di evacuazione [...], dandone preventiva informazione al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza», e a condizione che segua i corsi di formazione e di aggiornamento richiamati dallo stesso art. 34.

⁴ La disciplina è dettata dall'art. 29 (intitolato: *Modalità di effettuazione della valutazione dei rischi*) del d.lg. 81/2008. Dal comma 6 dell'art. 29 si desume che i datori che occupino fino a 50 lavoratori hanno la facoltà di ricorrere alle *procedure standardizzate di valutazione dei rischi* («possono»). Il precedente comma 5 dello stesso art. 29 prevede procedure standardizzate di valutazione dei rischi per i datori che occupino fino a 10 lavoratori, ma in questo secondo caso, riguardante imprese davvero piccolissime, deve ritenersi che il ricorso alla procedura standardizzata sia obbligatorio («effettuano»). Le procedure di valutazione “standardizzate” sono elaborate dalla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, tenendo conto dei profili di rischio e degli indici infortunistici di settore. Tali procedure, inoltre, «vengono recepite con decreto dei Ministeri del lavoro, della salute e delle politiche sociali, e dell'interno acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano. La Commissione procede al monitoraggio dell'applicazione delle suddette procedure al fine di un'eventuale rielaborazione delle medesime» (art. 6, comma 8, lett. f, d.lg. 81/2008).

⁵ Alle aziende appartenenti a settori di attività che escludono il ricorso alle procedure standardizzate, si fa riferimento al comma 7 del medesimo art. 29 del d.lg. 81: tra queste, quando occupino meno di 50 lavoratori, figurano le aziende in cui si svolgono attività che espongano i lavoratori a rischi chimici, biologici, da atmosfere esplosive, cancerogeni, mutageni, nonché ad amianto; le aziende sottoposte alla disciplina sugli incidenti rilevanti connessi a determinate sostanze pericolose (d.lg. n. 334/1999); le centrali termoelettriche; gli impianti e installazioni sottoposti alla disciplina sulla protezione dalle radiazioni ionizzanti (d.lg. n. 230/1995); le aziende per la fabbricazione e il deposito separato di esplosivi, polveri e munizioni. Invece, le aziende estrattive e le strutture di ricovero e cura non possono fare ricorso a procedure standardizzate di valutazione dei rischi soltanto se occupino oltre 50 lavoratori.

Ancora: per le aziende e unità produttive che occupino fino a 15 lavoratori viene meno l'obbligo per il datore di lavoro di convocare almeno una volta l'anno la «riunione periodica» sulla sicurezza: ovverosia, sulla valutazione dei rischi, sull'andamento degli infortuni, delle malattie professionali e della sorveglianza sanitaria, sui dispositivi di protezione individuale, nonché sui programmi di formazione e informazione ai fini della sicurezza⁶.

Altre forme di semplificazione e sostegno alla media e piccola impresa contenute nel t.u.s.l. sono, per esempio, le seguenti: pur nel rispetto dei livelli generali di tutela, sono definite con decreto ministeriale «misure di semplificazione degli adempimenti relativi all'informazione, formazione, valutazione dei rischi e sorveglianza sanitaria per le imprese agricole, con particolare riferimento a lavoratori a tempo determinato e stagionali, e per le imprese di piccole dimensioni»⁷; sono poi previste forme di promozione mediante finanziamento, da parte dell'INAIL, di progetti di investimento e progetti formativi in materia di salute e sicurezza specificamente dedicati alle piccole, medie e micro imprese⁸; è inoltre costituito presso lo stesso INAIL un fondo per il sostegno alla piccola e media impresa e ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza «territoriali»⁹; è prevista, infine, un'attività di consulenza alle aziende, e in particolare per le medie, piccole e micro imprese, da parte dell'IPSEL, dell'INAIL e dell'IPSEMA¹⁰.

2.2. I dati raccolti e le criticità riguardanti la sicurezza sul lavoro

Il questionario somministrato ai datori di lavoro sui rischi nell'esercizio dell'attività d'impresa comprendeva anche una sezione dedicata alla percezione del «rischio criminalità», nell'ambito della quale è stata indagata la probabilità di accadimento di una serie di reati in area veneta. Dal rapporto si evince che il 65% dei datori giudica nulla o bassa la probabilità che si verifichino delitti colposi di omicidio o lesioni in conseguenza di violazioni antinfortunistiche; solo il 5% giudica abbastanza probabile o probabile il verificarsi di tale tipologia criminosa. Si tratta, in definitiva, dei reati ritenuti meno probabili tra quelli oggetto della rilevazione, mentre i reati contro il patrimonio figurano tra quelli ritenuti più probabili¹¹.

⁶ Art. 18, comma 1, lett v, e art. 35 del d.lg. 81/2008. Nelle micro-unità produttive che occupano fino a 15 dipendenti la convocazione della riunione è invece rimessa alla facoltà del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS). Da qui l'importanza di questa figura anche nelle realtà imprenditoriali più piccole.

⁷ Art. 3, comma 13^{ter}.

⁸ Art. 11, comma 1, lett. a e lett. b, e comma 5.

⁹ Art. 52.

¹⁰ Art. 9, comma 2, lett. c.

¹¹ B. VETTORI e A. DI NICOLA, *Analisi delle risposte dei datori di lavoro al questionario sulla valutazione dei rischi nell'esercizio dell'attività d'impresa*, cit.

Con specifico riferimento alla sicurezza del lavoro, i datori intervistati ritengono che gli eventi dannosi a più elevata probabilità di accadimento in area veneta, con riferimento in generale al *settore produttivo* in cui opera l'azienda, siano quelli relativi ai rischi derivanti da attrezzature di lavoro e a stress lavoro correlato (probabilità abbastanza elevata per il 31,6% degli interpellati), ad agenti biologici, chimici, cancerogeni o a sostanze pericolose (probabilità abbastanza elevata per il 26,4%), alla movimentazione dei carichi e, infine, ai luoghi o ambienti di lavoro (probabilità elevata o abbastanza elevata per il 26,3%). Con specifico riferimento alla probabilità di verifica di eventi lesivi *nella propria azienda*, i datori di lavoro reputano a più elevata probabilità gli infortuni derivanti dalla movimentazione dei carichi, dall'utilizzo di videoterminali, dalla circolazione stradale (probabilità elevata o abbastanza elevata per il 22,2%), da attrezzature di lavoro e mezzi di trasporto (probabilità elevata o abbastanza elevata per il 16,7%).

Un dettaglio comparativo tra queste due rilevazioni (probabilità di infortuni nel settore produttivo *vs* nella propria azienda) che pare meritevole di segnalazione è il seguente: la probabilità percepita dai datori di lavoro circa la possibilità di verifica di eventi dannosi legati a determinati rischi lavorativi diviene significativamente più esigua in relazione alla propria azienda rispetto a quanto invece ritenuto in relazione al settore di attività. Tale più ottimistica percezione riferita alla propria azienda potrebbe forse leggersi quale portato di una sorta di atteggiamento di *rimozione del rischio*, con riferimento a un pericolo di per sé oggetto di rappresentazione (astratta), all'insegna dell'adagio "a me non può accadere" (in concreto). Si tratta, come noto, di un elemento consueto nella dinamica psicologica dei reati colposi, in particolare nelle ipotesi di colpa cosciente o di colpa con previsione dell'evento, nelle quali pur nella consapevolezza del rischio che si fa correre al bene giuridico e della violazione della regola cautelare pertinente, nonché, tante volte, pur in presenza della stessa previsione dell'evento, la volontà non copre mai il risultato dannoso – neppure in quelle modalità oblique e indirette che si ritengono proprie del dolo eventuale – ma soltanto e tutt'al più la condotta inosservante.

Si può registrare come un dato positivo che, nelle risposte dei datori, quasi tutte le aziende (17 su 18, corrispondenti al 94,4%) hanno attuato misure di prevenzione con riguardo ai rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Il 72,2% delle aziende (13 su 18) ha attuato anche misure di mitigazione dell'impatto degli eventi dannosi. Con riferimento agli eventi infortunistici ritenuti più probabili, gli stessi datori reputano di efficacia medio-alta le *misure di prevenzione* degli eventi dannosi attuate. Così come ritengono medio-alta l'efficacia delle *misure di mitigazione* dell'impatto sui lavoratori dell'azienda dei danni a più elevato impatto. Come si vedrà oltre, questa autovalutazione positiva da parte delle figure datoriali circa l'adozione e l'efficacia delle misure non trova riscontro nelle risposte fornite dai lavoratori e delegati sindacali.

Quanto alle difficoltà di implementazione delle azioni riguardanti la salute e sicurezza sul lavoro, la metà dei datori include, sorprendentemente, quella di munire i lavoratori di *tessera di riconoscimento*, obbligatoria nei lavori di appalto o subappalto (difficile o abbastanza difficile per il 50% degli interpellati)¹²: difficoltà probabilmente di tipo organizzativo che forse si spiega con le piccole dimensioni della stragrande maggioranza delle aziende in questione. Tra gli obblighi di rilievo penale rispetto ai quali i datori registrano difficoltà di implementazione si rinvengono: per un terzo delle risposte, *aggiornare le misure di prevenzione* alla luce dei mutamenti organizzativi e produttivi o all'evoluzione della tecnica della prevenzione e protezione (difficile o abbastanza difficile per il 33,3% degli intervistati)¹³; per oltre un quarto, fornire una adeguata e *specifico informazione* ai lavoratori incaricati della prevenzione incendi, dell'evacuazione, del salvataggio e del primo soccorso (abbastanza difficile per il 27,8%)¹⁴; fornire adeguata *informazione sui rischi specifici e sulle misure di prevenzione adottate* (difficile o abbastanza difficile per il 22%)¹⁵; assicurare il *rispetto da parte dei lavoratori delle norme vigenti e delle disposizioni aziendali di sicurezza e igiene* (abbastanza difficile per il 22%)¹⁶. Difficoltà sono state segnalate da una parte dei datori nel *far comprendere i contenuti informativi e formativi ai lavoratori immigrati*¹⁷.

Con riferimento alla rilevazione proposta a lavoratori e delegati sindacali, il rapporto a ciò dedicato¹⁸ restituisce che gli eventi dannosi reputati a più elevata probabilità di accadimento nella propria azienda sono lo *stress lavoro correlato* (60% degli intervistati) e quelli connessi a *movimenti ripetuti* degli arti superiori e ai rischi da *rumore* (46,7% degli intervistati).

Soltanto meno della metà dei lavoratori e delegati sindacali intervistati (46,67%, ovvero 7 su 15) ritiene che in azienda siano state adottate *misure di prevenzione e misure di mitigazione* dell'impatto degli eventi dannosi per la salute e la sicurezza sul lavoro considerati nel questionario. È significativo

¹² Cfr. art. 18, comma 1, lett. u, art. 26, comma 8, del d.lg. 81/2008: si tratta di obbligo, stabilito per datori e dirigenti, sanzionato in via amministrativa.

¹³ Obbligo di aggiornamento – condiviso da datori e dirigenti – previsto dall'art. 18, comma 1, lett. z, e, con riferimento alla prima parte della disposizione (aggiornamenti in relazione a mutamenti organizzativi e produttivi), sanzionato, dall'art. 55, comma 5, lett. d, del d.lg. 81/2008, a titolo di contravvenzione punita con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda.

¹⁴ Gli obblighi di informazione e formazione "specifici", concernenti le emergenze, l'antincendio, il primo soccorso e l'evacuazione, riguardano il datore e il dirigente ed hanno rilevanza contravvenzionale ai sensi dell'art. 55, comma 5, lett. c, in relazione ai precetti stabiliti agli artt. 36, comma 1, lett. b, e 37, comma 9, del d.lg. 81/2008.

¹⁵ Anche i "generalisti" obblighi informativi e formativi – artt. 18, comma 1, lett. l, 36 e 37 – gravano tanto sulla figura datoriale quanto su quella dirigenziale e hanno rilievo contravvenzionale ai sensi dell'art. 55, comma 5, lett. c, del d.lg. 81/2008.

¹⁶ Si tratta ancora una volta di un obbligo di rilievo contravvenzionale attribuito ai soggetti apicali (datore e dirigenti): artt. 18, comma 1, lett. f, e 55, comma 5, lett. c.

¹⁷ B. VETTORI e A. DI NICOLA, *Analisi delle risposte dei datori di lavoro al questionario sulla valutazione dei rischi nell'esercizio dell'attività d'impresa*, cit.

¹⁸ B. VETTORI e A. DI NICOLA, *Analisi delle risposte dei lavoratori/delegati sindacali al questionario sulla valutazione dei rischi nell'esercizio dell'attività d'impresa*, cit.

rilevare che, per un verso, in circa la metà delle aziende i beneficiari della tutela ritengono che non siano state adottate misure di prevenzione; e che, d'altra parte, nei sette casi in cui è stata data risposta positiva, tanto le misure di prevenzione quanto quelle dirette a mitigare l'impatto degli eventi dannosi connessi ai rischi lavorativi siano valutate come aventi «efficacia nulla o bassa» in un novero significativo di casi¹⁹.

Tra le principali misure di prevenzione o protezione da migliorare o da adottare nella propria azienda secondo i delegati sindacali/lavoratori, si segnala su tutte la *valutazione dei rischi* (secondo gli auspici di circa la metà degli interpellati), alla quale si aggiungono la *formazione specifica dei lavoratori delle squadre di emergenza* (indicata da oltre un quarto di essi) e la *formazione e informazione dei lavoratori tout court* (per un quinto degli intervistati). Non si può fare qui a meno di rimarcare, riservandosi di recuperare tali esiti nel prosieguo, come per la componente più direttamente interessata dalle misure di prevenzione e protezione le misure mancanti o bisognevoli di miglioramenti riguardano proprio l'obbligo datoriale fondamentale della valutazione dei rischi (*risk assessment*) e quelli, condivisi con le figure dirigenziali, attinenti alla formazione e informazione dei lavoratori (*risk communication*). Le implicazioni in termini di responsabilità penale connesse a tali obblighi saranno riprese nel seguito di questo contributo, sia con riferimento alle contravvenzioni di mera condotta (art. 55 d.lg. 81/2008) sia con riferimento alla verifica di eventi mortali o infortunistici (artt. 589 e 590 c.p.) causalmente riconducibili a violazioni delle prescrizioni in tema di valutazione (e gestione) del rischio o di formazione e informazione sui rischi lavorativi²⁰.

Infine, con specifico riferimento ai questionari sulle misure relative all'emergenza pandemica da Covid-19, risulta che la quasi totalità delle imprese interpellate ha adottato un protocollo anti-contagio: quasi il 90% nelle risposte dei datori; il 96% nelle risposte dei delegati/lavoratori. L'effettiva applicazione è affermata dal 78% dei delegati/lavoratori, i quali nell'89% dei casi dichiarano anche di aver ricevuto apposita informazione/formazione in azienda sulle procedure anti-covid. I lavoratori/delegati intervistati dichiarano che le principali misure adottate sono consistite nella riorganizzazione del lavoro e degli spazi finalizzata a garantire il distanziamento e ridurre il contatto con soggetti esterni (85%), nella fornitura o il collocamento in azienda di gel igienizzanti (92,86%),

¹⁹ Così, per esempio, quanto alle misure dirette a prevenire gli eventi dannosi, si segnalano come scarsamente efficaci quelle riguardanti la *condizione delle lavoratrici in gravidanza*, le differenze in base al *genere*, all'*età* o alla *provenienza* dei lavoratori da altri Paesi, il *microclima* e lo *stress lavoro correlato* (efficacia nulla o bassa per oltre il 71% degli interpellati); la *movimentazione dei carichi* e la *circolazione stradale* (efficacia nulla o bassa per oltre il 57%); il *lavoro in quota* (efficacia nulla per il 57%). Anche per le misure volte a mitigare l'impatto degli eventi dannosi i lavoratori/delegati sindacali lamentano una scarsa efficacia, per esempio, in relazione a *lavori in quota* (efficacia nulla o bassa per oltre l'85% degli intervistati); *campi elettromagnetici*, *microclima*, *condizioni delle lavoratrici in gravidanza* (per oltre il 71%); *stress lavoro correlato*, *videoterminali*, *movimentazione dei carichi* (per oltre il 57%).

²⁰ *Infra*, § 5.3.

nonché in interventi di pulizia e sanificazione delle postazioni di lavoro, delle attrezzature e dei locali aziendali (89,29%). Il lavoro agile è stato agevolato secondo il 60% delle risposte, mentre per il 50% sono state adottate tutele specifiche per i lavoratori fragili²¹. Pure i dati sulle misure riferibili al contrasto della diffusione del coronavirus nei luoghi di lavoro saranno brevemente richiamati, in relazione agli obblighi sanzionati penalmente, nel prosieguo del contributo²².

3. Responsabilità penali in tema di sicurezza del lavoro: assetto sistematico della tutela

La disciplina della sicurezza del lavoro implica il riferimento a modelli normativi orientati alla prevenzione degli eventi lesivi collegati ai fattori di rischio lavorativo. Ogni attività lavorativa, sebbene in misura diversa secondo il tipo e il contesto – anche dimensionale – in cui si svolge, è *intrinsecamente pericolosa*: nel senso che ha la potenzialità di esporre i lavoratori a un novero variabile di fattori di rischio. L'ordinamento giuridico delimita, mediante norme, *aree di rischio lecito o consentito*: l'osservanza delle regole orientate al disinnescamento di fattori di pericolo (o, più di consueto, alla loro riduzione a livelli socialmente tollerabili e giuridicamente autorizzati) rende lecita una data attività rischiosa anche in presenza di eventi avversi che siano comunque derivati dal suo svolgimento.

Il rispetto della disciplina giuridica in tema di sicurezza del lavoro è “rafforzato” dalla previsione di numerosissime norme sanzionatorie, in prevalenza di natura penale, collocate in un complesso sistema di tutela a struttura piramidale e articolato su più livelli variamente comunicanti.

3.1. Le fattispecie contravvenzionali (e gli illeciti amministrativi)

Il primo livello di tutela trova collocazione interamente fuori dal c.p., in particolare nel d.lg. n. 81/2008, considerabile come il testo unico «in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro» (d'ora innanzi anche t.u.s.l.), dove si rinvencono numerose fattispecie sanzionate come contravvenzioni, affiancate da illeciti amministrativi.

Le disposizioni di natura contravvenzionale o amministrativa del decreto 81 assumono significato sistematico “verticale”, nel senso che – oltre a rappresentare il basamento della piramide di tutela e ad assumere, così, un ruolo fondamentale nelle strategie normative di prevenzione – sono destinate a riempire di contenuto normativo anche gli ulteriori due piani di tutela di cui si dirà, riguardanti ipotesi delittuose contro l'incolumità pubblica e contro la persona.

²¹ I dati sono estrapolati dai due rapporti dedicati alle misure riguardanti l'emergenza pandemica già menzionati: B. VETTORI, A. DI NICOLA e G. BARATTO, *Analisi delle risposte dei datori di lavoro al questionario sulle misure emergenza Covid-19*, cit.; B. VETTORI, A. DI NICOLA e G. BARATTO, *Analisi delle risposte dei lavoratori/delegati sindacali al questionario sulle misure emergenza Covid-19*, cit.

²² *Infra*, § 5.4.

Il decreto riunisce un abbondante *corpus* di norme in materia di sicurezza del lavoro, conformato secondo modelli regolativi eterogenei. Per un verso, in accordo con un classico modello di *eteroregolazione della sicurezza*, la tutela è affidata alla diretta previsione da parte del legislatore di regole a contenuto preventivo-cautelare – finalizzate alla eliminazione o riduzione del rischio – sotto forma di obblighi di sicurezza per le singole figure di garanti: datore, dirigente e preposto, ma anche lavoratori e altri soggetti, quali progettisti, fabbricanti, fornitori o installatori di luoghi di lavoro, impianti, dispositivi o attrezzature, o ancora il medico competente. Così, per esempio, sul versante datoriale e dirigenziale l'obbligo di fornire strumenti di protezione individuale (e, per i lavoratori, di utilizzarli correttamente), di assicurare adeguati programmi di formazione (e di parteciparvi), di munire i macchinari di determinati dispositivi di sicurezza (e il divieto di rimuoverli), ecc. Per altro verso, la tutela si esplica mediante la previsione di un obbligo generale e fondamentale – avente funzione preventiva indiretta – di valutazione dei rischi lavorativi e di conseguente adozione delle pertinenti misure anche procedurali e organizzative, secondo un modello, più innovativo, di parziale *autoregolazione della sicurezza*, fondato, più esattamente, sulla valutazione, comunicazione e gestione del rischio. In questo secondo modello di disciplina della sicurezza, la genesi delle regole a finalità preventiva è almeno in parte rimessa a procedure de-istituzionalizzate o privatizzate, come tali affidate alle figure datoriali, ovverosia ai soggetti che, in quanto dotati del correlativo potere decisionale, gestiscono l'attività rischiosa²³.

In questo secondo modello di tutela di matrice comunitaria e risalente alla direttiva-quadro 89/391/CEE – così come attuato nell'ordinamento interno dapprima dal d.lg. 626/1994 e ora dal d.lg. 81/2008 –, gli *obblighi fondamentali, esclusivi e indelegabili* del datore di lavoro consistono nella *valutazione dei rischi*, nell'adozione del documento di valutazione dei rischi (DVR) e nella designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP)²⁴. Alla valutazione dei rischi nel senso lato (comprensivo anche dell'adozione e della designazione appena evocate) si accompagnano obblighi – *delegabili e condivisi* dalla figura datoriale e da quelle dirigenziali – di *comunicazione del rischio*, sotto forma, più esattamente, di obblighi di formazione, di informazione e di addestramento dei lavoratori; nonché obblighi di *gestione del rischio* mediante predisposizione e adozione di *misure organizzative* (es. organizzazione del servizio di prevenzione e protezione²⁵; nonché assetto delle

²³ Sulla distinzione evocata nel testo tra eteroregolazione e auto-regolazione della sicurezza, si permetta di rinviare a D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano 2009, pp. 308 ss. Sui meccanismi di autodisciplina e di cogestione del rischio nel campo della sicurezza del lavoro, si deve rinviare all'indagine di V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna 2013, pp. 338 ss., 352 ss., 398 ss.

²⁴ Si veda l'art. 17 (anche in relazione all'art. 29), nonché, per le sanzioni contravvenzionali riguardanti il solo datore di lavoro, l'art. 55, commi 1 e 2, del d.lg. 81/2008.

²⁵ Al servizio di prevenzione e protezione sono dedicati, in particolare, gli artt. 31-35 del d.lg. 81/2008.

deleghe per il trasferimento di funzioni²⁶), *procedurali* (es. misure relative alla gestione delle emergenze²⁷ o alla manutenzione degli impianti di sicurezza²⁸), *tecniche* (es. concernenti l'adozione di dispositivi di sicurezza, segnalazione o controllo ovvero la sistemazione del luogo di lavoro)²⁹ e *operative* (es. sul corretto utilizzo delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di sicurezza e di protezione individuali e collettivi)³⁰.

Per le contravvenzioni del t.u.s.l. sono comminate, generalmente, sanzioni alternative, ossia ammenda o arresto (e più raramente la sola ammenda o il solo arresto). Ne consegue la possibilità di fare ricorso all'istituto estintivo "comune" dell'oblazione discrezionale disciplinato dall'art. 162-bis c.p.; ma, soprattutto, al peculiare e anticipato meccanismo premiale di adeguamento *post-fatto* basato sulle prescrizioni dell'autorità di vigilanza e con effetto estintivo finale, introdotto dal d.lg. 758/2004 e poi richiamato dall'art. 301 del d.lg. 81/2008³¹.

Anche per la violazione dell'obbligo fondamentale di valutazione dei rischi la pena comminata dalla legge è di regola quella alternativa. La sanzione del solo arresto riguarda esclusivamente casi in cui la violazione di quell'obbligo assuma contorni di maggiore gravità. Il riferimento va all'art. 55, comma 2, del d.lg. 81/2008, riguardante ipotesi di violazione degli obblighi "indelegabili" del datore di lavoro, con esclusivo riferimento alla valutazione dei rischi in senso stretto e all'adozione del documento di valutazione (non anche alla designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione), in relazione a peculiari contesti aziendali o con riferimento ad attività con specifici ed elevati profili di rischio lavorativo³². Nondimeno, l'art. 302 dello stesso decreto prevede la possibilità,

²⁶ Per i casi di ammissibilità della delega di funzioni si veda ancora una volta il menzionato art. 17; mentre per i requisiti di validità formale e sostanziale della delega di funzioni, nonché per i possibili effetti della stessa, si faccia riferimento all'art. 16 del d.lg. 81/2008.

²⁷ Sulla gestione delle emergenze (primo soccorso, salvataggio) e sulla prevenzione incendi si vedano l'art. 18, comma 1, lett. t, e gli artt. 43-46 del d.lg. 81/2008.

²⁸ Alla «regolare manutenzione di ambienti, attrezzature, impianti, con particolare riguardo ai dispositivi di sicurezza in conformità alla indicazione dei fabbricanti», si riferisce l'art. 15, lett. z, d.lg. 81/2008.

²⁹ Si vedano, per esempio, gli artt. 15, lett. d, 18, comma 1, lett. q, 28, comma 1, d.lg. 81/2008.

³⁰ Obbligo dei lavoratori ai sensi dell'art. 20, comma 2, lett. c e lett. d; ma anche, sul versante del controllo, obbligo dei preposti ex art. 19, lett. a, d.lg. 81/2008.

³¹ L'art. 301 d.lg. 81/2008, dopo le modifiche apportate con il d.lg. 106/2009, ha esteso la possibilità della prescrizione di adeguamento impartita dall'autorità di vigilanza, con successiva eventuale estinzione, anche alle contravvenzioni punite con la sola ammenda. Per approfondimenti sugli istituti premiali in tema di sicurezza del lavoro, si deve rinviare a V. VALENTINI, *Contravvenzioni extra-codicem e meccanismi premiali*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE e V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino 2021, pp. 239 ss.

³² La pena dell'arresto in solitaria è comminata, in via esemplificativa, per la violazione dell'obbligo di valutazione del rischio e di adozione del DVR nelle aziende industriali soggette alla disciplina sugli incidenti rilevanti; nelle centrali termoelettriche e negli impianti nucleari; nella fabbricazione di esplosivi; in aziende con rischi biologici, da atmosfere esplosive, da cancerogeni, da amianto; nei cantieri con presenza di più imprese con entità non inferiore a 200 uomini/giorno.

in riferimento a queste limitate ipotesi contravvenzionali connotate da maggiore gravità, di sostituire, a determinate condizioni, la pena detentiva con quella pecuniaria.

3.2. I delitti di comune pericolo

Un livello intermedio di tutela è invece collocato all'interno del codice penale, più esattamente tra i delitti contro l'incolumità pubblica, ed è fondato sulle ipotesi dolose e colpose di rimozione od omissione di cautele per la prevenzione di infortuni o disastri sul lavoro (artt. 437 e 451 c.p.). Per la sola ipotesi dolosa, è poi prevista una circostanza aggravante speciale in caso di effettiva verifica del disastro o infortunio³³.

Tale livello intermedio – a dispetto della sua collocazione codicistica e della rilevanza a titolo delittuoso, espressioni potenziali di maggiore gravità dei fatti – finisce per richiamare implicitamente, per la definizione degli *oggetti materiali* delle condotte incriminate dagli artt. 437 e 451 (rispettivamente: impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro ovvero altri mezzi destinati al salvataggio o al soccorso contro lo stesso tipo di eventi), le discipline preventive *extra codicem* apprestate al primo piano di tutela. In particolare, almeno stando al tenore letterale delle fattispecie delittuose in questione, il rinvio normativo riguarda le disposizioni riconducibili alla *tutela antinfortunistica* in senso stretto. Da qui, il già menzionato valore “verticale” delle norme del primo livello di tutela.

Le fattispecie degli artt. 437 e 451 c.p. si prestano ad essere descritte come componenti di una sorta di «*micro-sistema* relativamente indipendente», dedicato in maniera precipua alla tutela contro disastri e infortuni sul lavoro, all'interno della più generale disciplina dei delitti contro l'incolumità pubblica contenuta nel titolo VI del c.p.³⁴.

A ben vedere, agli artt. 437 e 451 c.p., si potrebbe aggiungere, per la sua finalità più generale di prevenire disastri colposi (*anche* sul luogo di lavoro), il delitto dell'art. 449 c.p., intitolato: *delitti colposi di danno*, che punisce chiunque cagioni per colpa uno dei disastri preveduti dal capo I (del titolo VI del libro II), dedicato ai delitti (dolosi) di comune pericolo mediante violenza, tra i quali figura anche l'art. 437, il quale, al comma 2, prevede una risposta sanzionatoria aggravata in caso di effettiva verifica del *disastro* sul lavoro. L'art. 449 potrebbe allora rappresentare la fattispecie colposa per le ipotesi –

³³ Ma l'interpretazione circa la natura giuridica – circostanziale o autonoma – della fattispecie aggravata del secondo comma dell'art. 437 è controversa: sul punto, anche per un esame complessivo dei due delitti in questione (artt. 437 e 451 c.p.), si veda S. TORDINI CAGLI, *I delitti di comune pericolo*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE e V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 259 ss.

³⁴ Così A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino 2005, pp. 319 ss.

non riconducibili all'art. 451, che si riferisce soltanto ai mezzi di prevenzione “secondaria”, ossia a quelli destinati all'estinzione di un incendio o al salvataggio o soccorso contro disastri o infortuni – di rimozione od omissione (colposa) di impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire *disastri* sul lavoro, allorquando un tale evento di disastro si sia effettivamente verificato (con esclusione, quindi, dei casi in cui si verifichi un semplice infortunio – evento non richiamato dall'art. 449 – e delle ipotesi in cui la condotta riguardi dispositivi destinati alla prevenzione di eventi dannosi meno gravi del disastro sul lavoro)³⁵.

3.3. I delitti colposi di omicidio e lesioni

Il terzo ed ultimo livello di tutela, pensato per le ipotesi di effettiva verifica dell'evento di danno, è affidato ai delitti colposi contro la vita e l'incolumità individuale, in particolare alle fattispecie di omicidio colposo (art. 589) e di lesioni personali colpose (590 c.p.).

In astratto, come noto, potrebbero configurarsi anche fatti di omicidio doloso (art. 575 c.p.) o di lesioni dolose (art. 582 c.p.). La possibilità di una imputazione dolosa per le “morti bianche”, a titolo di dolo eventuale o indiretto, rimasta per lungo tempo soltanto teorica, ha trovato una prima – e assai controversa – concretizzazione nel procedimento penale sulla vicenda del gravissimo incendio alle acciaierie ThyssenKrupp di Torino: la sentenza di primo grado, oltre alla responsabilità colposa di altri imputati, aveva altresì affermato la responsabilità per omicidio doloso plurimo, a titolo di dolo eventuale, per l'amministratore delegato della società³⁶; mentre il secondo grado si è concluso con la condanna di tutti gli imputati a titolo di omicidio colposo plurimo, aggravato dalla previsione dell'evento³⁷. La questione, in seguito al ricorso per cassazione, è stata rimessa alle Sezioni unite, chiamate a svolgere il compito, da sempre spinosissimo, di tracciare la sottile linea di confine tra il dolo (eventuale) e la colpa (con previsione). Le Sezioni unite, con una importante pronuncia, hanno confermato la soluzione, più tradizionale, adottata dalla sentenza d'appello sul punto della ritenuta sussistenza della colpa³⁸.

³⁵ In senso contrario, però, ma senza una vera motivazione, Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini, p. 320, ove si afferma che il delitto dell'art. 437 c.p. «è previsto nella sola forma dolosa, non essendo ricompreso tra i delitti colposi di danno previsti dall'art. 449 c.p.» (si tratta della sentenza della S.C. resa nel *caso del Petrolchimico di Porto Marghera*). Sui rapporti tra l'art. 437 e l'art. 449 c.p., cfr. anche S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, tomo 1, *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, in G. MARINUCCI e E. DOLCINI (dir.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Padova 2003, pp. 775.

³⁶ Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011, Espenhahn.

³⁷ Corte d'Assise d'Appello di Torino, 28 febbraio 2013, Espenhahn.

³⁸ Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn. Sulla vicenda, per tutti, K. SUMMERER, *Il caso ThyssenKrupp: la responsabilità delle persone fisiche per omicidio e lesioni in danno dei lavoratori*, in L. FOFFANI e D. CASTRONUOVO (a cura di), *Diritto penale dell'economia, II, Impresa e sicurezza*, Bologna 2015, pp. 177 ss.; G. DE SIMONE, *Il caso ThyssenKrupp: la responsabilità delle persone giuridiche*, ivi, pp. 219 ss.

Anche a prescindere dall'esito della tragica vicenda torinese, la colpa, in queste costellazioni di casi, resta il titolo soggettivo d'imputazione assolutamente "normale", nel senso di consueto – a dispetto della sua "eccezionalità" nel senso della necessaria previsione espressa nei delitti (secondo la regola generale di imputazione soggettiva affermata, nel nostro ordinamento, all'art. 42 c.p.).

La propensione alla "verticalità" sistematica delle norme del primo livello di tutela si rivela anche sul piano che fa da vertice alla struttura piramidale più sopra disegnata: quello sul quale poggiano le fattispecie delittuose di omicidio e lesioni. Nella loro forma colposa, anche queste classiche fattispecie di evento dannoso richiamano, inevitabilmente, il piano delle discipline preventivo-cautelari *extra codicem*, la cui violazione è destinata a giocare ruoli significativi ed eterogenei anche in relazione ai delitti in esame.

Segnatamente: la violazione delle discipline preventive rileva, mediante un rinvio *implicito*, con funzione di integrazione della tipicità soggettiva (colposa) di questi delitti di evento dannoso; nonché, mediante un rinvio *esplicito*, con funzione di selezione di circostanze aggravanti speciali per i medesimi delitti (art. 589, comma 2; art. 590, comma 3) e quale condizione per il mutamento del regime di procedibilità per il delitto di lesioni personali (art. 590, ult. comma, c.p.).

Inoltre, nell'ordinamento attualmente vigente, in presenza del delitto colposo di omicidio o di lesioni gravi o gravissime per inosservanza di norme in materia di sicurezza del lavoro, è prevista – in aggiunta a quella, affatto tradizionale, della persona fisica – anche la responsabilità amministrativa da reato dell'ente collettivo nel cui interesse o a vantaggio del quale sia stata realizzata la condotta inosservante, secondo i criteri previsti dal d.lg. 231/2001³⁹.

Stante il presupposto necessario, rappresentato dalla violazione delle norme in materia di sicurezza del lavoro, il primo livello di tutela, dunque, è destinato a giocare un ruolo nella definizione delle responsabilità anche sul versante della responsabilità degli enti collettivi. A dimostrazione ulteriore, quindi, del carattere davvero basilare e verticale delle norme del primo livello, le quali, oltre ad assumere eventuale rilievo penale già di per sé (ai fini delle contravvenzioni del t.u.s.l.), si prestano a giocare ruoli tutt'altro che secondari e diversificati sui piani successivi in cui si articola la tutela: delitti di comune pericolo *ex* artt. 437, 451 (e 449) c.p.; omicidio colposo e lesioni personali colpose; responsabilità degli enti collettivi *ex* art. 25-*septies* d.lg. 231/2001.

3.4. La logica prevenzionistica e la necessaria anticipazione della tutela

³⁹ Su questi reati presupposto colposi, introdotti nel catalogo 231 dall'art. 25-*septies*, si permetta di rinviare a D. CASTRONUOVO, *Art. 25-septies d.lg. 231/2001*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI e G. VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano 2019, pp. 600 ss.

Il carattere teleologico del sistema di protezione della sicurezza del lavoro, in coerenza con l'intento di garantire i fondamentali beni che fanno da scopo di tutela (la vita, la salute, l'integrità fisica dei lavoratori), senza aspettare una loro lesione effettiva, si riconosce in una propensione spiccatamente preventiva (*rectius*: prevenzionistica) dell'apparato normativo in esame. La verifica di un evento infortunistico o di una malattia professionale, dagli esiti lesivi o mortali, rappresenta, in un certo senso, il fallimento delle politiche e delle discipline orientate alla sicurezza.

Questa propensione prevenzionistica si estrinseca, sul versante della disciplina penale, mediante il ricorso alla principale tecnica di anticipazione della tutela, ovverosia al modello del *reato di pericolo*. Con la sola eccezione, dunque, come appena visto, delle due fattispecie delittuose di omicidio e lesioni personali (artt. 589 e 590 c.p.), che appartengono al modello del reato (colposo) di danno, la totalità degli illeciti del diritto penale della sicurezza del lavoro è strutturata come reato di pericolo presunto (o, tutt'al più, astratto).

Così è sia per tutte le numerosissime contravvenzioni del t.u.s.l. (ma allo stesso modello sono conformati anche gli illeciti amministrativi); sia per i delitti di comune pericolo contro l'incolumità pubblica in tema di omissione o rimozione dolosa o colposa di cautele antinfortunistiche (artt. 437 e 451 c.p.)⁴⁰.

Questa soluzione, che pure potrebbe sollevare interrogativi dal punto di vista del rispetto del principio di offensività, si giustifica proprio in funzione dell'opportunità e della tendenziale necessità di apprestare una protezione penale *arretrata*, che anticipi l'intervento della sanzione a un momento prodromico al verificarsi degli eventi avversi: la tutela affidata ai delitti di danno (l'omicidio e le lesioni personali) interviene, per definizione, quando è oramai troppo tardi. Da qui l'abbondante ricorso del legislatore a fattispecie che ripetono la struttura dei reati di pericolo. Semmai, dubbi potrebbero riguardare, e in qualche caso in maniera non infondata, la reale necessità e il tasso di effettività di così tanti reati contravvenzionali (quindi, di mera condotta e di pericolo) in materia.

4. Soggetti garanti della sicurezza e obblighi penalmente sanzionati

4.1. La prevalenza di “reati propri”

La tutela penale della sicurezza del lavoro è affidata, dal punto di vista dei soggetti attivi, a fattispecie di *reato proprio*.

Si tratta di un carattere riguardante, in sostanza, la quasi totalità delle incriminazioni: sia le contravvenzioni del primo livello, sia, benché soltanto nella forma di realizzazione omissiva, i delitti di

⁴⁰ Come già ricordato, rimane controversa – sebbene, ad avviso di chi scrive, interpretativamente sostenibile – la possibilità di applicare, alla materia in esame, la fattispecie di disastro colposo dell'art. 449 c.p.

pericolo e quelli di danno collocati nel codice. Invero, il d.lg. 81/2008, almeno per quanto riguarda le numerose ipotesi contravvenzionali, predetermina i soggetti destinatari dei precetti sanzionati penalmente, richiedendo una particolare posizione soggettiva e quindi prevedendo fattispecie di “reato proprio”.

Il riferimento va anzitutto alle differenti posizioni soggettive, definite all’art. 2, e ai reati (propri) riconducibili a dette figure a norma del d.lg. 81/2008.

Così, per i datori di lavoro sono previste le contravvenzioni “esclusive” di cui all’art. 55, commi 1-4, in relazione agli obblighi (indelegabili) stabiliti agli artt. 17, 28 e 29, riguardanti, in particolare, la valutazione dei rischi, l’adozione del DVR e la designazione di un RSPP.

Per quanto concerne ancora i datori di lavoro, ma assieme, questa volta, ai dirigenti, possono richiamarsi, per esempio, le contravvenzioni “condivise” ex art. 55, comma 5, in relazione a svariati obblighi (condivisi e delegabili) contenuti agli artt. 18, 26, 36, 37, 43, 45, 46, ecc. Gravano infatti sia sul datore che sui dirigenti la nomina del medico competente; la fornitura di adeguati dispositivi di protezione individuale; la richiesta di osservanza da parte dei lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza del lavoro; la consegna di copia del DVR al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS); l’aggiornamento delle misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e sicurezza del lavoro (art. 18); gli obblighi connessi ai contratti d’appalto o d’opera o di somministrazione (art. 26); quelli riguardanti l’informazione sui rischi e la formazione sulla sicurezza (rispettivamente artt. 36 e 37); nonché gli obblighi relativi alla gestione delle emergenze, al primo soccorso e alla prevenzione incendi (artt. 43, 45, 46).

Per i preposti, vengono in rilievo gli illeciti contravvenzionali previsti all’art. 56 in relazione agli obblighi formulati all’art. 19, tra i quali, si segnalano: sovrintendere e vigilare sull’osservanza da parte dei singoli lavoratori delle disposizioni di legge e aziendali in materia di sicurezza; informare il più presto possibile i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa le disposizioni prese o da prendere; segnalare tempestivamente al datore o al dirigente le deficienze delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione, nonché ogni altra condizione di pericolo; frequentare appositi corsi di formazione.

Ancora: l’art. 58 prevede sanzioni anche contravvenzionali per il medico competente in caso di violazioni dell’art. 25 riguardanti la collaborazione – con il datore e il servizio di prevenzione e protezione (SPP) – alla valutazione dei rischi; la programmazione e l’effettuazione della sorveglianza sanitaria; nonché obblighi relativi alla documentazione sanitaria, ecc.

In contesti lavorativi particolari, sono poi previste contravvenzioni dei lavoratori autonomi, dei componenti dell'impresa familiare, dei coltivatori diretti, degli artigiani e dei piccoli commercianti (art. 60 in relazione all'art. 21).

Sanzioni penali contravvenzionali riguardano anche soggetti estranei all'organizzazione aziendale, e quindi al rapporto di lavoro, come i progettisti, i fabbricanti, i fornitori e gli installatori (art. 57 in relazione agli artt. 22-24 t.u.s.l.).

Come già accennato, anche per gli stessi lavoratori sono previste contravvenzioni: in particolare, all'art. 59, in relazione agli artt. 20 e 43, con riferimento, per esempio, all'inosservanza delle istruzioni di sicurezza impartite dal datore, dai dirigenti o dai preposti, oppure allo scorretto utilizzo dei dispositivi di protezione o delle attrezzature di lavoro, o ancora alla rimozione dei dispositivi di sicurezza.

Come anticipato, però, nella forma omissiva di realizzazione delle condotte tipiche, anche i delitti di comune pericolo degli artt. 437 e 451 c.p. si connotano certamente come reati propri: segnatamente, in relazione alla mancata collocazione di impianti o apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.) e di mezzi destinati al salvataggio o soccorso in caso di verifica degli stessi eventi (art. 451 c.p.). Solo un soggetto che, sulla scorta del t.u.s.l., abbia l'obbligo di collocare i presidi di sicurezza, può omettere di collocarli: un tale obbligo ricadrà sulle figure soggettive del datore e del dirigente. Sono invece "reati comuni" le ipotesi commissive di rimozione o danneggiamento degli stessi presidi antinfortunistici, pure previste come tipiche ai sensi delle stesse fattispecie delittuose.

Infine, benché i delitti colposi di omicidio e di lesioni personali siano "reati comuni", in quanto fatti che possono essere commessi da "chiunque", va osservato che, nel settore della sicurezza sul lavoro, gli stessi vengono spesso in rilievo nella forma di "reati omissivi impropri". In tale forma di realizzazione, anche i delitti degli artt. 589-590 c.p. si trasformano, in realtà, in reati propri: la posizione di garanzia, alla stregua della quale concretizzare l'individuazione del soggetto che aveva l'obbligo giuridico di impedire l'evento morte o lesioni (secondo la norma generale dell'art. 40, cpv., c.p.), sarà, di volta in volta, attribuibile alle figure del datore, del dirigente, del preposto, del medico competente, del costruttore del macchinario, ecc.

4.2. *Garanti di diritto, di fatto, a titolo originario e a seguito di delega*

Con riferimento, poi, a tutti i gruppi di fattispecie (contravvenzioni del t.u.s.l., delitti di comune pericolo, delitti contro la vita e l'integrità fisica), la connotazione come reati propri può dipendere dal possesso della qualifica soggettiva (riferibile a ruoli direttivi) *in via originaria*, in quanto attribuita *ex lege* a chi abbia la formale investitura come datore, dirigente o preposto; può dipendere, ancora, dallo

svolgimento di fatto dei poteri corrispondenti (art. 299 d.lg. 81/2008); ma può dipendere, infine, anche dal possesso della qualifica soggettiva *in via derivata*, ossia quale effetto di delega di funzioni (art. 16 d.lg. 81/2008)⁴¹.

Si è già accennato poco sopra alla fondamentale partizione degli obblighi datoriali in (a) obblighi esclusivi del datore di lavoro e al contempo “indelegabili” e (b) obblighi condivisi con i dirigenti e delegabili a terzi⁴². L’istituto della *delega* o *trasferimento di funzioni*, di grande frequenza nella prassi aziendale, anche con riferimento a realtà imprenditoriali di non grandi dimensioni, qualora siano rispettati i presupposti di ammissibilità (art. 17) e i requisiti formali e sostanziali di validità, può condurre all’irresponsabilità dell’obligato in via originaria e alla responsabilizzazione in via derivata del soggetto al quale sono stati trasferiti gli obblighi di sicurezza.

In via qui del tutto didascalica⁴³, si ricorda che i requisiti formali richiesti dall’art. 16, comma 1, t.u.s.l. riguardano l’atto scritto avente data certa e accettato per iscritto (nonché, ai sensi del comma 2, l’adeguata e tempestiva pubblicità). Lo stesso art. 16, comma 1, prevede i requisiti sostanziali riferibili alla professionalità ed esperienza in capo al delegato (ovvero, quelle richieste «dalla specifica natura delle funzioni delegate»); all’attribuzione al delegato di tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo, in particolare dell’autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate. Una delega ammissibile e valida determina il trasferimento al delegato dei poteri e degli obblighi correlati, mentre sul delegante continua a gravare un *obbligo di vigilanza* sul corretto adempimento da parte del delegato (art. 16, comma 3). Il soggetto delegato, previo accordo col delegante, può a sua volta sub-delegare ad altri specifiche funzioni in tema di sicurezza del lavoro, alle stesse condizioni già viste per la delega di primo grado. Non è ammessa una delega successiva da parte del sub-delegato (art. 16, comma 3-*bis*).

Importante notare, benché soltanto di passaggio in questa sede⁴⁴, il collegamento istituito dalla legge tra la disciplina della delega, da un lato, che ha la funzione di eventualmente liberare da responsabilità penale la persona fisica del datore delegante, e il modello organizzativo destinato ad avere efficacia esimente nei confronti dell’ente collettivo. Invero, l’obbligo di vigilanza in capo al datore

⁴¹ Per i necessari approfondimenti sui diversi profili riguardanti i soggetti, S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE e V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 75 ss.

⁴² Si rinvia all’art. 17 per l’identificazione degli obblighi datoriali esclusivi e non delegabili (valutazione dei rischi, adozione del DVR, nomina di un RSPP) e all’art. 18 d.lg. 81/2008 per il catalogo dei numerosi obblighi condivisi con i dirigenti e delegabili.

⁴³ Per i necessari approfondimenti sull’istituto, anche in relazione ai modelli di verifica e controllo, si raccomanda la lettura tra gli altri contributi di V. MONGILLO, *Parte VI. Sicurezza sul lavoro. Artt. 16, 17, 30 d.lg. 81/2008*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI e G. VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., pp. 1591 ss.

⁴⁴ Ma si rinvia agli approfondimenti svolti nei contributi rispettivi di G. DE SIMONE e V. MONGILLO, in questo volume.

delegante si intende assolto in caso di adozione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, t.u.s.l., che richiama il modello di organizzazione e gestione introdotto dal d.lg. 231/2001 con funzione esimente della responsabilità dell'ente da reato, qui adattato alla materia della sicurezza del lavoro.

4.3. Il garante come gestore del rischio

La rimarchevole *complessità soggettiva*, che emerge da quanto appena detto, rende particolarmente delicato il capitolo dell'individuazione dei garanti della sicurezza nei luoghi di lavoro, là dove è sovente dato di riscontrare: pluralità di garanti a titolo originario ed *ex lege* (datore, dirigenti, preposti, ecc.); frequente presenza di garanti a titolo derivativo; eventuale ricorrenza di garanti di fatto. La spinosa questione della individuazione dei soggetti responsabili penalmente nel contesto dell'organizzazione di lavoro è stata fatta oggetto di importanti statuizioni da parte della giurisprudenza degli ultimi anni.

La delicatezza della questione deriva da ciò: che la corretta individuazione del garante, specialmente in contesti organizzati, come quelli aziendali, diviene un passaggio fondamentale per l'attuazione (o l'elusione) del canone costituzionale della personalità della responsabilità penale⁴⁵. Imprescindibili, in tal senso, le pagine dedicate al tema delle "posizioni di garanzia" nella già evocata sentenza delle Sezioni unite della Suprema Corte nel caso ThyssenKrupp⁴⁶.

Ci si limita in questa sede a ricordare come la Corte parta da una premessa classificatoria, non priva di rilievo teorico, sul significato attuale della nozione di "garante", registrando, nell'uso giurisprudenziale del termine, un campo semantico assai più esteso di quello tradizionalmente assegnato a tale posizione soggettiva. In altri termini, le Sezioni unite rilevano che il riferimento alla *Garantenstellung* – che, secondo l'inquadramento classico, 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.

Secondo la Corte, pertanto, garante è colui che è chiamato, *pro quota*, secondo la sua "competenza", a gestire e a organizzare specifici fattori di rischio⁴⁷: *il garante come gestore del rischio*.

⁴⁵ Art. 27, comma 1, Cost.

⁴⁶ Cass., sez. un., 24 aprile 2014, cit., pp. 101-117. Sul punto le Sezioni Unite riprendono quanto già affermato in alcune pronunce di poco precedenti della Sezione quarta e, in particolare, in: Cass., sez. IV, 23 novembre 2012, n. 1678, Lovison. Cfr. anche, tra la produzione scientifica dell'Estensore delle due pronunce menzionate, R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino 2010, pp. 193 ss.; ID., *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino 2020, pp. 201 ss.

⁴⁷ Sul punto, nella prospettiva costituzionale della responsabilità per fatto proprio, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, *passim*; ID., *Personalità*, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA e G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Bologna 2017, pp. 201 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, *passim*; ID.,

La complessità soggettiva riscontrabile all'interno di una struttura organizzata, come un'azienda⁴⁸, «suggerisce che l'individuazione della responsabilità penale passa non di rado attraverso una accurata analisi delle diverse sfere di competenza gestionale ed organizzativa all'interno di ciascuna istituzione». L'esigenza fondamentale, allora, in simili contesti, è quella di «separare le sfere di responsabilità, in modo che il diritto penale possa realizzare la sua vocazione ad esprimere un ben ponderato giudizio sulla paternità dell'evento illecito»⁴⁹.

Nell'offrire questo fondamentale insegnamento “selettivo” all'insegna del principio di responsabilità per fatto proprio e colpevole, la Suprema Corte non nasconde che si tratti di un compito difficilissimo per il giudice, poiché non sempre le sfere di competenza e responsabilità sono separate da una rigida linea di confine⁵⁰. Ma, fatta questa precisazione, non si possono che sottoscrivere le conclusioni dei giudici: «Lo scopo del diritto penale, tuttavia, è proprio quello di tentare di districare tali intricati scenari, nella [...] prospettiva di ricercare responsabilità e non capri espiatori»⁵¹.

5. Ricadute sul terreno dei delitti colposi, in caso di violazione degli obblighi e di verifica di un evento lesivo

Riprendendo la distinzione tra obblighi esclusivi/indelegabili e condivisi/delegabili, in questo paragrafo varrà la pena di soffermarsi – per la loro possibile incidenza sul terreno della responsabilità colposa per omicidio o lesioni – su entrambe le tipologie di debito di sicurezza, prendendo in considerazione soprattutto due profili differenziati, per come emersi all'esito delle indagini empiriche più sopra ripercorse.

In particolare, ci si soffermerà brevemente, anche in via esemplificativa, per un verso, sull'obbligo esclusivo di valutazione dei rischi, il cui rispetto preoccupa, significativamente, oltre la metà dei lavoratori e delegati sindacali delle piccole e medie imprese del veronese interessate dalle interviste; per altro verso, sui doveri condivisi di informazione, formazione e addestramento, indicati come da migliorare da oltre un quarto dei lavoratori interpellati nel medesimo contesto geografico.

5.1. Prevalenza di fattispecie colpose

Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale), Enc. dir. – Annali, III, Milano 2010, pp. 635 ss.

⁴⁸ Benché assai meno rilevante, la questione non scompare del tutto all'interno di aziende piccole come quelle prese in considerazione dalla presente ricerca veronese. Anche in una micro-organizzazione di impresa (per esempio, edile) può porsi il problema di una corretta individuazione dei ruoli (di datore o preposto, ecc.) e degli obblighi gravanti su ognuno.

⁴⁹ Cass., sez. un., 24 aprile 2014, cit., pp. 101 ss.

⁵⁰ E questa difficoltà nel distinguere le specifiche competenze soggettive potrebbe risultare ancora più vero, in varie ipotesi, con riferimento a piccole compagini aziendali.

⁵¹ Cass., sez. un., 24 aprile 2014, cit., pp. 101 ss.

Tanto per le contravvenzioni del t.u.s.l. quanto per i delitti del c.p., il diritto penale della sicurezza del lavoro si caratterizza come il “regno della colpa”. Tale considerazione, salvo l’eccezione che sarà segnalata, è vera sia sul piano astratto delle fattispecie previste dalla legge, sia su quello delle concrete contestazioni processuali.

Le contravvenzioni – come da regola generale formulata dall’art. 42, ultimo comma, c.p. – sono infatti punibili indifferentemente a titolo di dolo o di colpa, con la conseguenza che per la loro imputazione all’autore... basta la colpa.

Con riferimento alla tutela apprestata mediante ipotesi delittuose, nella prassi giudiziaria del settore della sicurezza sul lavoro, i delitti di omicidio e lesioni personali sono ovviamente contestati nella forma colposa⁵². Peraltro, il contenuto normativo dell’inosservanza, che sorregge sul versante soggettivo la relativa fattispecie delittuosa colposa, è spessissimo rappresentato, sotto forma di colpa specifica, dai precetti già sanzionati in prima battuta a titolo di contravvenzione.

È poi colposa anche la fattispecie di comune pericolo contro l’incolumità pubblica prevista dall’art. 451 c.p. (omissione colposa di cautele destinate al salvataggio o soccorso contro infortuni o disastri sul lavoro), così come quella dell’art. 449 (intitolata ai delitti colposi di «danno», ma riferibile alla verifica di «disastri» colposi *anche* sul lavoro)⁵³.

L’unica vera *eccezione dolosa*, nel contesto in esame, rimane, allora, la fattispecie di rimozione od omissione di cautele infortunistiche prevista dall’art. 437 c.p.

Un universo, dunque, quello qui esaminato, popolato in grandissima prevalenza da figure colpose. Non è un caso, invero, che la responsabilità del datore – o di alcune delle altre figure soggettive *qualificate* nell’ambito della sicurezza del lavoro – sia da sempre al centro degli approfondimenti teorici sulla colpa e sul reato colposo.

La effettiva verifica di un evento lesivo per la vita o l’incolumità dei lavoratori, quale concretizzazione di un rischio lavorativo, è una evenienza tragicamente frequente. Alla elevatissima frequenza di eventi lesivi corrisponde, ovviamente, un enorme contenzioso penale, che vede solitamente in veste di imputati i soggetti posti al vertice dell’organizzazione aziendale, per lo più i datori di lavoro e i dirigenti. Da questo punto di vista, l’abbondanza di procedimenti penali per infortuni o malattie professionali ha reso la prassi giurisprudenziale – e, in un secondo momento, la legislazione – in materia di sicurezza del lavoro uno dei principali *laboratori* di approfondimento e sperimentazione di soluzioni più generali in tema di responsabilità colposa, con particolare riferimento all’individuazione dei soggetti

⁵² Deve infatti riconoscersi una assoluta residualità alla contestazione dell’omicidio o delle lesioni in forma dolosa, a titolo di dolo eventuale – come già riferito *supra*, § 3.3., a proposito della vicenda ThyssenKrupp.

⁵³ Per alcune precisazioni con riguardo ai delitti colposi di comune pericolo in materia lavoristica, si veda *supra*, § 3.2.

responsabili in contesti organizzativi⁵⁴, all'accertamento del nesso di causalità e all'elemento soggettivo colposo⁵⁵.

5.2. Le diverse tipologie di inosservanza e la colpa specifica

Il settore della sicurezza del lavoro – contrariamente ad altri ambiti di attività intrinsecamente rischiose, come per esempio l'attività sanitaria – si caratterizza per la tradizionale e maggiore rilevanza della *colpa specifica* (cioè per inosservanza di regole formalizzate in leggi, regolamenti, ordini o discipline) rispetto alla *colpa generica* (per negligenza, imprudenza o imperizia). Quest'ultima sembra destinata ad assumere una funzione pressoché “ancillare” e “servente”, anche e proprio sul piano processuale, dove la colpa generica gioca spesso il ruolo di *valvola accusatoria di espansione della contestazione*, grazie alla consolidata (ma non condivisibile) giurisprudenza della Cassazione che ammette la possibilità che, una volta contestata la colpa generica, questa comprenda anche ogni ulteriore profilo di colpa specifica successivamente emerso, senza che ciò comporti una diversità del fatto ai fini del giudizio di correlazione tra accusa e sentenza⁵⁶.

La sommaria ricognizione del sistema delle fonti in materia di sicurezza sul lavoro – svolta più sopra – basta a giustificare questa netta prevalenza di ipotesi di colpa specifica o per inosservanza. Da ultimo con il d.lg. 81/2008, che come visto può considerarsi come una sorta di testo unico in materia, si è apprestato un capillare corpo di norme a contenuto preventivo-cautelare, già sanzionato di per sé, in caso di inosservanza, a titolo contravvenzionale (o di illecito amministrativo); ma con la funzione ulteriore di fornire la base normativa alla colpa specifica nelle ipotesi delittuose innescate dalla verifica dell'evento lesivo (omicidio o lesioni personali), quando quest'ultimo sia legato da un nesso causale alla condotta inosservante. Potrà trattarsi, allora e anzitutto, di colpa specifica per

⁵⁴ Una “sperimentazione” registrabile anche sul piano legislativo (benché dopo una lunga elaborazione da parte della giurisprudenza) in relazione alla “codificazione” degli istituti della delega di funzioni (artt. 16-17) e dell'esercizio di fatto dei poteri direttivi (art. 299 d.lg. 81/2008). Sul piano dell'elaborazione giurisprudenziale si rinvia anche alle questioni relative all'individuazione del garante nei contesti lavorativi, già proposte *supra*, § 4.3, a proposito della nozione di garante come “gestore del rischio”.

⁵⁵ Impossibile qui fornire riferimenti più specifici sulle evoluzioni, peraltro ancora in corso, riguardanti la causalità e la colpa. Ma si veda S. DOVERE, voce *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in M. DONINI (a cura di), *Il reato colposo*, in *Enc. dir. – I tematici*, II, Milano 2021, pp. 579 ss.; R. BLAIOTTA, voce *Sicurezza del lavoro e reati colposi*, *ivi*, p. 1172. Si consenta di rinviare anche a D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE e V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro*, *cit.*, pp. 289-352; e, più in generale, ID., voce *Colpa penale*, in M. DONINI (a cura di), *Il reato colposo*, *cit.*, pp. 200 ss.

⁵⁶ Per l'illustrazione e la critica di questa soluzione giurisprudenziale, deve rinviarsi nuovamente a D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, *cit.*, pp. 330 ss.

inosservanza di legge: vale a dire, delle disposizioni prevenzionistiche di fonte legale contenute, oggi, nel t.u.s.l. e nei suoi allegati⁵⁷.

Più nel dettaglio: in caso di violazione degli obblighi di *risk assessment*, di *risk management* o di *risk communication*, oggi previsti dal t.u.s.l., e di conseguente verifica dell'evento dannoso morte o lesioni (sotto forma di infortunio o malattia professionale), saremo di fronte ad una ipotesi di possibile colpa specifica. In particolare, alla luce delle diverse tipologie di colpa specifica in cui si articola la definizione di reato colposo dell'art. 43 c.p. (per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline), potrebbe trattarsi più precisamente di una *colpa per "inosservanza di leggi"*: sempre che si dimostri che l'evento dannoso rappresenta la concretizzazione del rischio specifico alla cui eliminazione o riduzione era diretta la norma di legge violata; e che lo stesso si è verificato a causa della violazione medesima, nel senso che il rispetto della norma avrebbe evitato il risultato dannoso.

5.3. Colpa per inosservanza e criticità emerse alla luce delle interviste

Richiamando qui l'indagine empirica ripercorsa in precedenza⁵⁸, si ricorderà che – tra le *criticità* emerse alla luce delle interviste somministrate ai datori, da una parte, e ai lavoratori e delegati sindacali, dall'altra – spiccano quelle riguardanti tutti e tre i momenti fondamentali in cui si articolano i doveri di sicurezza: la valutazione, la gestione e la comunicazione dei rischi.

Partendo da quest'ultima, si è visto come gli *obblighi informativi e formativi* – sia quelli generali, sia quelli riguardanti i rischi specifici e le squadre di emergenza – ricorrano, infatti, tanto tra le difficoltà lamentate dai datori di lavoro quanto tra le misure da migliorare secondo i lavoratori e delegati sindacali intervistati⁵⁹.

Inoltre, sul versante della *valutazione dei rischi*, la stessa è indicata (addirittura come da svolgere in quanto mancante o quantomeno) come da migliorare nella propria realtà aziendale da circa una metà dei lavoratori e delegati sindacali che hanno risposto alle interviste.

Con riferimento, poi, a quella particolare forma di *gestione del rischio* consistente nell'*aggiornamento delle misure di prevenzione* alla luce dei mutamenti organizzativi e produttivi (che

⁵⁷ Si osservi che gli allegati al d.lg. 81/2008, anche in virtù dei rinvii espressamente previsti nell'articolo del decreto legislativo, sono parte integrante del testo di legge.

⁵⁸ *Supra*, § 2.

⁵⁹ Come visto, analizzando le risposte datoriali si registrano difficoltà nel fornire una adeguata e specifica informazione ai lavoratori incaricati della prevenzione incendi, dell'evacuazione, del salvataggio e del primo soccorso (abbastanza difficile per il 27,8% dei datori interpellati); fornire adeguata informazione sui rischi specifici e sulle misure di prevenzione adottate (difficile o abbastanza difficile per il 22%); far comprendere i contenuti informativi e formativi ai lavoratori immigrati. Quanto a lavoratori e delegati sindacali intervistati, un quarto delle risposte indica come da migliorare la formazione specifica dei lavoratori addetti alle squadre di emergenza; un quinto, la formazione e informazione degli altri lavoratori.

impongono una previa rielaborazione della valutazione), si tratta di attività ritenuta difficile o abbastanza difficile da circa un terzo dei datori.

Ebbene, passando dai dati registrati durante la ricerca alle previsioni normative vigenti, alla luce della giurisprudenza è ipotizzabile che rilevi di per sé a titolo di colpa specifica la violazione del (radicale) obbligo datoriale di *valutazione di tutti i rischi* presenti sul luogo di lavoro e di conseguente *adozione del documento* di valutazione dei rischi⁶⁰, sempre che – è necessario precisare – l’evento lesivo sia causalmente riconducibile alla mancata o scorretta valutazione di un determinato fattore di rischio e alla mancata adozione (da parte di datore o dirigenti) delle misure di prevenzione adeguate al rischio (pur se correttamente individuato). In altri termini, anche se la giurisprudenza talvolta prescinde dal chiarire questo passaggio, è pur sempre necessario che l’evento verificatosi rappresenti la concretizzazione di un fattore di rischio innescato nello svolgimento dell’attività lavorativa e trascurato o mal valutato in sede di *risk assessment*; un rischio che deve risultare altresì governabile, nel senso della sua eliminazione o riduzione, attraverso l’adozione di specifiche misure a contenuto preventivo.

Come noto, i compiti esclusivi e indelegabili del datore di lavoro, tutti riguardanti in senso lato la valutazione del rischio, costituiscono un elemento “centrale” e “fondante” nella complessiva strategia preventiva. Il debito di sicurezza gravante sulla figura datoriale è in primo luogo di tipo “cognitivo”: è un «dovere di sapere», di prendere cognizione, di acquisire conoscenze. Un obbligo che consiste, anzi tutto, nella precisa individuazione – in virtù della sua posizione di “prossimità” e, in un certo senso, di “fonte” – di tutti i fattori di rischio innescati *dalla e nella* attività produttiva⁶¹. In secondo luogo, è un obbligo di tipo “regolativo”, “organizzativo” e “procedurale”: alla valutazione dei rischi deve seguire l’indicazione, nel DVR⁶², delle misure di prevenzione e protezione adeguate, del programma delle misure idonee a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, nonché delle procedure anche organizzative per l’attuazione delle misure⁶³.

I compiti di sicurezza si specificano, come già ribadito, in obblighi ulteriori rispetto a quello (basilare) a contenuto valutativo e consistente nella mappatura dei rischi. Si tratta di obblighi non esclusivi del datore, ma condivisi con il dirigente e al contempo delegabili:

a) obblighi di comunicazione del rischio (*risk communication*), consistenti nelle menzionate attività formative, informative e addestrative⁶⁴;

⁶⁰ Cfr. gli artt. 17 (anche in relazione all’art. 15), 28, 29.

⁶¹ Art. 15, lett. a; art. 17, lett. a, prima parte; art. 28, comma 1.

⁶² Art. 17, lett. a, seconda parte.

⁶³ È quanto si desume dall’art. 28, comma 2, lett. b, c, d.

⁶⁴ Con riguardo alle informazioni, alla formazione e all’addestramento rivolti ai lavoratori, si faccia riferimento all’art. 18, comma 1, lett. e, h, i, e soprattutto l, nonché agli artt. 36 e 37. Per quanto riguarda, poi, l’obbligo, pure questo condiviso, di trasmettere le informazioni destinate al servizio di prevenzione e protezione e al medico competente, si veda l’art. 18, comma 2.

b) di gestione operativa ed organizzativa del rischio (*risk management*).

Quanto all'inosservanza degli obblighi condivisi (datoriali e dirigenziali) di *informazione, formazione e addestramento* del lavoratore, allorché lo stesso abbia poi subito un infortunio (mortale o meno), si tratta di un fatto che potrebbe rilevare a titolo di delitto colposo di omicidio o lesioni, sempre che vi sia un nesso etiologico tra l'inosservanza e il risultato lesivo. Così, per esempio, allorquando l'omessa formazione/informazione riguardi quello specifico fattore di rischio che si è poi concretizzato nell'evento lesioni personali o morte, evento evitabile là dove l'obbligo formativo o informativo fosse stato adeguatamente adempiuto.

In presenza degli stessi presupposti etiologici già ribaditi, potrebbero condurre all'integrazione di una colpa specifica anche le inosservanze di obblighi cautelari condivisi, a contenuto più o meno puntuale, riguardanti la concreta *gestione del rischio*, come, per esempio: nominare il medico competente per la sorveglianza sanitaria⁶⁵, richiedere allo stesso l'osservanza degli obblighi previsti a suo carico e inviare i lavoratori alla visita medica entro le scadenze stabilite⁶⁶; adottare le misure necessarie alla prevenzione incendi e alla gestione delle emergenze⁶⁷ e designare i lavoratori incaricati dell'attuazione di tali misure e della gestione di tali situazioni⁶⁸; fornire ai lavoratori i necessari e idonei d.p.i.⁶⁹; richiedere ai lavoratori l'osservanza delle disposizioni (anche endo-aziendali) in materia di sicurezza⁷⁰; aggiornare le misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi o al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione⁷¹.

La valutazione dei rischi è, come intuibile, un *obbligo previo e a contenuto dinamico*: precede cronologicamente e logicamente gli obblighi di gestione e comunicazione dei rischi, ma ne è prescritta la immediata *rielaborazione* – sempre quale obbligo “esclusivo” del datore – in occasione di modifiche del processo produttivo o dell'assetto organizzativo in grado di incidere sulla sicurezza, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica o a seguito di infortuni significativi o quando gli esiti della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità. Analogo contenuto dinamico riguarda, poi, anche l'obbligo – “gestorio” e “condiviso” con i dirigenti – di *aggiornamento delle misure* di prevenzione all'esito della rielaborazione della valutazione o in conseguenza dell'evoluzione delle conoscenze tecniche⁷².

⁶⁵ Obbligo previsto dall'art. 18, comma 1, lett. a.

⁶⁶ Art. 18, comma 1, lett. g.

⁶⁷ Art. 18, comma 1, lett. t.

⁶⁸ Art. 18, comma 1, lett. b.

⁶⁹ Art. 18, comma 1, lett. d.

⁷⁰ Art. 18, comma 1, lett. f.

⁷¹ Art. 18, comma 1, lett. z.

⁷² Mentre l'obbligo di immediata *rielaborazione* della valutazione dei rischi – che sorge nelle situazioni prefigurate all'art. 29, comma 3 – sembra riguardare, in quanto obbligo attinente alla valutazione, le sole figure datoriali ed è sanzionato con la

I menzionati compiti “regolativi” (“organizzativi” e “procedurali”) del datore si fondano sulle norme, già di per sé sanzionate come contravvenzioni, che impongono l’obbligo di valutazione del rischio e di adozione di disposizioni adeguate alla sua eliminazione o riduzione al minimo: come già ricordato, una meta-norma (statale) *strumentale* alla produzione di ulteriori norme di sicurezza (di fonte privata) a contenuto organizzativo, procedurale, operativo, gestionale⁷³.

Ne deriva che nel contesto aziendale potrà verificarsi una violazione, da parte di ognuno dei centri di imputazione isolabili all’interno dell’organizzazione (i diversi *gestori dei rischi*: datore, dirigenti, delegati, preposti, lavoratori, ecc.), anche di norme prevenzionistiche “endo-aziendali”, quindi di fonte privata, adottate, generalmente, all’esito della valutazione dei rischi: norme da ritenersi riconducibili – a seconda che siano rivolte con generalità ed astrattezza a tutti i lavoratori o a categorie di essi – a tipologie di colpa per inosservanza di “discipline”; oppure – qualora siano rivolte a singoli lavoratori determinati – di colpa per inosservanza di “ordini”⁷⁴.

Di una *colpa per inosservanza di discipline*, nel senso dell’art. 43 c.p., si potrà parlare, per esempio, in presenza di una violazione di regole di sicurezza contenute in disposizioni aziendali rivolte a tutti o a categorie di lavoratori addetti a determinate mansioni (documento di valutazione dei rischi, regolamento aziendale, piani di sicurezza), che rappresentino la specificazione di criteri generali di sicurezza desumibili dall’ordinamento giuridico e “adattate” alle peculiarità della concreta situazione di rischio. La violazione di tali discipline endo-aziendali da parte di qualunque soggetto destinatario (lavoratori, dirigenti, preposti, al limite lo stesso datore di lavoro) rileva in termini di responsabilità penale anche a titolo di omicidio o lesioni sempreché (e solo se) sia sussistente, in via di estrema sintesi, la c.d. “causalità della colpa”: ossia, ove l’evento rappresenti la concretizzazione del rischio cautelato a mezzo della disciplina trasgredita e ove sussista, inoltre, un nesso etiologico di evitabilità tra l’evento e la condotta conforme alla regola rimasta inosservata.

Si parlerà, invece, di *colpa per inosservanza di ordini*, sempre nel senso dell’art. 43 c.p., allorché la violazione riguardi, per esempio, un ordine scritto od orale – impartito dal datore o dirigente o preposto nei confronti di un lavoratore – di eseguire una determinata attività lavorativa seguendo una particolare procedura o modalità di sicurezza, sempreché tra la violazione e l’evento

pena della sola ammenda (art. 55, comma 3), per contro l’obbligo di *aggiornamento* delle misure – ma con esclusivo riferimento a quelle rese necessarie in occasione di modifiche del processo produttivo o dell’organizzazione del lavoro (art. 18, lett. z, prima parte) – riguarda più precisamente la gestione del rischio, è condiviso tra datori e dirigenti ed è sanzionato (più gravemente) con la pena alternativa dell’arresto o ammenda (art. 55, comma 5, lett. d).

⁷³ Si tratta, come già visto, di un’*auto-regolazione* della sicurezza che si accompagna all’*etero-regolazione* parimenti imposta dal t.u.s.l. (*supra*, § 3.1.). Per le necessarie esplicazioni teoriche, si consenta di rimandare a D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., pp. 188 ss.

⁷⁴ Meno comune, in materia lavoristica, l’ulteriore forma di colpa specifica enumerata all’art. 43 c.p.: quella per inosservanza di regolamenti.

lesivo vi sia il suddetto nesso causale. Pertanto, in caso di infortunio a carico di un altro lavoratore, detta violazione potrebbe configurare, di per sé, una contravvenzione ai sensi degli artt. 20 e 59 t.u.s.l. (per inosservanza delle istruzioni operative ricevute), nonché il nucleo normativo ed oggettivo della colpa (la condotta inosservante) per il delitto di omicidio o lesioni.

La costruzione di un sistema di sicurezza idoneo e pertinente alla singola situazione aziendale, nei suoi specifici aspetti regolativi, organizzativi, procedurali e operativi, rappresenta il contenuto fondamentale dell'obbligo di garanzia dei soggetti apicali e in particolare per quelli riconducibili alla figura datoriale: si tratta, in larga misura, di un obbligo di predisposizione di norme di sicurezza (auto-regolazione). Ne consegue che la eventuale colpa specifica dei soggetti apicali, «in relazione ad eventi concreti, potrà per l'appunto dipendere dalla mancata predisposizione di discipline adeguate. Per altri eventuali garanti subordinati, e per gli altri che agiscono nel settore oggetto di disciplina, il mancato rispetto delle regole può essere fonte di responsabilità per colpa specifica in relazione ad eventi lesivi che ne siano derivati»⁷⁵.

In un universo così densamente *popolato* di regole formalizzate di varia fonte e natura, sono tutt'altro che rari esiti “deformanti” sulla categoria della colpa, prodotti imboccando eventuali scorciatoie logiche e praticando possibili automatismi processuali tendenti a ricondurre alla responsabilità del garante “inosservante” qualunque evento dannoso emerso a valle, bypassando gli ineludibili criteri di un'imputazione colpevole. In definitiva, la tendenziale dissoluzione di un'autentica verifica sulla colpevolezza nelle ipotesi di colpa specifica del garante potrebbe assumere i connotati di una “responsabilità oggettiva occulta”⁷⁶.

5.4. Considerazioni riguardanti le misure anti-coronavirus

Qualche considerazione meritano anche le risultanze dei questionari riguardanti le modalità utilizzate per fronteggiare i rischi pandemici in relazione alla diffusione nei luoghi di lavoro del virus SARS-CoV-2, dai quali emerge un elevato tasso di applicazione dei protocolli anti-contagio, anche in relazione alle attività dirette alla informazione e formazione in azienda.

Come riportato più sopra⁷⁷, le principali misure adottate (anche) nelle imprese interpellate sono consistite principalmente nella riorganizzazione del lavoro e degli spazi finalizzata a garantire il distanziamento e a ridurre il contatto con soggetti esterni; nella fornitura di gel igienizzanti; in interventi di pulizia e sanificazione delle postazioni di lavoro, delle attrezzature e dei locali aziendali; nonché,

⁷⁵ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 9ª ed., Torino 2021, pp. 390 s.

⁷⁶ *Infra*, § 5.6.

⁷⁷ *Supra*, § 2.2.

sebbene in misura minore, nell'agevolazione del lavoro agile e nell'adozione di tutele specifiche per i lavoratori fragili.

Con particolare riferimento alla *riorganizzazione del lavoro finalizzata a ridurre il rischio di contagio*, è opportuno osservare come sia controverso in dottrina se ciò sia sufficiente a far sorgere un vero e proprio obbligo datoriale di *rielaborazione* della valutazione del rischio, che, come già ricordato, è previsto in generale dall'art. 29, comma 3, t.u.s.l. In effetti la normazione emanata durante la fase pandemica, e in particolare l'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020, ha imposto l'applicazione dei *protocolli condivisi* di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro⁷⁸. Una sorta di ri-accentramento, dunque, della valutazione finalizzata all'individuazione delle misure pertinenti, limitata al rischio Covid.

Le perplessità circa l'insorgenza di un obbligo datoriale di valutazione riferibili al rischio pandemico paiono fondate, in generale⁷⁹. Ma sembra opportuno formulare due precisazioni.

Per un verso, un vero e proprio obbligo datoriale di rivalutazione del rischio ai sensi dell'art. 29, comma 3, t.u.s.l. sembra non insensato in relazione a speciali contesti produttivi, in quanto caratterizzati da un rischio epidemico qualificato poiché aumentato o incrementale. Si pensi a imprese operanti nel campo sanitario e assistenziale, in cui non si può escludere la necessità di un intervento “adattivo” parametrato sulle peculiarità delle singole aziende.

Per altro verso, anche in assenza di un obbligo di rivalutazione privata, essendo disponibili prescrizioni anti-contagio individuate dai protocolli richiamati dalla legge, resta comunque attivo non soltanto l'obbligo di adozione da parte delle singole aziende delle misure previste *ex art. 29-bis* del d.l. 23/2020, ma altresì quello – condiviso tra datori e dirigenti *ex art. 18*, comma 1, lett. z, t.u.s.l. – di aggiornare le misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi, introdotti per rispettare i suddetti protocolli e che abbiano rilevanza ai fini della salute e sicurezza sul lavoro. Così, occorrerebbe adottare misure “compensative” o “sostitutive”, là dove l'adozione di prescrizioni orientate al distanziamento sociale faccia sorgere rischi aggiuntivi o aumentati derivanti, per esempio, dallo svolgimento per l'appunto distanziato e isolato da parte di un solo lavoratore di un'attività che in precedenza era svolta, per specifiche ragioni di sicurezza, da più soggetti contemporaneamente.

Senza contare che – come opportunamente osservato in dottrina – restano pur sempre intatte le sfere di competenza e di responsabilità riguardanti altre figure di garanti, come «i medici competenti

⁷⁸ Il riferimento del decreto va al Protocollo condiviso tra il Governo e le parti sociali, sottoscritto il 24 aprile 2020, nonché agli altri protocolli e alle linee-guida previste dall'art. 1, comma 14, d.l. 33/2020, o ancora alle misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali più rappresentative.

⁷⁹ Cfr., anche per i necessari riferimenti, V. TORRE, *Valutazione del rischio Covid-19*, in D. CASTRINUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE e V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 389 ss. (§§ 3 e 3.1.).

per i profili di sorveglianza sanitaria, i dirigenti per gli aspetti di esecuzione delle direttive datoriali sul versante dell'attività lavorativa e della vigilanza sulla medesima, e i preposti per quanto concerne la sorveglianza sul rispetto da parte dei lavoratori delle misure e degli accorgimenti dettati nel protocollo aziendale anti-contagio»⁸⁰.

5.5. Colpa del datore in ipotesi di comportamenti scorretti del lavoratore

Altre importanti ricadute sul terreno della prassi giurisprudenziale in tema di responsabilità penale per omicidio o lesioni riguardano i – frequenti – casi di riconoscimento della colpa del datore in ipotesi di comportamenti scorretti del lavoratore, causativi di danni a se stesso o ad altri.

Soprattutto nelle ipotesi di infortunio auto-inferto, anche in presenza di macroscopiche imprudenze del lavoratore la giurisprudenza penale è decisamente orientata in senso colpevolista nei confronti del datore o di altri garanti, per lo più sulla base di argomenti assai ricorrenti, ma tutt'altro che irresistibili: o perché si ritiene che una qualche carenza organizzativa sia sempre rinvenibile nella causazione dell'infortunio, il che impedirebbe di invocare l'affidamento sulla diligenza altrui, tantomeno della vittima; oppure perché la negligenza del lavoratore tende a essere vista come la prova *in re ipsa* di una carenza informativa e formativa imputabile allo stesso datore di lavoro; o, ancora, perché si può sempre addebitare al garante di non aver controllato affinché i lavoratori non incorressero in leggerezze; o, in mancanza d'altro, come è stato chiosato in dottrina, «perché “il datore di lavoro è garante anche della correttezza dell'agire del lavoratore” e tanto basta per renderlo comunque responsabile dell'infortunio»⁸¹.

La regola di giudizio consolidata in giurisprudenza è quella secondo la quale la (rarissima) esclusione della responsabilità del datore di lavoro passa, in questi casi, attraverso la cruna dell'ago della valutazione del comportamento del lavoratore come *eccezionale*, *aberrante* o *eccentrico* (rispetto alle mansioni lavorative), tanto da rappresentare una *causa sopravvenuta da sola sufficiente* a determinare l'evento lesivo. Per giungere a questa – largamente dominante, ma non condivisibile – soluzione, si argomenta, quindi, in termini davvero radicali, ovvero sia di (pressoché impossibile) interruzione del nesso di causalità ai sensi dell'art. 41, cpv., c.p.⁸²; anziché, valorizzando gli innegabili

⁸⁰ V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per il contagio da coronavirus*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 2, p. 49.

⁸¹ D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia 2014*, Pisa 2015, p. 324.

⁸² In senso critico su questa giurisprudenza: M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, pp. 259 ss.; F. MUCCIARELLI, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, in B. DEIDDA e A. GARGANI (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, in F. PALAZZO e C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino 2012, pp. 218 ss.; D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio*

profili relazionali di queste ipotesi, in termini di (eventuale, possibile assenza di) colpa del datore, in funzione della “reciprocità dinamica” degli obblighi di sicurezza che caratterizza la ricostruzione della fattispecie colposa in contesti organizzativi e ad interazione necessaria.

In ambito lavorativo sono del tutto evidenti i profili di relazionalità della colpa⁸³: per la definizione e la perimetrazione della “colpa” (violazione del dovere di diligenza) di un soggetto si deve spesso fare riferimento, nel contesto organizzativo in cui si muovono i diversi attori della sicurezza, alla eventuale “colpa” di altri soggetti che rivestano posizioni di garanzia riferibili alla gestione degli stessi fattori di rischio (o di loro quote). La definizione dei confini della diligenza doverosa da parte del datore, in quanto detentore della maggior quota di potere decisionale, può dipendere dai comportamenti e dai doveri di altri soggetti con i quali, occasionalmente o meno, in via sincronica o diacronica, il primo si trova a interagire nell’esercizio di tale potere: per esempio, il delegato, i sub-delegati, i dirigenti, il responsabile del SPP, i preposti, il progettista, il fabbricante, l’installatore, il fornitore, nonché i lavoratori. Tutti o parte di questi soggetti si trovano, poi, in forme e tempi variabili, nelle rispettive sfere di competenza, ad interagire tra di loro.

Ne deriva che, ove si possano escludere “difetti” nell’organizzazione complessiva della sicurezza (poi concretizzatisi nell’evento), in relazione per esempio ai macchinari o agli impianti produttivi o ai dispositivi di protezione o alla formazione e informazione sui rischi specifici, la colpa del datore – o di altri garanti reperibili lungo la linea verticale (es. dirigenti o preposti) od orizzontale (es. delegati) dell’organigramma – va dinamicamente definita sulla base della possibilità di fare affidamento sul rispetto delle norme di sicurezza e sulla corretta gestione dei rischi da parte di tutti i soggetti coinvolti: obblighi di osservanza che, come detto, competono anche su ogni singolo lavoratore adeguatamente addestrato a venire in contatto con quegli stessi rischi. La strutturale irrilevanza del

infortunio, cit., pp. 323 ss.; D. CASTRINUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, pp. 195-214. In giurisprudenza, si veda la rilettura della questione operata – ma in maniera ad avviso di chi scrive non risolutiva – nella già menzionata sentenza sul caso ThyssenKrupp: Cass., sez. un., 24 aprile 2014, cit., pp. 104 ss.

⁸³ In generale, sulla *culpa per relationem* si veda soprattutto L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., pp. 471-479, 481-575; ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi M. Romano*, II, Napoli 2011, pp. 821 ss. Cfr. inoltre: M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano 1997, *passim*; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, pp. 50 ss., 373 ss. (in part. 376-379); G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2017, *passim*; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposte per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, pp. 233 ss. Con particolare riferimento al contesto della sicurezza sul lavoro, G. LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un’introduzione allo studio nei delitti causali di evento in senso naturalistico*, Bari 2012, pp. 204 ss.; A. PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela*, in *DPC*, 2012, 2, pp. 105 ss.; ID., *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., pp. 275 ss.; D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., pp. 323 ss., in part. pp. 350 ss.

principio di affidamento, decretata dalla giurisprudenza di settore, risulta perciò incoerente con le premesse teoriche imposte dall’assetto strutturale della responsabilità in contesti organizzativi e ad interazione necessaria, secondo le quali la colpa va definita anche in virtù dei suoi connotati di eventuale relazionalità.

Ovvio che queste ricostruzioni giurisprudenziali ipercolpevoliste, che si fondano su una figura di “datore modello” totipotente, risentono di una lettura *paternalistica* dei rapporti sul luogo di lavoro. Va invece ricordato che la figura di “lavoratore modello” – cristallizzata nella giurisprudenza che esclude la responsabilità del datore solo in presenza di un comportamento aberrante o totalmente eccentrico del lavoratore stesso – presenta tratti normativamente obsoleti e paradossali, là dove corrisponde a un “modello” di dipendente dal contegno gravemente imprudente e scriteriato, al limite della crassa sconsideratezza, “normalmente” dissennato, un pericolo imminente e costante per sé stesso e per i suoi altrettanto inaffidabili colleghi.

Il dato normativo desumibile dal t.u.s.l. è, per contro, almeno parzialmente ispirato a un *modello di sicurezza partecipativa e collaborativa a prevenzione multilaterale*, e ci consegna, pertanto, una figura di lavoratore al quale – pur continuando ad occupare il posto di principale beneficiario delle norme prevenzionistiche – è tuttavia affidato un ruolo attivo, rafforzato peraltro da sanzioni contravvenzionali. Si pensi, per esempio, all’obbligo del lavoratore di osservare le disposizioni e istruzioni impartite dal datore e dagli altri garanti a tutela della protezione collettiva e individuale (art. 20, lett. b); all’obbligo di utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro e i dispositivi di sicurezza (lett. c) e di protezione (lett. d); all’obbligo di segnalare immediatamente deficienze dei mezzi o dei dispositivi ovvero qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui venga a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente (lett. e); al divieto di rimuovere o modificare i dispositivi di sicurezza (lett. f); al divieto di compiere di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di sua competenza o che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori (lett. g); all’obbligo di partecipare ai programmi di formazione e addestramento organizzati dal datore (lett. h), ecc.

Questo compendio normativo ci restituisce, insomma, un modello collaborativo e partecipativo – valorizzato solo da rare pronunce – in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compreso il lavoratore: un esito interpretativo che fa da contraltare al *modello iperprotettivo* (e paternalistico), non desumibile dalla legge benché seguito dalla giurisprudenza dominante, in cui il datore di lavoro è investito di un potere di vigilanza pressoché assoluto, anche se irrealistico, sul contegno del lavoratore.

Gli obblighi del lavoratore, talora addirittura a contenuto “proattivo”, disegnano le sembianze di una figura “anfibia”: primo *destinatario*, ma altresì *garante* della sicurezza in quanto *gestore del rischio*, o meglio di specifiche quote di rischio. Un soggetto, insomma, chiamato a «contribuire» – come si

esprime l'art. 20, lett. a – all'adempimento degli obblighi di sicurezza assieme alle figure sovraordinate nell'assetto organizzativo. Con la conseguenza che, in presenza di eventi lesivi derivanti da comportamenti scorretti dello stesso lavoratore-vittima, si tratterà di verificare, prima di tutto, la “competenza” specifica sul rischio che si è tradotto nell'evento concreto; e, in secondo luogo, di ricostruire la eventuale colpa del datore alla luce delle peculiarità “relazionali” del sistema a prevenzione multilaterale, caratteristico della sicurezza del lavoro.

Alla luce del “modello normativo” di lavoratore disegnato dalla legge, pertanto, la figura al ribasso utilizzata dalla giurisprudenza non ha ragion d'essere. Soltanto la concreta possibilità di *riconoscere* il fatto (di prevedere il contegno causativo dell'infortunio da parte della vittima) renderà colposa la condotta datoriale: e ciò, ci sembra, applicando i moduli ricostruttivi “classici” della colpa⁸⁴.

5.6. La difficile ricostruzione della colpevolezza colposa

Come accennato, le tendenze a oggettivare eccessivamente il giudizio di responsabilità, trascurando il profilo della colpevolezza, trovano applicazioni frequenti soprattutto in ambiti di rischio molto caratterizzati dalla presenza massiva di regole di cautela formalizzate: quindi, nel settore della sicurezza del lavoro, dove, come veduto, sono prevalenti le ipotesi di colpa specifica. Nonché, più in generale, in contesti, ancora una volta come quello lavorativo, connotati da eminenti profili organizzativi e, talora, di spersonalizzazione delle attività: sul presupposto che un'organizzazione complessa abbia capacità superiori (non soltanto nel creare, ma anche) nel fronteggiare fattori di rischio, i correnti moduli ricostruttivi della colpa lasciano poco o nessuno spazio a valutazioni circa la *possibilità soggettiva ed individuale* del singolo “garante” di adeguarsi al protocollo cautelare che si assume violato. Inoltre, specialmente in questi stessi contesti organizzativi, la colpa tende varie volte a deformarsi secondo le fattezze di una *responsabilità da posizione*.

Ciò può avvenire, benché in minor misura, anche nelle realtà produttive medio-piccole, come quelle qui prese in speciale considerazione; e può essere conseguenza di fattori diversi, tra i quali sembra da annoverare anche una valorizzazione eccessiva della posizione di garanzia ricoperta dai soggetti al vertice dell'organizzazione aziendale, specie se l'individuazione del soggetto responsabile avvenga senza una corretta applicazione dei criteri di autentica selezione dei garanti, quindi in funzione del ruolo effettivamente disimpegnato nella “gestione” di specifiche quote e tipologie di rischio, anche secondo un parametro di prossimità (se non spaziale, per lo meno funzionale) al rischio stesso. Non trascurabili,

⁸⁴ Per approfondimenti e riferimenti ulteriori, sia consentito rinviare a D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 1 ss.

poi, da questo punto di vista, sono anche gli effetti della sopra veduta svalutazione dei *profili di relazionalità della colpa*, i quali, come detto, in un contesto plurisoggettivo come quello tipico di un'organizzazione lavorativa, una volta effettuata una corretta selezione dei soggetti obbligati, possono consentire l'individuazione dei contenuti dell'obbligo rispettivo di ognuna delle figure che si trovano ad interagire sul terreno della sicurezza.

Benché la dimensione di colpevolezza sia ancora più sfuggente in rapporto a un soggetto che agisca in un contesto “professionale” e organizzato, in ogni caso, “saltare”, come di consueto avviene, un passaggio di “soggettivizzazione” ulteriore rispetto a quello – ancora non individualizzante – legato alla tipicità soggettiva parametrata sulla figura di *agente modello* (differenziata e ritagliata sulla base della specifica attività svolta), non consente di sottoporre a verifica, in sede di colpevolezza, la tenuta, nella concreta situazione fattuale, di questo “condensato di astratte virtù normative”. Essendo composta di “sostanza normativa”, in quanto espressione metaforica delle pretese di diligenza imposte dall'ordinamento, la figura modello (datoriale, dirigenziale, ecc.) si muove in uno spazio virtuale, alla stregua di un *avatar* forgiato su qualità standardizzate secondo parametri “ideali”: al netto, quindi, dell'effettivo potere del singolo datore o dirigente di incarnare nel reale, con tutte le sue sfaccettature “situazionali” e “motivazionali”, tale modello deontologico⁸⁵. Verosimilmente, la possibilità di uno “scarto” tra *modello astratto (o personaggio)* e *persona (in carne ed ossa)*, meritevole di considerazione in sede di colpevolezza, sarà inversamente proporzionale al grado di complessità organizzativa dell'attività svolta in concreto, alla sua spersonalizzazione, alla sua professionalizzazione e tecnicizzazione, nonché alla presenza di protocolli procedurali sufficientemente rigidi, ecc. Pur senza annullarsi del tutto, nemmeno nei contesti aziendali di piccole dimensioni: altrimenti, in presenza dell'evento, il soggetto finirebbe per rispondere penalmente solo *per la posizione* che occupa nell'ingranaggio organizzativo (più che per la condotta effettivamente realizzata), o solo per la sua astratta “competenza” su taluni tipi di rischio nella parcellizzazione dei ruoli formalmente declinati in un organigramma. Quasi alla stregua, quindi, di un *antecedente causale inanimato*, di una sequenza (di significato per lo più omissivo) contraria a un protocollo di sicurezza e qualificata da un risultato dannoso, la cui verifica è, inoltre, più o meno *fortuita*. In altri termini, la colpa (penale) come «mera “allocazione” di responsabilità in capo a soggetti in posizione di garanzia»⁸⁶.

Nella prassi giurisprudenziale relativa al contesto lavorativo si registra, dunque, un notevole impoverimento soggettivo della colpa. L'evento, poi, in queste manifestazioni di responsabilità colposa,

⁸⁵ Per ragguagli e sviluppi ulteriori, D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, pp. 1758 ss.

⁸⁶ M. DONINI e R. ORLANDI, *La parabola della colpa*, in M. DONINI e R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna 2013, p. 18.

svolge un ruolo più affine a una “condizione di punibilità” (o, meglio, di maggiore punibilità legata alla configurazione di un delitto) in ipotesi di previa violazione contravvenzionale. Qualora, in presenza di un evento lesivo, a fondare il facile automatismo del riconoscimento della colpevolezza bastasse il mero riscontro di un soggetto inosservante (cioè: che un soggetto sul quale insiste una posizione di garanzia ha violato un qualche comma o protocollo del suo pervasivo statuto cautelare), ecco che ci troveremmo di fronte a una ipotesi di responsabilità oggettiva occulta⁸⁷.

Ad ogni modo, occorre segnalare recenti, significative aperture della giurisprudenza di legittimità verso la valorizzazione della *dimensione soggettiva* della colpa proprio nel contesto della sicurezza sui luoghi di lavoro, potenzialmente idonee a sconfessare la inveterata tendenza a praticare forme di responsabilità penale da “posizione” associate alla corrente interpretazione eccessivamente “oggettivata” della colpa⁸⁸.

Le pronunce della Suprema Corte alle quali si allude sono innovative in quanto il richiamo all’*inesigibilità* della condotta oggettivamente doverosa del garante porta all’annullamento della condanna. A tale esito si giunge mediante valorizzazione dei dati situazionali (per esempio: il breve lasso di tempo trascorso da quando il soggetto ha assunto la posizione di garanzia; l’impossibilità in concreto di un controllo continuo e diretto) che rappresentano un ostacolo alla “concreta riconoscibilità del rischio specifico” (solitamente riconducibile, in queste vicende, a una prassi operativa scorretta da parte dei lavoratori), senza la quale viene meno la effettiva prevedibilità dell’evento *hic et nunc*. In assenza di elementi in grado di “mediare” e “trasmettere” la possibile percezione del rischio specifico, l’evento lesivo, pure in sé prevedibile in funzione della figura modello, diviene non prevedibile per il garante concreto, colto in quella precisa dinamica etiologica, la quale si presenta come non conosciuta né ragionevolmente conoscibile, in considerazione di un fattore situazionale-temporale.

6. Conclusioni

⁸⁷ Su questa nozione, in generale, F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 456.

⁸⁸ Cfr. Cass., sez. IV, 3 novembre 2016, n. 12175, Bordogna (caso Montefibre-bis), pp. 57 ss.; Cass., sez. IV, 3 aprile 2019, n. 20833, Stango; Cass., sez. IV, 16 aprile 2019, n. 32507, Romano; Cass., sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 9824, F.F.; Cass., sez. IV, 3 dicembre 2020, n. 12137, B.E.; Cass., sez. IV, 11 marzo 2021, n. 9739, M.G. e M.C.; Cass., sez. IV, 8 ottobre 2020, n. 1096, Verondini; Cass., sez. IV, 13 gennaio 2021, n. 1096, con nota di D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *Giur. it.*, 2021, 10, pp. 2219 ss. Cfr., inoltre, ID., voce *Colpa penale*, cit., pp. 226 ss. Una maggiore apertura giurisprudenziale verso la valorizzazione della componente soggettiva della colpa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro è rilevata anche da R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., p. 298.

Il percorso sin qui tracciato ha fatto emergere come i problemi relativi alla responsabilità penale si pongano in maniera *diversa, ma non troppo*, nei contesti lavorativi medio-piccoli. Le criticità emerse all'esito delle indagini empiriche, con specifico riferimento a quelle coinvolgenti obblighi (fondamentali nelle strategie prevenzionistiche) sanzionati penalmente, dimostrano semmai che una differenziazione "dimensionale" andrebbe operata proprio in relazione all'estensione e alle modalità di adempimento di detti obblighi, ben al di là delle (poche) previsioni, sopra ricordate, che già vanno nel senso di una standardizzazione o semplificazione a beneficio delle imprese di piccole dimensioni⁸⁹. Da un lato, non vanno trascurate le difficoltà di conoscenza e comprensione dei testi normativi da parte degli operatori di micro realtà imprenditoriali, che molto difficilmente dispongono di personale qualificato in tal senso. La complessità tecnico-giuridica che affetta tali testi si unisce a un corpo normativo di notevole estensione: basti pensare, per restare al solo d.lg. 81/2008, che il testo fondamentale in materia è composto da 13 titoli, oltre 300 articoli, ben 51 allegati. D'altro canto, occorre pure considerare che la semplificazione degli obblighi di sicurezza, benché si mostri necessaria in tali contesti per ragioni intuibili, rischia al contempo di produrre una riduzione delle tutele nei confronti dei lavoratori delle piccole imprese, anche in funzione della assenza in molte di queste di rappresentanze sindacali, così come della frequente tendenza a un adempimento al più burocratico-difensivistico di tali obblighi.

Come rilevato dall'Agencia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro⁹⁰, le micro e piccole imprese rappresentano oltre il 90% circa delle imprese dell'UE e impiegano quasi il 50% dei lavoratori. A fronte di questa importanza economica, nel periodo 2008-2012 la quota maggiore di incidenti mortali nel contesto dell'Unione si è verificata tra i dipendenti delle imprese con non più di 49 dipendenti⁹¹.

Sebbene la loro importanza in termini economici e occupazionali sia ampiamente riconosciuta, «una serie di sviluppi socioeconomici ha portato a una crescente vulnerabilità strutturale, costringendo un'ampia percentuale di micro e piccole imprese ad adottare una strategia organizzativa e commerciale a basso costo per sopravvivere. [...] In conseguenza di questi sviluppi, le micro e piccole imprese devono affrontare una generale mancanza di risorse per la prevenzione della SSL e un'adeguata gestione della SSL e i lavoratori impiegati in queste imprese rischiano di trovarsi in condizioni di lavoro più

⁸⁹ *Supra*, § 2.

⁹⁰ EU-OSHA (European Agency for Safety and Health at Work), *Sicurezza e salute nelle micro e piccole imprese nell'UE: relazione finale del progetto triennale SESAME*, 2018 (disponibile in <https://osha.europa.eu/it/publications/executive-summary-safety-and-health-micro-and-small-enterprises-eu-final-report-3-year>), p. 4 s. Cfr. anche N. PACI, *Piccole imprese e sicurezza sul lavoro: problematiche strumenti di sostegno*, in *RES-Repertorio salute*, 22 ottobre 2017.

⁹¹ Dati ESAW (European Statistics on Accidents at Work) disponibile in <https://oiraproject.eu/it/facts-and-figures>.

precarie, con una qualità del lavoro più bassa e, in proporzione, maggiori rischi per la loro salute, la loro sicurezza e il loro benessere»⁹².

Lo studio dell' Agenzia europea sottolinea l'importanza di una politica mirata in materia di salute e sicurezza sul lavoro, «che si rivolga in modo specifico alle MPI»⁹³. Tra le principali raccomandazioni rese nella relazione finale si ricorda la necessità di rafforzare e sostenere i sistemi statali di regolamentazione e controllo in tutti gli Stati membri dell'UE; quella di intensificare attività ispettive regolamentate; il coinvolgimento dei sindacati e delle organizzazioni datoriali nella formulazione di politiche rivolte alle micro e piccole imprese; l'importanza dei profili educativi della sicurezza; l'offerta di soluzioni sostenibili, facilmente applicabili e trasferibili alle micro e piccole imprese⁹⁴.

In sostanza e in conclusione, ad avviso di chi scrive, anche per rendere possibile una responsabilità penale dei diversi garanti che resti all'interno di spazi rispettosi dei principi di garanzia, sembra necessario un bilanciamento differenziato, in materia di sicurezza, tra regolazione e controllo pubblici (*etero-regolazione ed etero-controllo*) e regolazione e controllo privati (*auto-regolazione ed auto-controllo*), nel senso di un minore disimpegno pubblico quantomeno nelle microimprese. E ciò in relazione a tutti gli adempimenti “fondanti” relativi alla valutazione dei rischi e alla formazione dei lavoratori: obblighi, tecnicamente ed economicamente tanto impegnativi da richiedere l'apprestamento di speciali ed effettivi ausili finanziari e consulenziali pubblici, anche mediante un autentico sistema di incentivi economici. Un accompagnamento dialogico delle piccole imprese nell'implementazione della sicurezza sui luoghi di lavoro dovrebbe passare, poi, attraverso un'intensificazione dei controlli delle agenzie di vigilanza, in coerenza con il meccanismo premiale-estintivo fondato sull'adeguamento successivo da parte del datore di lavoro: uno strumento già esistente, essendo previsto dal menzionato d.lg. 758/1994, ma quasi sempre, o comunque troppo spesso, attivato soltanto a seguito di un infortunio. Infine, quanto all'obbligo di valutazione dei rischi e di adozione del relativo documento, oltre a un'attività *ex ante* di consulenza mirata per le piccole imprese, sarebbe da prendere in considerazione un sistema di verifica e certificazione pubblica *ex post*.

La pervasività ed estensione piramidale della tutela penale della sicurezza, che in astratto si giustificerebbe in funzione dell'importanza dei beni da proteggere, non può infatti trasformarsi in un meccanismo di mera allocazione della responsabilità punitiva sui riconoscibili “centri di competenza”, identificati nelle figure dei garanti. I quali, altrimenti, finirebbero per assomigliare a capri espiatori.

⁹² EU-OSHA, *Sicurezza e salute nelle micro e piccole imprese nell'UE*, cit., p. 5.

⁹³ Ivi, p. 10.

⁹⁴ In questa direzione, l'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro ha predisposto il sito OIRA (On-line Interactive Risk Assessment) a disposizione delle micro e piccole imprese per effettuare valutazioni dei rischi, adeguate alle loro esigenze.

L'importanza della posta in gioco consiglia, specie con riferimento alle piccole imprese, il ricorso a una disciplina *mista e dialogica* tra pubblico e privato, *partecipata* mediante coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori, nonché *assistita* anche dall'intervento pubblico. In maniera correlativa pare sconsigliabile, invece, una disciplina che si esprima prevalentemente sotto forma di minaccia di pene, oppure soltanto a mezzo di semplificazioni standardizzate, che non sempre o non necessariamente incrementano il tasso di sicurezza sui luoghi di lavoro. Per questi motivi, spazi maggiori meritano profili disciplinari che contemplino controlli, verifiche e asseverazioni da parte di agenzie a livello nazionale e territoriale, direttamente orientati alle imprese più piccole.

DPEI 2/2023

D.lg. n. 231 del 2001 ed enti di piccole dimensioni: disciplina attuale e prospettive *de lege ferenda**
di Giulio De Simone

Membro del Comitato Editoriale di DPEI e Professore ordinario di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università del Salento

Sommario: 1. Brevi note introduttive: la “rivoluzione culturale” del 2001. – 2. La controversa questione della natura della responsabilità dei soggetti metaindividuali. – 3. L’incerta valutazione dell’adeguatezza dei modelli organizzativi. – 4. Cultura della *compliance* e diffusione dei MOG nelle piccole e medie imprese. – 5. Gli enti di piccole dimensioni: la questione definitoria. La problematica coincidenza di controllante e controllato nell’art. 6, comma 4. – 6. Le possibili modifiche dell’attuale disciplina in prospettiva *de lege ferenda*.

1. Brevi note introduttive: la “rivoluzione culturale” del 2001

Non vi è alcun dubbio che, nell’intero panorama legislativo italiano, l’entrata in vigore del d.lg. 8 giugno, 2001, n. 231 abbia rappresentato una svolta significativa, un punto di non ritorno. Una «novità molto rilevante sul piano dell’immaginario penalistico, prima ancora che della realtà punitiva»¹, come anche è stato detto. Qualcuno ha parlato di una vera e propria “rivoluzione copernicana”²: i soggetti metaindividuali sono divenuti coprotagonisti della vicenda punitiva e destinatari immediati di risposte sanzionatorie a contenuto afflittivo, orientate alla prevenzione di reati e dunque strumentali alla tutela di interessi penalmente rilevanti³.

Quello messo a punto dal legislatore italiano è un modello, per così dire, “di importazione”, di cui è possibile individuare due diverse radici, normativa l’una e culturale l’altra. La prima è data dalla disciplina statunitense dei *compliance programs*, che ha formato oggetto di particolare approfondimento, da parte della nostra dottrina, fin dagli anni Novanta del secolo scorso⁴; la radice

* Il presente scritto riproduce, con l’aggiunta delle note e con talune modifiche e integrazioni, il testo della relazione tenuta in occasione del Convegno di chiusura del progetto di ricerca “*Rischio, governance e responsabilità nei settori dell’edilizia e dell’agricoltura nell’area veneta*”, svoltosi il 23 giugno 2022 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Verona. Esso fa parte del volume collettaneo, curato da L. Picotti, che raccoglie gli atti del suddetto Convegno, di prossima pubblicazione (ESI, Napoli, 2023).

¹ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, p. 45.

² A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1101.

³ Così chi scrive già si esprimeva in G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, p. 304.

⁴ Il merito va attribuito soprattutto ai fondamentali scritti di C. DE MAGLIE (*Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa. Crisi e innovazioni del diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 88 ss.; *L’etica e il mercato*, Milano 2002, pp. 12 ss. e spec. pp. 102 ss.). V. pure, più di recente, EAD., *Alla ricerca di un “effective compliance program”: venticinque anni di esperienza statunitense*, in *Criminalia*, 2016, pp. 375 ss. C’era stata, in quegli stessi anni,

culturale è invece rappresentata da quel concetto di *colpevolezza di organizzazione* (*Organisationsverschulden*)⁵, elaborato e proposto nel dibattito scientifico da Klaus Tiedemann intorno alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso⁶: un concetto che si può dire faccia parte oramai del bagaglio culturale e lessicale della penalistica contemporanea⁷ e che ha trovato, già da tempo, significativi riconoscimenti anche da parte del Giudice della nomofilachia⁸.

Il paradigma normativo messo a punto dal legislatore italiano è stato fonte di ispirazione per diverse legislazioni penali straniere: si pensi alla disciplina introdotta, anni addietro, nel codice penale spagnolo (*Leyes Orgánicas* 5/2010 del 22 giugno e 1/2015 del 30 marzo), chiaramente esemplata sulla falsariga di quel modello⁹. Ma vanno ricordate anche le riforme attuate in taluni Paesi dell’America Latina, quali il Cile (*Ley* 20393 del 25 novembre 2009), il Perù (*Ley* 30424 del 1° aprile 2016) e l’Argentina (*Ley* 27401 del 1° dicembre 2017), così come, ancor prima, la legge sammarinese n. 6 del 21 gennaio 2010 sulla responsabilità “da misfatto” della persona giuridica.

anche l’autorevole presa di posizione di F. STELLA (*Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pp. 459 ss.; ID., *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1254 ss.).

⁵ In realtà, nel testo della legge, questo concetto non è mai esplicitamente richiamato. Un riferimento alla “colpa di organizzazione” vi è invece nella *Relazione ministeriale allo Schema definitivo del d.lgs.* (§ 3.3).

⁶ Cfr. K. TIEDEMANN, *Die „Beußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, p. 1172; ID., *Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen*, in A. ESER e J. THORMUNDSSON (a cura di), *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, Freiburg 1989, p. 173. Nell’originaria prospettazione dell’illustre A. tedesco, in realtà, l’*Organisationsverschulden* sarebbe dovuta servire più che altro a legittimare culturalmente *ex post* il paradigma di responsabilità dei *Verbände* codificato nell’ambito del diritto sanzionatorio delle violazioni amministrative (§ 30 *OWiG*). Sia consentito, a tal proposito, il rinvio a G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., pp. 182 ss.

⁷ Sul tema v., per tutti, i recenti contributi di C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 1-2, pp. 175 ss.; ID., voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in M. DONINI (a cura di), *Reato colposo, Enc. dir. I Tematici*, vol. II, Milano 2021, pp. 64 ss. Attualmente si parla, in effetti, più di “colpa” che di “colpevolezza” di organizzazione. Vi è, comunque, anche una misura soggettiva della colpa – da valutare in termini di esigibilità dell’implementazione di un modello organizzativo adeguato – che attiene, per l’appunto, alla dimensione della colpevolezza.

⁸ Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006 (ud. 20 dicembre 2005), n. 3615, *Jolly Mediterraneo*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 74 ss.; Cass. pen., sez. VI, 17 luglio 2009 (ud. 9 luglio 2009), n. 36083, *Mussoni*, *ivi*, 2010, pp. 1938 ss.; Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010 (ud. 18 febbraio 2010), n. 27735, *Brill Rover s.r.l.*, in *Guida dir.*, 2010, 39, p. 98; Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *ThyssenKrupp*, in *Soc.*, 2015, pp. 215 ss.; Cass. pen., sez. IV, 10 maggio 2022 (ud. 15 febbraio 2022), n. 18413; Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2022 (ud. 11 novembre 2021), n. 23401, *Impregilo*, in *Sist. pen.*, 2022, 9, con nota di E. FUSCO e C.E. PALIERO (*ivi*, pp. 115 ss.), in *Cass. pen.*, 2022, pp. 4372 ss., con nota di F. CENTONZE (*ivi*, pp. 4383 ss.) e in *Giur. it.*, 2022, pp. 2757 s., con nota di G. DE SIMONE (*ivi*, pp. 2758 ss.). V. pure i commenti di C. PIERGALLINI, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”*, in *Dir. pen. contemp.*, 2022, 2, pp. 76 ss. e di D. BIANCHI, *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni “umbratili” a margine d’una sentenza “adamantina” nel “magma 231”*, *ivi*, pp. 87 ss.

⁹ Sia consentito, a tal proposito, il rinvio a G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche in prospettiva comparata. Uno sguardo al sistema penale spagnolo*, in R. ACQUAROLI, E. FRONZA e A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma 2021, pp. 709 ss.

Sono trascorsi oramai più di vent'anni dall'entrata in vigore del d.lg. 231 ed è tempo di bilanci e di valutazioni anche in prospettiva *de lege ferenda*.

Non sono pochi, in verità, i profili critici della disciplina evidenziati dalla più avveduta dottrina. Uno di tali profili – su cui nel prosieguo non si mancherà di soffermare l'attenzione – attiene proprio al suo *ambito soggettivo di applicazione*, con specifico riferimento agli *enti di piccole dimensioni*.

V'è da dire, d'altra parte, che la legge – è cosa, anche questa, ben nota – ha avuto finora un'applicazione frammentaria e discontinua, “a macchie di leopardo”, si potrebbe dire. E qualcuno¹⁰ ritiene che non sia esagerato «parlare di un approccio “negazionista” o “minimalista”, teleologicamente rivolto a sedare la riforma». Le aspettative che si nutrivano nei confronti del d.lg. n. 231 del 2001 sono rimaste, dunque, almeno in parte, deluse. Ma non è il caso di indugiare, qui e ora, sui motivi di questo parziale insuccesso.

2. La controversa questione della natura della responsabilità dei soggetti metaindividuali

Quanto alla *reale natura* della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche, la questione è tuttora alquanto controversa¹¹. Sono tre, com'è noto, le opinioni che si contendono il campo: responsabilità autenticamente amministrativa; responsabilità sostanzialmente penale; *tertium genus* «che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia»¹².

Una disparità di opinioni che ha trovato riscontro nei vari orientamenti emersi via via nel formante giurisprudenziale. “Amministrativa da reato”, l'hanno definita le Sezioni Unite della Cassazione in una ben nota, perspicua pronuncia, in cui essa è stata esclusa con riferimento al reato di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, attualmente previsto dall'art. 27 d.lg. 27 gennaio 2010, n. 39¹³. «Nel vigente ordinamento – è dato leggere in un'altra significativa decisione delle Sezioni Unite – è prevista *solo una responsabilità amministrativa e non una*

¹⁰ Cfr. C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 4, pp. 532 s.

¹¹ Sulla questione v., per tutti, F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato dell'ente*, in A. BASSI e F. D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente*, Milano, 2020, pp. 15 ss.; M. PELISSERO, *Responsabilità degli enti*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, 14^a ed., Milano, 2018, pp. 813 ss.; M. SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in G. CANZIO, L.D. CERQUA e L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, 2^a ed., Padova, 2016, pp. 819 ss.

¹² *Relazione ministeriale*, cit., § 1.1.

¹³ Cass. pen., sez. un., 22 settembre 2011 (ud. 23 gennaio 2011), n. 34476, ric. p.m. in proc. Deloitte & Touche s.p.a., in *Cass. pen.*, 2012, pp. 433 ss.

responsabilità penale degli enti (ai sensi del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231¹⁴), sicché comunque la società non è mai autore del reato e concorrente nello stesso»¹⁵.

Stando a una diversa opinione, si tratterebbe, piuttosto, ad onta del *nomen juris*, di una responsabilità di natura *sostanzialmente penale*, «forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.)»¹⁶. Orientata in senso penalistico sembra essere anche un'altra notissima pronuncia delle Sezioni Unite¹⁷, nella quale si parla di «uno specifico e innovativo sistema punitivo per gli enti collettivi, dotato di apposite regole quanto alla struttura dell'illecito, all'apparato sanzionatorio, alla responsabilità patrimoniale, alle vicende modificative dell'ente, al procedimento di cognizione e a quello di esecuzione, il tutto finalizzato a integrare un efficace strumento di controllo sociale». Un sistema sanzionatorio che, a detta degli stessi giudici di legittimità, si collocherebbe al di fuori degli schemi tradizionali del diritto penale “nucleare”, incentrati sulla distinzione tra pene e misure di sicurezza, tra pene principali e pene accessorie, e sarebbe rapportato alle nuove costanti criminologiche delineate nel d.lg. n. 231 del 2001. Queste affermazioni potrebbero far pensare a un *terzo binario sanzionatorio*, ritagliato sulle fattezze dei soggetti metaindividuali e collocato all'interno del sistema penale.

In una precedente occasione, le stesse Sezioni Unite, questa volta della Cassazione civile, nel ritenere del tutto legittimo il cumulo tra la responsabilità autenticamente amministrativa prevista, per gli abusi di mercato, dall'art. 187-*quinquies* d.lg. n. 58 del 1998 – responsabilità conseguente agli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate (art. 187-*bis*) e di manipolazione del mercato (art. 187-*ter*) – e la speculare responsabilità da reato di cui all'art. 25-*sexies* d.lg. 231, avevano affermato che, in tal caso, la persona giuridica non sarebbe chiamata a rispondere due volte sempre *sul piano amministrativo*, posto che la sua responsabilità, per come è configurata nel d.lg. n. 231, «ancorché formalmente denominata “amministrativa”, ricalca poi nella sostanza, *mutatis mutandis*, la *falsariga della responsabilità penale*, come già riconosciuto dalla stessa dottrina che predica ormai quasi unanimemente il principio per cui *societas delinquere potest [...]*»¹⁸.

¹⁴ D'ora in avanti, gli articoli richiamati senza l'indicazione del testo legislativo di cui fanno parte s'intendono riferiti a tale d.lg.

¹⁵ Sez. un., 5 marzo 2014 (ud. 30 gennaio 2014), n. 10561, Gubert (corsivi aggiunti). Sulla stessa lunghezza d'onda: Cass. pen., sez. VI, 17 maggio 2013 (ud. 25 gennaio 2013), n. 21192, Barla e altri; Cass. pen., sez. IV, 16 ottobre 2013 (ud. 25 giugno 2013), n. 42503, Ciacci.

¹⁶ Così già Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, cit.

¹⁷ Cass. pen., sez. un., 2 luglio 2008 (ud. 27 marzo 2008), n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1738 ss., con note di V. MONGILLO (ivi, p. 1758 ss.) e di E. LORENZETTO (ivi, pp. 1788 ss.).

¹⁸ Cass. pen., sez. un., 30 settembre 2009 (ud. 23 giugno 2009), n. 20936, Ifil Investments c. Consob, in *Foro it.*, 2010, c. 3127 ss. (corsivi aggiunti).

Altre volte, invece, la Cassazione ha mostrato di condividere la tesi del *tertium genus*. In questa prospettiva si colloca, per esempio, la notissima sentenza ThyssenKrupp delle Sezioni Unite¹⁹, nella quale, tuttavia, non si è mancato di evidenziare come il complesso normativo in esame *sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo e abbia evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale* per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento; «sicché, quale che sia l'etichetta che si voglia imporre su tale assetto normativo, è dunque *doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale* [...]»²⁰.

Non poche volte, in effetti, sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale concernenti diversi profili della disciplina delineata nel d.lg. 231, questioni, tuttavia, di cui spesso è stata affermata la manifesta infondatezza²¹. Si deve ritenere, d'altra parte, che tale disciplina rientri a pieno titolo nella *matière pénale* per come definita dalla giurisprudenza della Corte EDU e che, pertanto, anche alle persone giuridiche si debbano riconoscere i diritti fondamentali affermati nella CEDU e negli annessi Protocolli²².

3. L'incerta valutazione dell'adeguatezza dei modelli organizzativi

Gli artt. 6 e 7, che dettano la disciplina dei c.d. “criteri soggettivi di imputazione”, forniscono, in realtà, solo poche indicazioni in ordine ai caratteri strutturali e ai contenuti del modello organizzativo volto alla prevenzione del rischio-reato, così da rendere anche in larga misura imprevedibile da parte delle imprese la valutazione circa la sua idoneità o meno da parte del giudice²³.

¹⁹ Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit. Si veda il commento di R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del “sistema 231”*, in *Soc.*, 2015, 2, pp. 219 ss. Sia consentito, altresì, il rinvio a G. DE SIMONE, *Il caso ThyssenKrupp: la responsabilità delle persone giuridiche*, in L. FOFFANI e D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. II, Bologna, 2015, pp. 219 ss. Sulla stessa lunghezza d'onda anche Cass. pen., sez. VI, 17 luglio 2009, n. 36083, cit.; Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, cit.; Cass. pen., sez. II, 27 marzo 2015 (ud. 22 gennaio 2015), n. 13017, Panda s.r.l. e altre società; Cass. pen., sez. VI, 17 marzo 2016 (ud. 12 febbraio 2016), n. 11442, Saipem s.p.a.

²⁰ Corsivi aggiunti.

²¹ Nella già citata sentenza pronunciata nel processo ThyssenKrupp (Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343), per esempio, le Sezioni Unite hanno escluso senza esitazione che la disciplina legale di cui trattasi si ponga in contrasto con il principio della responsabilità per fatto proprio e con il principio di colpevolezza. E così, già prima, Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, cit.

²² Cfr. F. CONSULICH, *L'ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *Resp. amm. soc.*, 2019, 4, pp. 21 ss. V. pure N. SELVAGGI, *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la “compliance” nella piccola impresa: un'introduzione al problema*, in M. CATENACCI, V.N. D'ASCOLA e R. RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, 2021, p. 1858.

²³ Cfr. S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi*

Molte volte, o quasi sempre, il M.O.G. sottoposto all'attenzione dell'organo giudicante è stato ritenuto, per un motivo o per l'altro, inidoneo²⁴. Il che ha finito per determinare nelle imprese stesse un diffuso e giustificato senso di sfiducia circa le reali potenzialità “salvifiche” di un modello organizzativo e gestionale implementato *ante delictum*²⁵, con conseguente compromissione dell'obiettivo primario perseguito dal legislatore del 2001, che è stato quello di coinvolgerle nell'attività di prevenzione e gestione del rischio-reato connesso alla loro struttura organizzativa o allo svolgimento della loro attività²⁶.

Una chiara inversione di tendenza è dato riscontrare, tuttavia, nella recentissima pronuncia della VI sezione penale della Cassazione con cui è stata messa la parola “fine” all'annosa “vicenda Impregilo”²⁷. Una sentenza che denota un approccio decisamente più garantista nei confronti dei soggetti metaindividuali – escludendo, tra l'altro, che l'art. 6 preveda una inversione dell'onere della prova a carico della *societas* e delineando puntualmente i contorni della fattispecie ascrittiva, in cui la c.d. colpa di organizzazione viene ad assumere un ruolo di primo piano – e che si lascia apprezzare anche per una più scrupolosa attenzione e una maggiore flessibilità nella valutazione dell'adeguatezza preventiva dei programmi di compliance aziendale, volti a una significativa riduzione del “rischio-reato”.

L'auspicio è che questo orientamento interpretativo “progressista”²⁸ possa farsi strada nell'immediato futuro e trovare accoglimento nella giurisprudenza di merito.

critica e linee evolutive, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, pp. 70 e 79 ss.; V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021, pp. 471 ss.; C. PIERGALLINI, *Una sentenza “modello”*, cit., p. 80; ID., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. n. 231/2001)* (Parte I), in *Cass. pen.*, 2013, 1, p. 380.

²⁴ Cfr. M. COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Dir. pen. contemp.*, 2016, 2, p. 74; O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in G. LATTANZI e P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2020, pp. 216 ss.

²⁵ Cfr. V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc.*, 2011, 3, pp. 71 ss., che è stato tra i primi a segnalare siffatte criticità.

²⁶ Sul tema v., per tutti, F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei “compliance programs” nell'ordinamento italiano*, in *Analisi giur. ec.*, 2009, 2, pp. 219 ss.; ID., *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 945 ss. Nel senso che alla base della previsione della responsabilità da reato degli enti vi sarebbe l'idea «di indirizzare la 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», N. SELVAGGI, *La prevenzione*, cit., p. 1866.

²⁷ Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, cit. Ne pone in luce gli aspetti salienti, innovativi e positivi, C. PIERGALLINI, *Una sentenza “modello”*, cit., pp. 1 ss.

²⁸ Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca Cass. pen., sez. IV, 10 maggio 2022, n. 18413, cit., in cui si afferma che la mancata adozione di un modello organizzativo idoneo non può comportare, di per sé, «un automatico addebito di responsabilità, in quanto, per tale addebito “per fatto proprio”, è necessario che sussista, a carico dell'ente, la c.d. “colpa di organizzazione”

Finora, comunque, all'impresa è convenuto piuttosto mantenere una posizione "attendista" e pensare di predisporre un sistema adeguato di autocontrollo preventivo soltanto in un momento successivo all'eventuale perpetrazione di uno dei tanti reati-presupposto commesso nel suo interesse o a suo vantaggio.

Quello adottato *post delictum* è un modello (c.d. rimediabile) comunque importante strategicamente, è un modello che può avere una sua rilevanza nella prospettiva di evitare l'applicazione delle temibili sanzioni interdittive (artt. 17e 78) e, ancor prima, delle omologhe misure cautelari (artt. 49 e 50) e di ottenere una sensibile mitigazione della sanzione pecuniaria (art. 12).

4. Cultura della compliance e diffusione dei MOG nelle piccole e medie imprese

L'adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo²⁹, com'è noto, più che un obbligo, costituisce per le imprese un *onere*³⁰, il cui adempimento *ante delictum* porta a escluderne la responsabilità per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio (artt. 6 e 7).

I dati raccolti nel corso di un'indagine condotta nell'aprile del 2017 da Confindustria, in collaborazione con TIM, su un campione di 45 imprese di medie e piccole dimensioni³¹, operative in otto diverse Regioni italiane (Piemonte, Lombardia, Liguria, Emilia-Romagna, Lazio, Campania, Puglia e Sicilia), segnalano una scarsa diffusione dei MOG nella PMI³².

cioè il non avere predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei a evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato».

²⁹ Com'è stato osservato di recente (A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI e P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato*, cit., p. 241), il modello rappresenta il "supporto materiale" della colpa di organizzazione e, al tempo stesso, il perno dei meccanismi premiali sparsi nel decreto 231.

³⁰ In tal senso, tra gli altri, A. ALESSANDRI e S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, vol. I, Torino, 2018, p. 106; F. D'ARCANGELO, *Il criterio di imputazione sul piano soggettivo*, in A. BASSI e F. D'ARCANGELO, *Il sistema*, cit., p. 166; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 177 (e p. 328 in chiave critica, nel senso che sarebbe stato preferibile rendere obbligatoria per l'ente l'adozione del modello); M. PELISSERO, *Responsabilità degli enti*, cit., p. 759. Vien fatto di rammentare che il 30 luglio 2018, nel corso della XVIII Legislatura, è stato presentato al Senato un d.d.l. (S. 726) che prevede l'introduzione dell'obbligo di adottare il MOG per le società che abbiano riportato, anche solo in uno degli ultimi tre esercizi, un totale dell'attivo dello stato patrimoniale non inferiore a € 4.400.000 o ricavi delle vendite e delle prestazioni non inferiori a € 8.800.000, o per quelle che si trovino in una posizione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. In caso di violazione di un tale obbligo – e anche di quello di nomina dell'OdV – è prevista (art. 2) una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 200.000 euro, che viene applicata alla società per ciascun anno solare in cui permane l'inosservanza di quegli obblighi. In realtà, stranamente, l'applicazione della sanzione pecuniaria è collegata, in questo caso, non all'omessa implementazione del modello organizzativo bensì, piuttosto, alla violazione dell'obbligo di deposito presso la camera di commercio della delibera o decisione di approvazione del MOG.

³¹ In Italia, com'è noto, le imprese medie, piccole e micro rappresentano l'asse portante del sistema economico. I dati emersi dall'*EY SME Survey* sono eloquenti: nel nostro Paese vi sono 130.000 imprese con un numero di dipendenti compreso tra 10 e 49 e 26.000 con un numero di dipendenti compreso tra i 50 e i 249. Le microimprese – tali si considerano quelle con meno di 10 dipendenti – sono circa 4 milioni (tali dati sono disponibili sul sito https://www.ey.com/it_it/financial-services/le-pmi-italiane-oltre-la-pandemia).

³² Pone in evidenza una scarsa propensione degli enti di piccole dimensioni alla comprensione della *ratio* della 231 S.

L'87% delle imprese che hanno partecipato a questa indagine ha dichiarato di conoscere la disciplina della 231 sulla responsabilità da reato, ma solo 16 imprese su 45 (pari al 36%) hanno concretamente adottato il MOG 231, anche se le altre hanno comunque manifestato l'intenzione di implementarlo. Quasi un quinto dei modelli concretamente adottati risultava privo di un sistema disciplinare e in nessun caso erano previste misure sanzionatorie nei confronti di soggetti terzi contraenti.

L'ampliamento, notevolissimo, del catalogo dei reati-presupposto, registratosi nel corso degli anni – catalogo che ora ricomprende anche illeciti penali di una certa frequenza statistica nel contesto delle PMI: reati in materia di sicurezza del lavoro³³ e ambiente, corruzione, impiego di stranieri irregolari e reati tributari – dovrebbe incentivare le imprese all'adozione di modelli organizzativi adeguati ed efficaci. Ma ciò, finora, non sempre è accaduto.

La situazione, per certi versi, può anche apparire paradossale, perché poi, come è stato rilevato, «le PMI sembrano essere il *target* privilegiato dei procedimenti in materia 231»³⁴.

Anche i dati raccolti nel corso dell'indagine empirico-criminologica svolta nell'ambito del Progetto di ricerca *Rischio, governance e responsabilità nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura nell'area veneta*³⁵, d'altronde, parlano chiaro. Dal Rapporto redatto da Barbara Vettori e da Andrea Di Nicola nel marzo 2022³⁶, emerge che la maggioranza delle imprese intervistate – quelle venete, in particolare delle province di Verona, Vicenza, Padova, Rovigo e Treviso, che operano nell'ambito dell'edilizia e dell'agricoltura nonché nei settori metalmeccanico, manifatturiero, alimentare e dello smaltimento dei rifiuti –, pari al 62,5%, non aveva adottato il MOG in quanto lo stesso *non era stato ritenuto utile o rilevante*, mentre circa un quinto di esse (il 18,8%) non lo aveva adottato perché

SOLIDA, *Sistema 231 ed "enti di piccole dimensioni": criticità normative e spunti di riflessione*, in *Sistema231*, 2021, 1, p. 27. Sul tema, proprio con riferimento alla piccola impresa, v., per tutti, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, pp. 442 ss.; N. SELVAGGI, *La prevenzione*, cit., pp. 1857 ss.

³³ Va detto che un incremento dell'adozione di modelli organizzativi si è riscontrato proprio a seguito dell'estensione della responsabilità da reato degli enti ai delitti di omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (art. 25-*septies*).

³⁴ Cfr. M. DELL'ANTONIA, *Il Decreto 231 nelle PMI*, Laboratorio²³¹ AODV²³¹, Milano, 21 novembre 2018, in www.aodv231.it, p. 6.

³⁵ Progetto finanziato dalla Fondazione Cariverona e condotto da un *team* di ricerca, coordinato dal professor Lorenzo Picotti, del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona.

³⁶ B. VETTORI e A. DI NICOLA, *Analisi delle risposte dei datori di lavoro al questionario sulla valutazione dei rischi nell'esercizio dell'attività d'impresa* (marzo 2022).

considerato *un costo non necessario*³⁷. La presenza di un modello organizzativo è stata rilevata soltanto in poco meno di un quinto delle imprese intervistate, pari al 18,8% (3 imprese)³⁸.

I motivi di questa scarsa propensione delle PMI all'implementazione dei programmi di *compliance* aziendale sono stati individuati³⁹ nella particolare complessità della disciplina normativa – ma non sembra questo il problema: basterebbe affidarsi a professionisti esterni competenti e preparati –, negli oneri organizzativi e nei costi eccessivi che l'adozione di un modello organizzativo, che non sia solo cartaceo e “di facciata”, necessariamente comporta, e nella tendenza, che almeno finora si è registrata nella prassi giurisprudenziale, a non riconoscere l'idoneità del modello adottato *ante delictum* dall'impresa⁴⁰, anche «in ragione della compenetrazione, nelle piccole realtà, tra la persona fisica e l'ente». Una compenetrazione tale da rendere particolarmente problematica la prova dell'elusione fraudolenta del modello da parte dell'autore del reato presupposto (richiesta, com'è noto, dall'art. 6, comma 1, lett. c).

Eppure, la previa adozione di un modello organizzativo, che risulti adeguato e che sia pure efficacemente attuato, può comportare degli indubbi vantaggi, anche in termini economici, per l'impresa che dimostri con ciò di avere intrapreso un percorso virtuoso. Vi sono alcune Regioni del nostro Paese nelle quali, perlomeno in relazione a specifici ambiti di attività, si può dire che essa sia divenuta una sorta di *condicio sine qua non* per poter contrattare con la PA o per ottenere specifici accreditamenti. Paradigmatico, in tal senso, è il caso della Lombardia, dove un decreto risalente al 2010⁴¹ già prevedeva, tra i requisiti soggettivi per l'iscrizione all'Albo Regionale degli operatori pubblici e privati per l'erogazione dei servizi di istruzione e formazione professionale (punto 1.3.1. All. 1) l'adeguamento, entro il 31 marzo 2011, «a quanto disposto dal d.lg. 231/2001 nelle forme e secondo i tempi di seguito stabiliti». Successivamente, con una delibera di Giunta Regionale del 30 maggio 2012, si è stabilita l'obbligatorietà dell'adozione di un MOG e di un codice etico per le unità d'offerta sociosanitarie, al fine di ottenere o mantenere l'accredito regionale⁴².

³⁷ Una certa divergenza, tuttavia, si può notare a questo proposito rispetto ai dati emersi dal questionario somministrato, nell'ambito della medesima indagine empirico-criminologica, ai lavoratori/delegati sindacali (B. VETTORI e A. DI NICOLA, *Analisi delle risposte dei lavoratori/delegati sindacali al questionario sulla valutazione dei rischi nell'esercizio dell'attività d'impresa*, maggio 2022). In tal caso, la maggioranza degli intervistati (il 60%, 9 individui) ha dichiarato che l'impresa aveva adottato il modello organizzativo; mentre il restante 40% non lo sapeva o non ha risposto.

³⁸ Dal suddetto Rapporto emerge, inoltre, una scarsa percezione, da parte delle imprese del settore, del rischio-criminalità. Il 75% delle imprese intervistate ritiene che la zona in cui si trova la propria sede sia poco a rischio di criminalità e per il 10% delle imprese non lo è affatto. Solo il 15% «valuta di essere abbastanza a rischio».

³⁹ Cfr. M. DELL'ANTONIA, *Il Decreto 231 nelle PMI*, cit., p. 6.

⁴⁰ Tendenza, peraltro, già evidenziata prima (v. *supra*, § 3), al pari della questione relativa alla imprevedibilità della valutazione del giudice in ordine all'idoneità o meno del modello concretamente adottato.

⁴¹ Decreto 8 giugno 2010, n. 5808 (*Approvazione dei requisiti e delle modalità operative per la richiesta di iscrizione all'albo regionale degli operatori pubblici e privati per i servizi di istruzione e formazione professionale*).

⁴² D.G.R. 30 maggio 2012, n. IX-3540.

Anche in Veneto, più di recente, a seguito di una delibera della Giunta Regionale del 2015, l'adozione di un modello organizzativo e gestionale ai sensi del d.lg. 231/2001 figura tra i requisiti soggettivi strutturali degli organismi di formazione necessari per ottenere l'accreditamento regionale⁴³. Ben prima, in Calabria, la l. reg. 21 giugno 2008, n. 15 (art. 54, comma 1) ha imposto alle imprese che operano in regime di convenzione con la Regione di «adeguare, entro il 31 dicembre 2008, i propri modelli organizzativi alle disposizioni di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231»⁴⁴.

Assume particolare rilevanza, in questa prospettiva, il regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, approvato con delibera del 14 novembre 2012 n. 24075, il quale (art. 2, comma 2 lett. c) prevede che, ai fini dell'attribuzione del *rating* di legalità, l'impresa, tra l'altro, debba dichiarare che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna e non sono state adottate misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231⁴⁵.

Si tenga presente, inoltre, che per le piccole e medie imprese sono già previste procedure semplificate in relazione all'adozione ed efficace attuazione dei MOG, *soltanto*, però, *in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*. Ai sensi di quanto dispone l'art. 30, comma 5-bis, d.lg. n. 81 del 2008⁴⁶, infatti, «[l]a Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro elabora procedure semplificate per l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese. Tali procedure sono recepite con decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali»⁴⁷. Sulla scorta di questa previsione normativa, in data 27 novembre 2013 la Commissione consultiva permanente ha approvato un documento contenente indicazioni organizzative semplificate, di natura operativa, di cui possono avvalersi le piccole e medie imprese che decidano di adottare un modello di organizzazione e gestione della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, che sia idoneo a prevenire i reati previsti dall'art. 25-septies⁴⁸.

⁴³D.G.R. 30 dicembre 2015, n. 2120 (*Aggiornamento delle disposizioni regionali in materia di accreditamento degli Organismi di Formazione ai sensi della L.R. 19/2002 e s.m.i.*). V. pure l'allegato A, punto 6.

⁴⁴ In Abruzzo la l. reg. n. 15 del 27 maggio 2011 ha previsto (art. 3), per gli enti dipendenti e strumentali della Regione, l'obbligo di adozione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo.

⁴⁵ Si ricordi, inoltre, che il regolamento dei mercati di Borsa Italiana s.p.a. ha reso obbligatoria l'adozione del MOG per le società che richiedano di essere ammesse al segmento STAR (Segmento Titoli con Alti Requisiti). «Il segmento Euronext STAR Milan del mercato Euronext Milan di Borsa Italiana – è dato leggere nel sito di Borsa Italiana (www.borsaitaliana.it/azioni/mercati/star/home/caratteristiche.htm) – nasce nel 2001 per valorizzare le PMI con caratteristiche di eccellenza e per aumentare la loro visibilità verso gli investitori italiani ed esteri».

⁴⁶ Comma inserito dall'art. 20, comma 1, d.lg. 3 agosto 2009, n. 106.

⁴⁷ La composizione e i compiti della Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro sono fissati dall'art. 6 d.lg. 9 aprile 2008, n. 81.

⁴⁸ Documento poi recepito con decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali del 13 febbraio 2014.

5. Gli enti di piccole dimensioni: la questione definitoria. La problematica coincidenza di controllante e controllato nell'art. 6, comma 4

Nel d.lg. 231/2001, l'unica disposizione che si riferisce agli enti di piccole dimensioni è l'art. 6, comma 4 d.lg. 231, che però non ci dice nulla sulle loro caratteristiche dimensionali e organizzative. Non si parla, dunque, nella norma, di *piccola e media impresa*, concetto che emerge, invece, come si è visto, nell'art. 30, comma 5-bis d.lg. n. 81 del 2008.

L'art. 6, comma 4, stabilisce che, in questi enti, i compiti indicati nella lettera b del comma 1 – *vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e curare il loro aggiornamento* – possano essere svolti *direttamente dall'organo dirigente*. Questa disposizione introduce una disciplina derogatoria rispetto a quella generale, secondo cui tali compiti devono essere affidati a «un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo».

«Vista la complessità e l'onerosità del Modello indicato dal decreto 231 – è dato leggere nelle Linee Guida di Confindustria – il legislatore ha voluto tenere in debito conto le problematiche che si pongono in quella categoria di enti che, per la dimensione e la semplicità della struttura organizzativa, non dispongono di una funzione (o persona) con compiti di monitoraggio del sistema di controllo interno. Per tali enti, l'onere derivante dall'istituzione di un organismo *ad hoc* potrebbe non essere economicamente sostenibile»⁴⁹.

Vi è il rischio, tuttavia, che si venga a determinare in questo modo una sostanziale coincidenza, una sovrapposizione tra soggetto controllante e soggetto controllato, con tutto quel che ne consegue (in termini negativi) sul piano dell'effettività del controllo. Nelle già menzionate Linee Guida di Confindustria si raccomanda che nell'assolvimento di questo ulteriore compito, l'organo dirigente, in considerazione delle molteplici responsabilità e attività che è quotidianamente chiamato a svolgere, «si avvalga di professionisti esterni ai quali affidare l'incarico di effettuare verifiche periodiche sul rispetto e l'efficacia del Modello»⁵⁰. Ma ciò, se pure potrà avere effetti positivi sul piano della funzionalità del sistema di monitoraggio, evidentemente non risolve il problema, tanto più che, come si chiarisce nelle stesse Linee Guida, i compiti delegabili all'esterno sono quelli relativi allo svolgimento di *attività di carattere tecnico*, fermo restando l'*obbligo* del professionista esterno *di riferire allo stesso organo dirigente*.

⁴⁹ Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (giugno 2021), p. 103.

⁵⁰ *Ibidem*.

Una definizione di “impresa minore” – sostanzialmente sovrapponibile a quella già contenuta nell’art. 1 della legge fallimentare – si ritrova ora nell’art. 2, comma 1, lett. d, d.lg. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza). È considerata “minore” l’impresa che presenta i seguenti requisiti: 1) *un attivo patrimoniale* di ammontare complessivo annuo non superiore a euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell’istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall’inizio dell’attività, se di durata inferiore; 2) *ricavi*, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore a euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell’istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall’inizio dell’attività, se di durata inferiore; 3) *un ammontare di debiti*, anche non scaduti, non superiore a euro cinquecentomila⁵¹.

Ulteriori indicazioni potrebbero trarsi dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003⁵², poi recepita con d.m. 18 aprile 2005, che prospetta una classificazione delle imprese fondata sul duplice criterio del fatturato e del numero della forza lavoro: “microimpresa” è quella che ha un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro e che occupa meno di 10 persone; “piccola impresa” è quella che ha un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro e ha un numero di dipendenti compreso tra 10 e 49; “media impresa” è quella che ha un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro o un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro e ha un numero di dipendenti compreso tra 50 e 249.

Si tratta, in realtà, in entrambi i casi, di definizioni strumentali all’applicazione di una specifica disciplina, che non possono essere estrapolate dal contesto normativo di riferimento ed essere calate in tutt’altro contesto normativo, caratterizzato da logiche, da esigenze e da finalità affatto diverse⁵³. Senza contare che il ricorso a criteri meramente quantitativi suscita già, di per se stesso, non pochi dubbi e perplessità. Come si è giustamente osservato in dottrina, esso «potrebbe persino legittimare il fenomeno, molto ricorrente, per esempio, nelle multinazionali, di creare persone giuridiche di ridottissime dimensioni allo scopo di frammentare e polverizzare i rischi economici e “normativi”»⁵⁴.

⁵¹ Valori che possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della Giustizia adottato a norma dell’articolo 348.

⁵² In GU.UE. 20 maggio 2003. Il contenuto di tale Raccomandazione è stato poi recepito da un Decreto del Ministro delle Attività Produttive del 18 aprile 2005.

⁵³ *Contra*, invece, nel senso che il ricorso alle definizioni richiamate nel testo potrebbe tornare utile, *de lege lata*, anche allo scopo di scongiurare «il rischio della vaghezza della nozione di ente a base dimensionale ridotta», G. AMARELLI, *Commento all’art. 1*, in D. CASTRINUOVO *et Al.* (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, pp. 29 ss.

⁵⁴ C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 549. Un fenomeno segnalato, di recente, anche da Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 2021 (ud. 16 febbraio 2021), n. 45100. V. pure N. SELVAGGI, *La prevenzione*, cit., p. 1872.

Meglio, allora, il ricorso a criteri di tipo diverso, quale potrebbe essere quello che fa riferimento all'essenzialità della struttura organizzativa, gerarchica e funzionale⁵⁵, o quello fondato sull'impossibilità di individuare un autonomo interesse dell'ente, distinto da quello della persona fisica che gestisce l'impresa⁵⁶.

6. Le possibili modifiche dell'attuale disciplina in prospettiva de lege ferenda

Per concludere: quali gli inconvenienti e le criticità dell'attuale disciplina con riferimento agli enti di piccole dimensioni? E quali le possibili soluzioni?

Rispetto alle *ridotte capacità economiche* e alla *non complessità della struttura organizzativa*, che caratterizzano tali enti, la richiesta di implementare adeguati programmi di *compliance* potrebbe rivelarsi irrealistica e pretenziosa⁵⁷. Si ritiene peraltro che, in questi casi, i modelli organizzativi – e gli stessi meccanismi premiali incentivanti previsti dalla legge – siano privi di una tangibile efficacia preventiva⁵⁸.

Non avrebbe molto senso, pertanto, un diretto coinvolgimento degli enti a base dimensionale ristretta nell'attività di “cogestione” del rischio-reato. La responsabilità, in questi casi, finisce per essere una sorta di *responsabilità oggettiva*⁵⁹, dovendosi escludere la stessa possibilità di una verifica circa la sussistenza di una colpa di organizzazione della persona giuridica, che, alla fine, verrà ritenuta “penalmente” responsabile in via pressoché automatica, in conseguenza del reato commesso, nel suo interesse o a suo vantaggio, da una delle persone fisiche qualificate di cui fa menzione l'art. 5⁶⁰.

⁵⁵ All'essenzialità della struttura interna, gerarchica e funzionale, si richiamano le già citate Linee Guida di Confindustria (p. 101) nel definire la nozione di “piccola impresa”.

⁵⁶ Alla «impossibilità di distinguere l'interesse dell'ente da quello della persona fisica che lo “governa”», oltre che alla «ristrettezza della base personale», fa riferimento, per risolvere il problema definitorio, C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 549. Questo criterio funzionale è richiamato anche da Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 2021, n. 45100, come utile criterio per escludere, nel caso concreto, la responsabilità da reato delle società unipersonali a responsabilità limitata. Negli enti di piccole dimensioni si verifica, peraltro, com'è noto, una *sostanziale coincidenza tra proprietà e gestione*: cfr., in particolare, G. AMARELLI, *Commento all'art. 1*, cit., p. 29; F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in F. CENTONZE e M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti*, Bologna, 2016, p. 89; M. CHILOSI, *La responsabilità dipendente da reato e il modello 231 nelle piccole imprese. Pro e contro e prospettive di riforma*, in *Resp. amm. soc.*, 2018, 1, p. 293; N. SELVAGGI, *La prevenzione*, cit., pp. 1867 ss.

⁵⁷ Nella stessa *Relazione ministeriale allo Schema definitivo del d.lgs.* (§ 1), d'altra parte, si fa esplicito riferimento ai soggetti a *struttura organizzata e complessa*, sostenendosi essere «ormai pacifico che le principali e più pericolose manifestazioni di reato» sono poste in essere da questi soggetti metaindividuali.

⁵⁸ Cfr. F. CENTONZE, *La responsabilità*, cit., p. 91, il quale, tuttavia, riferisce il discorso non solo alle piccole ma anche alle medie imprese.

⁵⁹ Cfr. M. CHILOSI, *La responsabilità*, cit., p. 293.

⁶⁰ Cfr. G. AMARELLI, *Commento all'art. 1*, cit., p. 29.

Inoltre, stante la già segnalata coincidenza tra proprietà e gestione, il ricorso a una duplice sanzione punitiva, nei confronti sia proprietario o socio di controllo che ha commesso il reato sia della stessa società, si risolve nella violazione del *ne bis in idem* sostanziale⁶¹.

La soluzione più drastica, già prospettata, anni addietro, da un'avveduta dottrina, sarebbe quella di escludere gli enti a base dimensionale ristretta dal novero dei possibili soggetti collettivi responsabili. Dovrebbero, pertanto, restare fuori dall'ambito di applicazione del d.lg. 231 le società nelle quali «i) l'organo amministrativo sia costituito per la maggioranza da soggetti cui è riferibile il controllo dell'ente, ovvero, nel caso di amministratore unico, quando tale soggetto è la persona cui è riferibile il controllo dell'ente; ii) il numero dei dipendenti non sia superiore a 50 sull'intero territorio nazionale», e, in ogni caso, gli enti con meno di 15 dipendenti⁶².

Sulla stessa lunghezza d'onda, una proposta di legge presentata nel corso della XVIII Legislatura alla Camera dei Deputati⁶³ prevede (art. 1, comma 1, lett. a) una modifica dell'art. 1, comma 2, d.lg. 231 in modo tale da limitarne l'applicazione ai soli enti che abbiano un numero di dipendenti superiore a quindici.

C'è chi propone d'introdurre, quanto meno, *una circostanza attenuante speciale*, sulla falsariga di quanto già previsto nello schema di decreto legislativo originario: una riduzione della sanzione pecuniaria nel caso in cui l'ente responsabile dell'illecito sia di piccole dimensioni e a base personale ristretta e costituisca espressione di interessi identificabili con quelli dell'autore del reato, purché quest'ultimo sia stato punito⁶⁴. Altri⁶⁵, invece, più radicalmente, ritiene che si debba escludere *tout court* l'applicazione della sanzione pecuniaria, ferma restando quella delle sanzioni interdittive, che pure sono particolarmente severe e incisive.

⁶¹ Cfr. F. CENTONZE, *La responsabilità*, cit., p. 92; C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 549; N. SELVAGGI, *La prevenzione*, cit., p. 1872 s. V. pure V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., p. 448, il quale ritiene che il problema potrebbe essere affrontato e risolto tramite il ricorso a un *principio di compensazione*, che potrebbe applicarsi «a tutte le società con controllo accentrato in un unico socio ed eventualmente anche alle società con ristretta base di soci o azionariato concentrato».

⁶² F. CENTONZE e M. MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in F. CENTONZE e M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale"*, cit., pp. 290 ss. *Contra*, tuttavia, M. CHILOSI, *La responsabilità*, cit. pp. 293 e 295 ss.; C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 549. Esprime perplessità pure V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., pp. 443 ss.

⁶³ Proposta di legge C. 818, d'iniziativa dei deputati Grimoldi, Ribolla e Lucchini, presentata il 28 giugno 2018 (*Modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, al decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e altre disposizioni, in materia di organismi di vigilanza degli enti e di responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato degli enti, delle banche, delle società di intermediazione finanziaria e delle imprese di assicurazione*).

⁶⁴ Cfr. G. AMARELLI, *Commento all'art. 1*, cit., p. 29.

⁶⁵ C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 549.

Si potrebbe anche pensare di introdurre una disposizione normativa *ad hoc*, che per tali enti delinei con maggiore precisione struttura e contenuto di modelli organizzativi semplificati, e comunque di prevedere, nei loro confronti, un'attenuazione del rigore della risposta sanzionatoria⁶⁶.

Quel che è certo è che, in relazione ai soggetti metaindividuali di piccole dimensioni, l'attuale disciplina appare, sotto diversi profili, criticabile e andrebbe modificata. Un intervento risolutivo del legislatore, a questo punto, è ineludibile.

DPEI 2/2023

⁶⁶ Cfr. M. CHILOSI, *La responsabilità*, cit., pp. 293 ss. e 295 ss. V. pure N. SELVAGGI, *La prevenzione*, cit., pp. 1873 ss.

Rassegna giurisprudenziale – Dalla giurisprudenza di merito

Diritto penale della sicurezza sul lavoro

La precedenza logica della prova del nesso di causalità rispetto alla colpa dei debitori di sicurezza di Ludovico Bin

Ricercatore di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia

Nota a Trib. Venezia, I sez. penale, sent. n. 371/2021

Oggetto del provvedimento

Assoluzione di tutti gli imputati in un procedimento per lesioni colpose gravi occorse a due lavoratori, in ragione dell'insufficienza della prova circa il nesso di causalità tra la condotta posta in essere dai lavoratori e l'evento lesivo.

Contenuto del provvedimento

Nel provvedimento in esame, il Tribunale di Venezia ha assolto i diversi imputati – il Presidente del CdA (datore di lavoro), il delegato alla Direzione Operativa dello stabilimento (dirigente), il direttore di produzione (dirigente), il direttore impiantistico (inquadrate, sembrerebbe, come preposto, dato l'accento sul ruolo di supervisione), il responsabile di reparto (preposto) e l'RSPP (anche nella veste di *Responsabile Sistemi di Gestione Qualità Ambiente e Sicurezza*) – dall'accusa di aver cagionato lesioni colpose gravi (artt. 590, comma 3, e 583, comma 1, n. 1, c.p.) a due lavoratori.

In particolare, l'evento lesivo si era verificato nell'ambito dell'attività di fusione di leghe di ferro (ferrolega-ferrocromo) in appositi forni a induzione, durante la quale era avvenuta l'esplosione di un forno e l'improvvisa fuoriuscita di materiale incandescente, causa delle lesioni riportate dai due lavoratori addetti alle operazioni.

Schematizzando, l'evento lesivo di lesioni sarebbe stato causato da un evento intermedio, l'esplosione, a sua volta causato da un primo evento. Secondo l'accusa, tale primo evento sarebbe stato causato da un errato utilizzo del forno, all'interno del quale sarebbe avvenuto un fenomeno di *cd. bridging*. In presenza di un fenomeno di tal fatta, le manovre di sicurezza previste dal manuale d'uso avrebbero imposto uno spegnimento immediato dell'impianto sino al suo completo raffreddamento; tuttavia, questa operazione non era stata posta in essere dai lavoratori. Tale inerzia era da attribuirsi,

sempre secondo l'accusa, ad una errata formazione del personale, figlia, a monte, di un'incompleta valutazione del rischio, posto che nel DVR non era possibile rintracciare alcuna menzione dello specifico rischio poi concretizzatosi. Pertanto, erano state contestate agli imputati diverse violazioni specifiche in materia antinfortunistica: oltre alle ormai consuete formule di stile – colpa generica consistita in negligenza, imperizia e imprudenza e colpa specifica per violazione dell'art. 2087 c.c. – erano contestate l'errata valutazione del rischio (artt. 18, 19 e 28 TUSL), il mancato rispetto degli obblighi inerenti all'utilizzo delle attrezzature e dei DPI (art. 71) e la conseguente formazione inadeguata dei lavoratori (art. 33).

Nonostante l'articolata individuazione delle norme violate dai singoli imputati, non è però sull'aspetto della colpa, ma su quello del nesso di causalità che si concentra l'attenzione del Tribunale di Venezia, e in particolare sulla ricostruzione di quel primo evento, cruciale perché è di fronte alla sua verifica che il manuale d'uso prescriveva il comportamento salvifico non attuato dai lavoratori, lo spegnimento immediato del forno, al quale sono connesse a cascata tutte le violazioni antinfortunistiche contestate agli imputati.

Se infatti nessun dubbio è ravvisabile in merito all'anello causale subito antecedente l'evento intermedio, l'esplosione, che sarebbe stata una conseguenza del contatto tra il materiale in fusione e le bobine di rame posizionate in una parte più esterna del forno, la ricostruzione del primo evento, che avrebbe portato il materiale fuso a oltrepassare il rivestimento refrattario interno del forno e quindi all'esplosione, non risulta sufficientemente provata ed anzi, appare confutata dalla perizia della difesa e dalle testimonianze delle vittime.

Secondo l'accusa, come detto, tale evento sarebbe consistito nel *bridging*, cioè nella formazione all'interno del forno di un agglomerato di materiale ancora solido, dovuta al suo scorretto inserimento: il materiale, incastrandosi, si sarebbe innalzato al di sopra del materiale fuso, creando un vuoto d'aria tra questo e sé stesso ed una sorta di tappo che avrebbe impedito la fuoriuscita di vapore, aumentando così la temperatura interna del forno fino a cagionarne l'esplosione.

Benché, come rileva il giudicante, l'accusa sembri a tratti equipararli, l'evento ricostruito dall'accusa è dunque strutturalmente assai diverso da quello della semplice formazione di una crosta sulla superficie del materiale fuso, causata dalla normale ossidazione e del tutto fisiologica e non pericolosa. Tuttavia, le testimonianze dei lavoratori attestano l'insorgenza soltanto di questo secondo fenomeno, che non richiede lo spegnimento dell'impianto bensì soltanto l'utilizzo di un apposito scalpello atto a rimuovere la crosta, operazione prontamente eseguita dai due lavoratori. Allo stesso modo, la perizia tecnica sui residui solidificatisi in seguito all'esplosione non rivelano la presenza di masse metalliche tali da far supporre l'effettiva verifica di un *bridging*.

Basterebbero dunque probabilmente questi rilievi per smontare la tesi accusatoria. Tuttavia, la ricostruzione del nesso prospettata merita qualche considerazione ulteriore. Come giustamente rileva il giudice, sono gli stessi termini in cui è formulata la perizia dell'accusa che non si accordano con i requisiti minimi per la prova del nesso di causalità: la perizia si esprime infatti in termini di mera probabilità rispetto al fatto che l'evento-esplosione sia stato causato dall'evento-*bridging*, in termini cioè neppure sufficienti per soddisfare lo *standard* probatorio del "più probabile che non" tipico del processo civile, e dunque ancor meno quello del "oltre ogni ragionevole dubbio" richiesto nel processo penale.

Come noto, a far data almeno dalla sentenza Franzese, la giurisprudenza non si accontenta più di una ricostruzione del nesso in termini di mera probabilità, cioè di aumento del rischio: l'individuazione di una causa potenziale dell'evento lesivo, se suffragata di una legge scientifica (anche probabilistica), rileva oggi solo come primo gradino sulla strada che conduce all'affermazione della sussistenza del nesso di causalità, quello cioè della cd. *causalità generale*. Ad essa deve poi immancabilmente seguire anche un'ulteriore valutazione, quello sulla cd. *causalità individuale*, all'interno della quale è necessario verificare l'alta probabilità logica che la causa identificata nel passaggio precedente come astrattamente idonea a produrre l'evento sia proprio quella che in concreto lo ha prodotto; valutazione che si esegue attraverso l'eliminazione dei fattori causali alternativi.

In questi termini, è facile constatare come la ricostruzione della perizia – e con essa dell'accusa – si arresti sul livello della *causalità generale*, senza procedere oltre: manca infatti un esame diretto ad escludere eventuali cause alternative, cosicché la ricostruzione in termini di probabilità non può raggiungere lo *standard* minimo richiesto per una valutazione in termini positivi sull'esistenza del nesso.

Né varrebbe obiettare che ove la legge scientifica di copertura sia "universale", descrivendo una situazione in cui la verifica del fattore causale produce sempre la verifica dell'evento, l'esame della causalità individuale risulterebbe inutile. Anche ammesso che esista un simile rapporto tra il *bridging* e l'esplosione verificatasi, nel caso di specie ciò non sarebbe infatti bastato a ritenere provato il nesso, perché manca una prova effettiva circa la verifica del *bridging*, cioè dello stesso fattore che si assume come causa dell'evento lesivo (e la sua esistenza è peraltro posta in forte dubbio dalle testimonianze delle vittime e dalla perizia della difesa): esso appare anzi ricostruito a ritroso, partendo dall'evento lesivo e tentando di dedurre da esso e dalle leggi scientifiche a disposizione del perito quale ne sia stata la causa.

Se una simile operazione non è di per sé inammissibile, essa richiede però che sia concretamente provata almeno l'inesistenza di fattori causali alternativi – prova che naturalmente ricade sull'accusa, non sulla difesa: solo attraverso la prova della causalità individuale si sarebbe cioè potuto "sanare" una

prova insufficiente circa l'effettiva verifica del *bridging*, e salvaguardare in tal modo il principio – più che di stretta legalità, come pure asserisce il giudicante – di personalità *ex art. 27.1 Cost.*

In assenza invece di una prova sicura circa l'alta probabilità logica (causalità individuale) o circa l'effettiva verifica del fattore che si assume come causa dell'evento, la prova del nesso di causalità, se anche si fosse basata su di una legge di copertura universale, non avrebbe dunque potuto dirsi raggiunta; e ciò vale a maggior ragione nel caso in cui la legge di copertura sia di tipo solo probabilistico.

Collegamenti con altre pronunce

La convincente argomentazione del Tribunale, del tutto slegata da aspetti connessi alla violazione di regole cautelari contestate agli imputati, dimostra in modo lampante la distanza tra il piano della causalità e quello della colpa, aspetti invece tradizionalmente sovrapposti in questo campo, con esiti “ipercolpevolisti”, dalla giurisprudenza (salvo qualche infrequente eccezione, soprattutto nella giurisprudenza di merito: v. ad es. Trib. Firenze, Sez. I, 7.1.2019, in *Dpei.it*, con nota di V. TORRE; Trib. Bologna, sent. n. 1250/2020, in *Dpei.it*, con nota di M. VENTUROLI; Trib. Bologna, sent. 2868/2020, in *Dpei.it*, con nota di L. BIN), che in tal modo riesce sempre a rintracciare un “dovere” non attuato oggettivamente in grado di evitare l'evento, a prescindere dalla sua *soggettiva* operatività ed esigibilità (per tutti *Castroonuovo, Profili*, 5 ss.; *Tordini Cagli*, 112 ss.; *De Lia*, 4322 ss.).

Inoltre, tale indebita sovrapposizione è anche stata utilizzata per superare ricostruzioni non sicure della dinamica causale naturalistica, sulla base dell'attribuzione di una autonoma efficacia causale in capo alla violazione della normativa infortunistica (v. ad es. Cass. pen., sez. IV, 11.02.2016, n. 22147, in *C.E.D.*, rv. 266858). Proprio su questo piano si può dunque apprezzare la pronuncia in esame, che, distinguendo i due piani, non ha colmato le lacune in punto di causalità attraverso una ricostruzione *ex post* di una precauzione idonea ad evitare l'evento (ad es.: lo spegnimento dell'impianto) la cui omissione avrebbe reso l'evento stesso causalmente attribuibile ai debitori di sicurezza.

Sulle modalità e gli *standard* di accertamento del nesso causale v., da ultimo, Cass. pen., Sez. III, 07.10.2020 (dep. 17.03.2021), n. 10209, in *C.E.D.*, rv. 281710; e Sez. IV, 15.05.2018, n. 46392, in *C.E.D.*, rv. 274272.

Dottrina e riferimenti bibliografici

D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, fasc. 4, pp. 1594 ss.

D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2019.

A. DE LIA, *La questione dell'autoesposizione a pericolo da parte della "vittima" nell'ambito degli infortuni sul lavoro: uno sguardo nel "giardino degli epiteti"*, in *Cass. pen.*, 2019, fasc. 12, pp. 4317 ss.

S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro: profili penali*, Torino, 2019, pp. 71 ss. (spec. pp. 110 ss.).

DPEI 2/2023

La responsabilità del datore di lavoro tra comportamento imprudente del lavoratore e principio di affidamento
di **Linda Pincelli**

Dottoranda di diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara

Nota a Trib. Parma, Giudice monocratico, 5 luglio 2021, n. 1051

Oggetto del provvedimento

Con la sentenza in esame il Tribunale di Parma assolve il datore di lavoro, imputato per il delitto di lesioni personali colpose ai sensi dell'art. 590 c.p. per colpa consistita in una inadeguata valutazione dei rischi, a seguito dell'incidente occorso a un dipendente a causa dell'investimento realizzato da altro lavoratore a mezzo di un transpallet semovente. La pronuncia si presta a fungere da esempio di buon governo dei principi sulla responsabilità per colpa del datore nell'ambito della sicurezza sui luoghi di lavoro in caso di comportamento imprudente addebitabile al lavoratore.

Contenuto del provvedimento

1. Il caso

L'imputazione di lesioni personali colpose traeva origine dalla condotta dell'imputato, il quale, nella sua qualità di datore di lavoro, per colpa consistita nella violazione dell'art. 28, co. 2 lett. a), d. lgs. 81/2008 in combinato disposto con l'art. 17, lett. a), del medesimo decreto, non predisponendo un adeguato documento di valutazione dei rischi (DVR) relativamente ai pericoli corsi dai dipendenti amministrativi con funzione di "supervisor operativi" allorché operanti all'interno dei magazzini simultaneamente agli addetti alle attività di movimentazione merci. Rischi che si concretizzavano nella giornata del 21 dicembre 2017, quando un impiegato, incaricato di controllare la corrispondenza tra la merce stoccata in magazzino e quanto riportato nella bolla di trasporto, veniva investito da un altro lavoratore alla guida di un transpallet semovente, procurandosi una frattura in sede lombare giudicata guaribile in 40 giorni.

Quanto alla dinamica dell'infortunio, si apprendeva, anche grazie alle informazioni acquisite in occasione del sopralluogo, che il dipendente della S.r.l. ***, con mansione di supervisore operativo, si trovava a svolgere l'operazione di cd. quadramento del carico, rientrante tra le sue funzioni, all'interno del magazzino, di appannaggio prevalente (ma non esclusivo) della cooperativa ***, appaltatrice della S.r.l. e deputata alle operazioni di facchinaggio. In tale frangente, un dipendente della cooperativa, alla guida di un transpallet carico di una gabbia metallica contenente colli e sporgente di circa 23 cm per

lato, sopraggiungendo in retromarcia, non si avvedeva della presenza del lavoratore, che, colpito dal mezzo, cadeva a terra.

Il datore di lavoro, responsabile della predisposizione del DVR e dell'osservanza degli obblighi in materia antinfortunistica, veniva pertanto tratto in giudizio sul presupposto dell'inadeguatezza delle prescrizioni prevenzionistiche, segnatamente quelle volte ad anticipare i rischi derivanti dall'interazione tra il personale amministrativo a piedi e quello alla guida di mezzi semoventi all'interno del magazzino.

2. La decisione

Il Tribunale di Parma, dopo un'attenta ricostruzione dello svolgimento dei fatti quali risultanti dall'istruttoria dibattimentale, impreziosita dagli apporti forniti dal consulente della difesa circa le disposizioni pertinenti del DVR nonché del documento relativo alla valutazione dei rischi da interferenza (DUVRI), assolve il datore di lavoro dell'impresa appaltante dal reato di lesioni colpose provocate al dipendente di quest'ultima, ritenendo che, nel caso di specie, l'evento infausto sia dipeso esclusivamente dal comportamento imprudente del lavoratore della ditta appaltatrice, in palese violazione delle prescrizioni riportate nel DUVRI, da considerarsi invero adeguato nell'esplicita valutazione dei rischi.

Per giungere a tale conclusione, il giudicante dapprima riafferma con forza l'obbligo generale ed esclusivo gravante sul datore di lavoro *ex artt. 17 e 28 d. lgs. 81/2008* secondo cui questi è tenuto alla valutazione e individuazione dei rischi legati allo svolgimento delle mansioni nel luogo di lavoro e alla conseguente elaborazione del documento, cd. "di Valutazione dei Rischi", nel quale ciascun rischio sia attentamente misurato e accompagnato dall'indicazione delle misure di prevenzione atte a prevenirlo; quindi, ritiene che la condotta imprudente del lavoratore impegnato alla guida del mezzo, pur senza giungere ad integrare gli estremi del comportamento abnorme, e a fronte della formazione garantita a tutti i dipendenti (inclusi quelli dell'impresa appaltatrice) nonché dell'adeguata valutazione dei rischi e delle annesse cautele, avrebbe interrotto il nesso di causalità tra l'addebito mosso nei confronti del datore di lavoro e l'infortunio, avendo essa stessa determinato tale evento. Ne consegue logicamente l'esonero del datore di lavoro da qualsivoglia responsabilità penale.

3. L'utilizzo della formula assolutoria "il fatto non sussiste": la misura oggettiva della colpa

L'opzione, fra le possibili formule assolutorie, per quella secondo cui "il fatto non sussiste" offre interessanti spunti di riflessione sul tema della ricostruzione sistematica dell'istituto della colpa, in apparenza di natura squisitamente teorico-dogmatica, ma con evidenti ricadute pratico-applicative.

Senza alcuna pretesa di esaustività su un tema storicamente assai ‘frequentato’ dalla dottrina italiana, occorre rammentare brevemente come la primigenia concezione psicologica della colpa – variamente composita nell’esaltare ora l’aspetto della prevedibilità o della evitabilità, ora l’elemento dell’errore, così identificando la colpa quale “difetto di volontà” o “errore inescusabile” – sia stata superata dalla cd. concezione normativa della colpa. L’incapacità di fornire un’adeguata e precisa definizione del coefficiente volontaristico sotteso all’azione costituente il reato ha cioè determinato, salvo qualche eccezione, il tramonto della corrente psicologica a favore di un processo di normativizzazione della colpa, volto a identificare il tratto saliente della stessa nel comportamento inosservante di regole cautelari di condotta funzionali alla prevenzione di danni.

D’altro canto, anche le tendenze oggettivizzanti della dottrina, spintasi sempre più nel senso di un’esasperata esaltazione della tipicità del reato colposo quale atto contrario alla diligenza doverosa, ma altresì quale accadimento di un evento naturalistico rappresentante l’estrinsecazione del rischio che il rispetto della regola cautelare avrebbe evitato, hanno finito per evidenziare alcuni profili problematici in quanto eccessivamente sganciate da qualsivoglia individualizzazione o personalizzazione del giudizio di colpa.

In un simile quadro di elaborazioni dottrinali, tutte volte a individuare il tratto caratterizzante della colpa al fine di un suo corretto inquadramento dogmatico, ma non prive di aporie logiche, si è fatta via via strada l’intermedia e più moderata teoria cd. della doppia misura della colpa, in grado di meglio soddisfare le costituzionali esigenze di garanzia della colpevolezza in un diritto penale “del fatto”. Secondo tale teoria, che raggruppa l’essenza di ciascuna delle teorie “unilaterali” pure, l’illecito colposo consta di due momenti irriducibili: un primo momento, di carattere oggettivo, attinente al piano materiale della violazione di regole doverose di condotta, siano esse generali o specifiche; un secondo momento, di tipo soggettivo, ravvisabile nella rimproverabilità al soggetto di quella inosservanza, il cui rispetto poteva essere preteso.

Orbene, è proprio con questa cadenza che si realizza il vaglio di responsabilità nel caso che ci occupa: il giudice, individuato rispettivamente nel datore di lavoro dell’appaltante il titolare della posizione di garanzia *ex art. 40 cpv c.p.* e nell’art. 26 d. lgs. 81/2008 la fonte degli obblighi per costui in materia prevenzionistica per i rischi interferenziali in caso di affidamento di lavori mediante contratto d’appalto, verifica non solo la presenza nel DUVRI – e non già nel DVR – dell’esplicita valutazione del rischio di incidenti tra carrellisti e dipendenti amministrativi presso il magazzino, con annesse prescrizioni per i primi, ma altresì l’avvenuta formazione di tutti i lavoratori. Ne consegue l’esclusione della responsabilità del garante.

L’adesione, da parte del giudicante, alla citata “teoria mista” è senz’altro condivisibile giacché, non ravvisando la violazione di alcuna regola cautelare, ritiene logicamente non doversi procedere

all'ulteriore accertamento della colpevolezza *stricto sensu* considerata. Per dirla altrimenti, se la colpa è anzitutto “*un problema di fatto tipico*”, in assenza di qualsivoglia condotta “oggettivamente colposa”, non residuano ragioni per interrogarsi sulla misurabilità della rimproverabilità al soggetto agente, considerato alla luce delle sue conoscenze, esperienze e capacità, di una condotta negligente che, appunto, non è stata tenuta.

Nella decisione, peraltro, si fa buon governo del principio secondo cui, in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, l'obbligo di garantire la sicurezza di tutti coloro che si trovino nei locali adibiti al lavoro (anche dei terzi che entrino in contatto con l'azienda), gravante sul datore, non si esaurisce nella mera predisposizione scritta delle misure di prevenzione relative ai rischi specifici corsi, ma implica altresì che lo stesso si attivi per realizzare concretamente le cautele e per garantire la formazione dei lavoratori. A tali oneri, per vero, la giurisprudenza di legittimità accosta ormai da lungo tempo, in ossequio al dato normativo (art. 18, co. 3-*bis*, d. lgs. 81/2008), anche l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro sul rispetto delle prescrizioni da parte del personale. Benché tale aspetto non sia stato attenzionato dal giudice nel caso in esame, non essendo la *cd. culpa in vigilando* oggetto di contestazione, in questa sede ci si può limitare a ricordare come la verifica dell'osservanza di tale obbligo da parte del garante (da effettuarsi sempre in concreto) si spinga fino all'apprezzamento quantomeno della conoscibilità, se non anche di una vera e propria consapevolezza, della ricorrenza di comportamenti scorretti da parte dei lavoratori. Ciò in perfetta coerenza con il criterio della esigibilità dell'osservanza della regola cautelare mancata, che costituisce presupposto indefettibile del processo di individualizzazione della responsabilità colposa.

Ma se così non è, come nel caso *a quo*, ove si accerta un difetto di materialità dell'illecito colposo contestato, *id est* un difetto di tipicità, appare allora condivisibile l'approdo del giudice parmense nel senso dell'assoluzione dell'imputato con la corrispondente formula liberatoria.

Eppure, la valorizzazione compiuta nella decisione in esame della dimensione oggettiva e normativa della colpa quale primo *step* nell'accertamento della responsabilità penale non rappresenta affatto, in giurisprudenza, una prassi consolidata, registrandosi, al contrario, soluzioni non sempre univoche.

È difatti ad essa pressoché coeva una pronuncia in cui, all'esito di una vicenda processuale del tutto analoga, dopo aver accertato una corretta valutazione dei rischi e lo svolgimento di adeguate attività formative per i lavoratori, il Tribunale di Bologna assolve il legale rappresentante dell'impresa, imputato per le lesioni subite da un lavoratore a seguito di un incidente con altro dipendente, ponendo tuttavia l'accento sulla prevedibilità del comportamento incauto di quest'ultimo da parte del responsabile e concludendo per l'impossibilità di muovere un giudizio di rimprovero in capo a questi; da cui l'assoluzione perché il fatto non costituisce reato.

Orbene, non è da escludere che un simile e diverso approdo, che slitta dal piano dell'elemento oggettivo-normativo del reato – pur dopo averlo ritenuto non integrato – a quello soggettivo, costituisca una reminiscenza di quel retaggio passato, abituato, come del resto suggerisce l'art. 43 c.p., a definire il reato colposo per il tramite dell'elemento psicologico quale mancata previsione di un evento prevedibile (ed evitabile).

Ad ogni modo, tornando al caso qui in esame, si può completare la riflessione relativa al tipo di formula assolutoria adoperata come segue.

A ragione si sostiene che il mancato rilevamento della violazione delle misure di prevenzione imposte al datore di lavoro, nell'impedire l'individuazione della condotta etiologicamente collegata all'infortunio, determina un *vulnus* sul piano della tipicità. Tuttavia, non passa inosservato il fatto che il giudice, spostando l'attenzione dalla figura del datore di lavoro a quella del lavoratore alla guida del transpallet, evidenzia sostanzialmente la condotta negligente di questi all'origine dell'incidente del 'collega' e, per questa via, imputa proprio al lavoratore – ancorché implicitamente – l'evento.

Vi è da chiedersi, allora, se non fosse preferibile il ricorso alla formula di proscioglimento attestante che l'imputato non ha commesso il fatto, anch'essa attinente al piano della tipicità e comunque pienamente assolutoria per il datore di lavoro ma maggiormente aderente ai fatti così come processualmente accertati, rispetto alla formula utilizzata dal giudice (perché il fatto non sussiste).

La possibile ragione di tale esito è da rinvenirsi, come meglio si dirà nel prosieguo, nel ruolo tuttora centrale del datore di lavoro quale responsabile dell'adempimento dei maggiori obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza alla luce della disciplina positiva, e in una visione del lavoratore, certo coinvolto nel sistema di sicurezza aziendale, ma ancora in massima parte inquadrato come persona "protetta" piuttosto che come responsabile.

4. Il comportamento "colposo" del lavoratore quale causa interruttiva del nesso eziologico: riflessioni sul principio di affidamento

L'argomento relativo al comportamento "colposo" del lavoratore all'origine dell'incidente, seppur speso – ancora una volta – ai fini dell'esclusione della misura oggettiva del reato per il venir meno del nesso di causalità tra la condotta addebitata all'imputato e l'evento (dunque, a conforto della conclusione assolutoria nei confronti del datore di lavoro), offre, ulteriormente, materiale di dibattito su un altro tema cruciale: quello di un pieno ed effettivo riconoscimento del cd. principio di affidamento.

Prima di ricordare, a beneficio del lettore, cosa si intende con tale espressione, può essere utile una breve digressione per dare conto delle evoluzioni che hanno interessato il grado di responsabilità del datore di lavoro in materia antinfortunistica.

Muovendo da un modello “iperprotettivo”, quasi esclusivamente incentrato sulla responsabilità del datore di lavoro quale garante della sicurezza, tenuto non solo a fornire i dispositivi di sicurezza adeguati, ma altresì ad un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori, si è transitati verso un modello maggiormente collaborativo, anche detto di “sicurezza partecipata”. Ci si avvede di tale modello osservando l’impianto normativo di rispettivo riferimento: se la logica prevenzionistica che ha ispirato la legislazione degli anni ’50 del secolo scorso appariva orientata a fare del datore di lavoro l’unico destinatario degli obblighi di osservanza della normativa in materia, anche in relazione a quanto tradizionalmente previsto ai sensi dell’art. 2087 c.c., in un secondo momento, le modifiche apportate dal d. lgs. n. 626 del 1994 e, da ultimo, con il d. lgs. 81/2008, hanno determinato un ampliamento della platea dei garanti della sicurezza nel lavoro. Tra questi, il lavoratore, per quel che qui interessa, si è visto attribuire un ruolo attivo, non più di mero “creditore” della tutela accordata dalle norme sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, essendo *in primis* tenuto all’osservanza degli obblighi generali prescritti dall’attuale art. 20 T. U. sulla sicurezza, che gli impongono il rispetto della formazione, delle istruzioni e dei mezzi forniti dal datore di lavoro, nonché, più in generale, di agire sempre con diligenza, prudenza e perizia.

In questo scenario si inserisce il principio di affidamento, definibile come la possibilità per i consociati di confidare che ciascuno si comporti osservando le regole precauzionali riferibili al modello di agente proprio dell’attività svolta. Ciò si traduce, nel contesto della sicurezza sul lavoro, nella legittima aspettativa in capo al datore di lavoro che abbia compiutamente adempiuto ai propri obblighi (essendo, beninteso, ancora il principale referente della legislazione antinfortunistica), a che anche gli altri soggetti con cui condivide una serie di doveri di diligenza – tra cui, appunto, i lavoratori – osservino le regole cautelari loro facenti capo.

Ne dovrebbe derivare, nella pratica, il riconoscimento, a fronte dell’adozione di tutte le misure antinfortunistiche necessarie e di un’adeguata formazione del personale, di un esonero di responsabilità del datore di lavoro qualora l’evento infausto fosse conseguenza della condotta deliberatamente assunta dal lavoratore in contrasto con le prescrizioni impartite.

Se la progressiva autoresponsabilizzazione del lavoratore, che sarebbe idonea a erodere le ipotesi di penale responsabilità del titolare della posizione di garanzia, ha incontrato, nella materia legata agli infortuni sul lavoro più che altrove, forti resistenze nella giurisprudenza – nonostante l’avvicendamento del principio “*dell’ontologica irrilevanza della condotta colposa del lavoratore*” a favore della logica legata al concetto dell’“*area di rischio*” – parrebbe assistersi, oggi, a un’inversione di tendenza, nella cui scia si inserisce la pronuncia in commento.

Invero, accanto alle più ricorrenti e tradizionali pronunce volte a escludere la penale responsabilità del datore di lavoro in caso di comportamento “abnorme” del lavoratore, dove per tale si

intende “*un’attività del tutto estranea al processo produttivo o alle mansioni attribuite*”, ma altresì “*quella condotta che, pur rientrando nelle mansioni lavorative proprie del lavoratore [...], sia consistita in qualcosa di radicalmente, ontologicamente lontano dalle pur ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nell’esecuzione del lavoro*”, si affermano letture sempre più affinate del concorso colposo del lavoratore rilevante ai fini penali. In tal senso, si è giunti a riconoscere la responsabilità del garante solo nella misura in cui la condotta del dipendente, ancorché negligente, imprudente o imperita, sia comunque riconducibile all’area di rischio propria della mansione svolta; ovvero, eccezionalmente, in caso di comportamento in astratto riconducibile al concetto di abnormità, ma prevedibile ed evitabile da parte del datore di lavoro in ragione della prassi invalsa tra i lavoratori (e conosciuta o conoscibile dal garante) a disattendere le prescrizioni di volta in volta considerate.

Nella pronuncia in commento si compie un passo ulteriore: poiché il datore di lavoro aveva vietato ai dipendenti della società appaltatrice di compiere la specifica attività di movimentazione delle gabbie utilizzando i transpallets e aveva assolto tutti i doveri a lui imposti, mentre il lavoratore aveva tenuto la condotta proibita, in spregio delle regole precauzionali previste in caso di utilizzo del mezzo, sul piano eziologico l’unica condotta riconducibile alle lesioni patite dall’altro lavoratore non può che essere quella del carrellista.

Si assiste, allora, a un importante recupero del principio di affidamento, indispensabile alla piena soddisfazione, in una materia scandita da un’intricata ripartizione di compiti e oneri quale la tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro, del principio della personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1, Cost).

Se così non fosse, specie in un caso come quello in esame, caratterizzato dall’atteggiamento imprudente del lavoratore a fronte di una condotta corretta del datore di lavoro, ci si rivolgerebbe verso pericolose forme di responsabilità da posizione di quest’ultimo, per il sol fatto della qualifica rivestita nell’organigramma aziendale, deputato allo svolgimento di attività rischiose; ciò che, secondo illustre dottrina, finirebbe per identificare la colpa penale “*come mera “allocazione” di responsabilità in capo a soggetti in posizione di garanzia*”.

Una simile impostazione sarebbe doppiamente inaccettabile. Da un lato, si darebbe spazio a vere e proprie forme di responsabilità oggettiva, in spregio ai principi costituzionali che permeano il diritto penale; dall’altro, ne deriverebbe un ostacolo insormontabile all’esercizio di attività economiche rischiose, poiché gli operatori, costretti ad assumersi un rischio eccessivo, derivante da tutte le possibili conseguenze della propria ed altrui condotta, verosimilmente opterebbero per astenersi dall’attività stessa.

Merita, in definitiva, di essere valorizzata l'attenzione posta dal giudice del merito, nella sentenza qui in commento, nell'individuazione degli obblighi facenti capo, rispettivamente, al datore di lavoro e al dipendente, nell'ottica di un corretto accertamento della responsabilità penale per colpa. Attenzione che lascia ben sperare circa un percorso giurisprudenziale ancora in divenire, ma senz'altro un poco più orientato nel senso di un commiato da forme di responsabilità da posizione.

Collegamenti con altre pronunce

Oltre alla pronuncia già citata in sede di trattazione relativamente alla tendenza, nella pratica, ad una valorizzazione della misura soggettiva della colpa, anche in difetto di materialità della condotta tipica (Trib. Bologna, 19.10.2020, n. 2868, dep. 04.01.2021), v., *ex plurimis*, nella giurisprudenza di legittimità: Cass. Pen., Sez. IV, 10.02.2016, n. 8883.

È invece di poco anteriore rispetto alla decisione in commento una pronuncia della Sezione IV della Cassazione nella quale i giudici, pur richiamando l'esigenza di accertamento della conoscenza o conoscibilità da parte del garante di prassi comportamentali contrarie alle disposizioni in materia antinfortunistica in un'ottica di individualizzazione del giudizio di responsabilità, avendo riscontrato l'assenza di violazioni di regole cautelari da parte del datore di lavoro, annullano la sentenza impugnata ricorrendo alla formula assolutoria "*perché il fatto non sussiste*". Il riferimento è alla già citata sentenza Cass. Pen., Sez. IV, 03.12.2020, n. 12137, dep. 31.03.2021, *B.E.*

Sulla eccentricità del rischio prodotto dalla condotta negligente o imprudente del lavoratore tale da condurre ad un esonero di responsabilità del datore di lavoro, si veda poi, massimamente, Cass., SS. UU., 24.04.2014, n. 38343, dep. 18.09.2014, *Espenhahn e altri*.

Dottrina e riferimenti bibliografici

M. BELLINA, *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura*, in *Cass. pen.*, 2008, fasc. 3, pp. 1007 ss.

L. BIN, *Esistono anche dei limiti alla responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio occorso al lavoratore imprudente: l'assenza di un rischio illecito alla base*, in *DPEI*.

S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2007.

S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, pp. 73 ss.

D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in ID., F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI (a cura di), *Sicurezza sul lavoro: profili penali*, Torino, 2019, pp. 285 ss.

- D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.
- D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch. pen.*, 2019, fasc. 2.
- O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.
- M. DONINI, R. ORLANDI, *La parabola della colpa*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, 2013, pp. 18 ss.
- F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.
- M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.
- M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- G. MORGANTE, *Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 9, pp. 3319 ss.
- A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020.
- M. RONCO, *La colpa in particolare*, in ID. (a cura di), *Commentario sistematico al Codice Penale*, II, t. 1, Bologna, 2007, pp. 537 ss.
- S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI (a cura di), *Sicurezza sul lavoro: profili penali*, Torino, 2019, pp. 71 ss.

Ancora una decisione in materia di responsabilità del datore di lavoro per infortuni auto-inferti dal lavoratore: alla ricerca di nuove soluzioni mediante il reimpiego di vecchi paradigmi di Jacopo della Valentina

Dottorando di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara

Nota a Tribunale di Pavia, 6 settembre 2021 (ud. 8 giugno 2021), n. 1014

1. Premessa

Con una sentenza che può senz'altro definirsi 'fuori dal coro', il Tribunale di Pavia¹ rompe la monotonia negli epiloghi decisori della copiosa giurisprudenza² – di legittimità e di merito – formatasi in materia di responsabilità del datore di lavoro per infortuni auto-inferti (o inferti ad altri) da parte del lavoratore.

È tuttavia doverosa, sin da subito, una precisazione: una sentenza fuori dal coro, ma esclusivamente negli esiti.

La decisione perviene infatti alla assoluzione del datore di lavoro imputato del delitto di lesioni personali gravi colpose, ai sensi degli artt. 40 cpv., 590, co. 1 e 2 – in relazione all'art. 583, co. 1 n. 1) – e 3 c.p., purtuttavia mantenendosi fedele alla ormai decennale impostazione dogmatica adottata dalla giurisprudenza in materia, fondata – come noto – sulla eventuale (e del tutto sporadica) interruzione del nesso causale (tra la condotta del datore e l'evento lesivo) ad opera di condotte del lavoratore o di terzi. Condotte in tal senso rilevanti soltanto se idonee a superare il 'test' cristallizzato nelle ricorrenti, quanto anguste formule della 'assoluta anomalia ed eccezionalità, al punto da risultare abnorme'³ ovvero – in alternativa e più di recente – della 'eccentricità ed esorbitanza dalla sfera di rischio del titolare della posizione di garanzia'⁴.

Nihil novi – come si diceva – nella sentenza in commento, che ancora una volta imposta il ragionamento decisorio sul paradigma dell'art. 41 cpv. c.p. prediligendo – nello specifico – il secondo degli orientamenti giurisprudenziali summenzionati.

Volendo anticipare le conclusioni, dalla lettura della sentenza permane un sapore dolcemente amaro.

¹ Trib. Pavia, 8 giugno 2021 (dep. 6 settembre 2021), n. 1014.

² Cfr., tra le più recenti e senza pretesa di esaustività, Cass. pen., Sez. IV, 24 giugno 2019, n. 27787; Sez. IV, 4 aprile 2019, n. 14910; Sez. IV, 20 marzo 2019, n. 12407; Sez. IV, 18 gennaio 2019, n. 2316; Sez. IV, 25 febbraio 2019, n. 8088; Sez. IV, 21 gennaio 2019, n. 2590; Sez. IV, 27 dicembre 2018, n. 58272; Sez. IV, 18 dicembre 2018, n. 56950.

³ Per cui v. Cass. pen., Sez. IV, 14 gennaio 2014, n. 7364; Sez. IV, 2 marzo 2016, n. 8591; Sez. IV, 25 settembre 2009, n. 42502; Sez. IV, 15 novembre 2007, n. 6268; Sez. IV, 29 marzo 2007, n. 12762; Sez. IV, 12 settembre 2006, n. 31110; Sez. IV, 16 maggio 2006, n. 20272; Sez. IV, 21 giugno 2004, n. 27851, alcune delle quali citate nella sentenza in commento.

⁴ In questo senso, per esempio, Cass. pen., Sez. IV, 27 marzo 2017, n. 15124; Sez. IV, 20 marzo 2019, n. 12407.

Dolce – come è intuibile – quanto agli esiti, laddove si consideri che la dottrina appare (comprensibilmente) quasi rassegnata nel rilevare come fino a quando il tema verrà impostato sul solo versante oggettivo del nesso causale, sarà sempre individuabile una qualche carenza organizzativa per ritenere che il datore di lavoro sia responsabile⁵.

Amaro quanto all’impianto motivazionale, che non s’arrischia ad abbandonare l’*imprinting* ‘ipercolpevolista’⁶ della giurisprudenza succitata. Non può infatti non suscitare stupore – specie alla luce dell’esito assolutorio – la assenza all’interno della decisione di qualsiasi richiamo ai profili di colpevolezza sottesi al caso di specie. A riguardo, giova infatti rammentare come sulla tematica in esame si registri un evidente disallineamento tra giurisprudenza e dottrina: alla prima, fedele ad una lettura degli infortuni auto-inferti in chiave puramente causale, fa fronte la dottrina più attenta, diversamente orientata a declinare la problematica in termini di colpevolezza focalizzandosi, in specie, sui c.d. profili relazionali della colpa⁷.

Come noto, la quasi certezza dell’esito condannatorio del datore di lavoro ha da tempo indotto diversi studiosi ad analizzarne la condotta (anche) alla luce di un più concreto parametro di inesigibilità, capace di conferire maggiore rilievo alle plurime sfere di rischio sussistenti nell’ambiente di lavoro⁸ e, in particolar modo, ad una dimensione di autoreponsabilità⁹ del lavoratore. Più specificamente, la c.d. *culpa per relationem* troverebbe la sua *ratio essendi* nella transizione da un modello di sicurezza iperprotettivo ad uno partecipativo e multilaterale¹⁰ – nel quale viene assegnato un ruolo attivo anche al lavoratore – come confermerebbe la positivizzazione dello stesso all’interno del T.U. del 2008. In altre parole (ma vi si ritornerà nel prosieguo) appare mutata la concezione che l’ordinamento avrebbe delle

⁵ In questi termini D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, spec. p. 237; ID., *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoreponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, p. 8; L. CARRARO, *Il comportamento gravemente colposo del lavoratore e la responsabilità del datore di lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, p. 248; nello stesso senso, cfr. altresì D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, spec. p. 324.

⁶ Così D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali*, cit., p. 5.

⁷ Sulla *culpa per relationem* cfr., in particolare, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004; D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa*, cit., pp. 236 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003; A. PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2, pp. 105 ss. nonché, più di recente, ID., *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposte per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, pp. 233 ss.

⁸ Riconducibili a diversi soggetti tra cui, senza pretesa di esaustività, il delegato e i sub-delegati, i dirigenti, il R.S.P.P., i preposti, i lavoratori stessi, il fabbricante, il fornitore, l’installatore.

⁹ Sul principio di autoreponsabilità v. i saggi raccolti in M. RONCO-M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoreponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti*, Torino, 2020. Più di recente, cfr. M.L. MATTHEUDAKIS, *Prevedibilità e autoreponsabilità della “vittima”: uno sguardo critico e propositivo alla casistica*, in *Leg. pen.*, 25 ottobre 2022.

¹⁰ Cfr. D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali*, cit., p. 14.

figure-tipo di datore e lavoratore: se un tempo il primo era da considerarsi una sorta di ‘superuomo’, ‘garante anche della correttezza dell’agire del lavoratore’¹¹, il quale costituiva invece costante pericolo per sé stesso, si assisterebbe oggi ad un rapporto più equilibrato, che permette di non ritenere rimproverabile il datore ad ogni costo.

A lungo trascurata dalla giurisprudenza, siffatta ‘scelta di campo’ ha – per vero cautamente – cominciato a trovare accoglimento in seno ad alcune recenti pronunce¹² della Suprema Corte, a conferma (non ancora di un mutamento di paradigma, ma se non altro) di una emersione *in nuce* dei profili relazionali della colpa anche nella prassi.

Un indirizzo su cui la decisione in esame non ritiene tuttavia di soffermarsi, neppure fugacemente, in tal modo sviluppando un impianto motivazionale prevedibile, ma – sia concesso – non più così attuale.

2. I profili fattuali della vicenda

Il procedimento esitato nella sentenza in commento originava da due episodi, curiosamente sovrapponibili quasi in ogni profilo: a distanza di qualche mese, la *stessa* persona offesa subiva lo *stesso* tipo di infortunio scaturito dalle *stesse* dinamiche.

In entrambe le occasioni, infatti, la vittima – operaio addetto alla linea automatica adoperata per lo stampaggio delle spine all’interno di uno stabilimento dedicato alla lavorazione e alla rifinitura di conduttori elettro-telefonici e affini – interveniva manualmente per rimuovere alcuni cavi incastrati nello stampo inferiore della linea automatica, costituita da una pressa protetta da ripari in plexiglass e dotata di microinterruttori di sicurezza. Identiche, come anticipato, le dinamiche del primo e del secondo episodio: dopo aver arrestato la macchina, disabilitando il funzionamento dei predetti dispositivi di sicurezza e avendo altresì collocato il cartello del divieto di accesso per l’intervento in corso, il lavoratore districava manualmente i cavi; nel frattempo, tuttavia, i colleghi che lo coadiuvavano rimettevano in moto il macchinario, nonostante la persona offesa vi stesse ancora lavorando, provocando a quest’ultima lesioni personali gravi e, segnatamente, lo schiacciamento della mano sinistra¹³.

Il datore di lavoro veniva tratto a giudizio per il delitto di cui agli artt. 40 cpv., 590, co. 1 e 2 – in relazione all’art. 583, co. 1, n. 1) – e 3 c.p. per non aver impedito le lesioni subite dalla persona offesa,

¹¹ D. MICHELETTI, op. cit., p. 324.

¹² In particolare, rileva Cass. pen., Sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32507, per cui v. *amplius infra*, § 4.2.

¹³ Più specificamente, in occasione del secondo episodio la persona offesa riportava una frattura con amputazione parziale della falange distale del pollice destro.

avendo omesso di ‘adottare misure tecniche ed organizzative, tra le quali l’adozione di predeterminate modalità operative, segnali luminosi e/o acustici, dispositivi tecnici di sicurezza, ed altro’¹⁴.

Significativi – per la risoluzione del caso – alcuni elementi fattuali emersi nel corso del dibattimento: in particolare, tutti i soggetti coinvolti avevano ricevuto adeguata informazione sulla procedura prevista per gli interventi di sicurezza; entrambi i lavoratori ‘terzi’ rispetto all’offeso riferivano di avere udito il segnale di riaccensione da parte di quest’ultimo; la stessa persona offesa ammetteva che l’intervento di manutenzione non richiedeva la presenza di più soggetti, bensì di uno solo¹⁵; le condizioni di comunicabilità erano buone, come confermato dalla consulenza tecnica della difesa, che accertava nel contesto lavorativo valori di rumore sotto-soglia rispetto a quelli previsti dalla normativa di settore.

3. La ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale contenuta nella decisione

Come enunciato in premessa, i fatti sottesi alla decisione in commento si pongono al crocevia tra il più classico paradigma di adeguatezza causale – ricondotto all’appiglio normativo dell’art. 41, co. 2, c.p. – e i più elastici profili relazionali della colpa.

Tematica – quest’ultima – che tuttavia in sentenza non viene toccata, neppure incidentalmente.

Al contrario, il giudice pavese procede ad una ordinata ricostruzione delle fondamentali posizioni dottrinali e dello stato dell’arte giurisprudenziale, costantemente mantenendosi entro il solo spettro della causalità, ritenuto ‘il reale punto su cui bisogna focalizzare l’attenzione’¹⁶.

Altrimenti detto, la riflessione del Tribunale appare integralmente incentrata sulla ‘valutazione in termini interruttivi del nesso causale del comportamento dei collaboratori della persona offesa’¹⁷.

3.1. Il formante dottrinale

Nella motivazione si muove, anzitutto, dal piano dottrinale.

¹⁴ Cfr. Trib. Pavia, sent. cit., pp. 3 ss. (capo di imputazione).

¹⁵ La decisione rilevava che la persona offesa stessa avesse ammesso che la effettuazione dell’intervento in assenza di soggetti terzi avrebbe persino accresciuto le condizioni di sicurezza, ‘perché soltanto il soggetto che stava operando avrebbe potuto riattivare la linea di produzione’ (cfr. Trib. Pavia, sent. cit., p. 5).

¹⁶ Trib. Pavia, sent. cit., p. 8.

¹⁷ Trib. Pavia, sent. cit., p. 6.

Più specificamente, la decisione ripercorre le diverse teorie elaborate intorno all'art. 41, co. 2, c.p., a partire dalla fondamentale bipartizione tra quanti riconoscono e quanti rinnegano un nucleo di autonomia concettuale alla suddetta disposizione¹⁸.

Come noto, l'ambigua formulazione dell'art. 41 cpv. c.p. ha da sempre posto la dottrina di fronte all'interrogativo sulla sua reale efficacia.

Da un lato, è stata sostenuta la irrilevanza di detta norma¹⁹, ritenuta un poco utile duplicato negativo del più generale principio della equivalenza causale, già enunciato all'art. 40, co. 1, c.p.; in detta prospettiva, essa si limiterebbe a regolare ipotesi fattuali nelle quali, ad una condotta *ex ante* idonea a produrre una determinata *species* di evento, ne succeda improvvisamente un'altra – attribuibile a soggetti terzi – che produca lo stesso tipo di risultato, con la conseguenza che la condotta iniziale non potrebbe dirsi davvero causale rispetto all'evento effettivamente integrato, risultando irrilevante in quanto ad essa si sarebbe sovrapposta una serie causale autonoma: soluzione raggiungibile – appunto – con l'ausilio del solo art. 40, co. 1, c.p.

D'altro lato, l'art. 41 cpv. c.p. è stato interpretato quale fattispecie-spia di criteri di valore 'diversi e successivi'²⁰ rispetto a quelli fondanti il nesso causale – per così dire – semplice. In particolare, le varie teorie facenti capo a tale impostazione trovano un comune denominatore nella esigenza di introdurre un giudizio di congruità capace di attenuare le asperità che talora irrigidirebbero il paradigma della causalità naturale.

Su queste ultime teorie si sofferma il Tribunale pavese che, seppur in poche righe, ricostruisce esaustivamente i tratti essenziali delle dottrine della causalità adeguata, della causalità umana e della imputazione obiettiva dell'evento, gettando le basi – come si vedrà – per il prosieguo della motivazione.

Muovendo dal condivisibile assunto secondo cui l'una sarebbe nata al precipuo fine di superare le obiezioni mosse all'altra, il giudice lombardo tratta la causalità umana²¹ unitamente alla causalità

¹⁸ Per una ricostruzione complessiva delle varie teorie elaborate sull'art. 41, co. 2, c.p. cfr. L. CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici (Parte I)*, in *Ind. pen.*, 2001, 4, 2, pp. 645 ss.; ID., *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici (Parte II)*, in *Ind. pen.*, 2001, 4, 3, pp. 1063 ss.; A. VALLINI, "Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica", in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2012, nonché ID., *L'art. 41, cpv., c.p. al banco di prova del diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in G. CASAROLI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-A. MELCHIONDA, *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, pp. 111 ss. Per ulteriori spunti v., di recente, M. DONINI, *Nesso di rischio e disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 1, *passim*. Più in generale, per una sintesi delle elaborazioni della dottrina italiana sulla causalità giuridico-penale si rinvia, per tutti, a G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013, spec. pp. 65 ss.

¹⁹ Tra cui, in particolare, G. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dogmatica*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993, pp. 470 s.; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 401 ss.

²⁰ A. VALLINI, "Cause sopravvenute da sole sufficienti", cit., p. 4.

²¹ Sulla quale v., naturalmente, F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, pp. 178 ss.

adeguata²², non mancando di porre in evidenza i numerosi punti di contatto. Entrambe focalizzate su una prognosi postuma – cui si accompagna un accertamento *ex ante* sulla congruità della condotta rispetto alle modalità di produzione dell’evento – le due teorie differiscono quanto al rigore nei presupposti, declinati nelle formule – rispettivamente – della atipicità e eccezionalità. Formule che – tuttavia – nella decisione in esame vengono indistintamente racchiuse all’interno del concetto onnicomprensivo (benché coniato in seno alla teoria della causalità umana) di ‘dominabilità’²³.

Il giudice pavese conclude quindi la propria ricostruzione richiamando sinteticamente la dottrina della imputazione obiettiva dell’evento. Come noto, le inefficienze sottese alla causalità umana e alla causalità adeguata – alle quali è stato variamente imputato di volersi estendere al concorso di cause antecedenti e concomitanti, non potendo così rinvenire un solido appiglio nell’art. 41, co. 2, c.p., letteralmente riferito alle sole ‘cause sopravvenute’; di affidarsi a parametri ‘gravemente indefiniti e manipolabili’²⁴; di sovrapporsi indebitamente al piano della colpevolezza²⁵ e, soprattutto, alle valutazioni in punto di prevedibilità – hanno indotto parte della dottrina al tentativo di adattare all’ordinamento interno la predetta teoria, di matrice tedesca. Teoria per l’appunto rievocata nei suoi tratti essenziali dalla decisione in commento che, ravvisandone il nucleo centrale nel ‘criterio di corrispondenza tra rischio suscitato e pericolo realizzato’²⁶, la definisce come volta a ricercare ‘lo scopo di tutela della norma’²⁷.

3.2. Il formante giurisprudenziale

Il preciso rinvio alle teorie in tema di concorso di cause sopravvenute – e, nello specifico, a quelle che riconoscono un ruolo autonomo all’art. 41, co. 2, c.p. – costituisce il ‘retroterra dottrinale’ su cui il Tribunale imposta la conseguente ricognizione giurisprudenziale.

In particolare, il giudice pavese rileva una corrispondenza tra i correttivi della causalità naturale – causalità adeguata e umana da un lato, imputazione obiettiva dell’evento dall’altro – e gli approdi giurisprudenziali che si sono succeduti in materia di responsabilità del datore di lavoro per condotte

²² Per cui cfr., *ex plurimis*, G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 12a ed., Padova, 1986, pp. 310 ss.; A.A. DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, 1975, pp. 180 ss.; E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, pp. 780 ss.

²³ Trib. Pavia, sent. cit., p. 9.

²⁴ Così A. VALLINI, op. ult. cit., p. 7.

²⁵ Cfr., in particolare, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8a ed., Bologna, 2019, pp. 260 e 262.

²⁶ Trib. Pavia, sent. cit., p. 10.

²⁷ Sulla teoria della imputazione obiettiva dell’evento v., soprattutto, M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; ID., voce *Imputazione oggettiva dell’evento (dir. pen.)*, in *Enc. dir., Annali III. Abuso del processo - Tutela dell’ambiente*, Milano, 2010, pp. 635 ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Milano, 2004.

auto-inferte da parte del lavoratore. Il formante pretorio (specie di legittimità, ma seguito altresì dalla giurisprudenza di merito) si è infatti sviluppato lungo due direttive fondamentali – rispettivamente fondate sui concetti chiave di ‘abnormità’ ed ‘esorbitanza’ – nonostante non siano mancati casi di ‘convivenza’ dei medesimi all’interno di un’unica pronuncia²⁸.

Un orientamento più risalente riconosceva la interruzione del nesso causale soltanto a fronte di comportamenti imprevedibili e del tutto eccezionali del lavoratore – compendiate nella formula della ‘abnormità’ – risolvendosi in esiti oltremodo restrittivi. Frequenti le perplessità espresse sul punto dalla dottrina: anche a causa della consueta contestazione dell’art. 2087 c.c., che obbligherebbe il datore nei confronti di *qualsiasi* tipo di rischio esistente all’interno dell’ambiente di lavoro, la giurisprudenza perveniva quasi inevitabilmente alla condanna dell’imputato²⁹, facendo nella sostanza degradare il concetto di abnormità ad una ‘formula tralatizia di un consolidato *Leitmotiv* giurisprudenziale’³⁰.

Allo scopo di fungere da correttivo agli eccessi repressivi della formula dell’abnormità, si affermava quindi un orientamento – inaugurato dalle Sezioni Unite nel caso *Thyssenkrupp*³¹ – che, mantenendosi negli argini oggettivi del nesso di causa, riconosceva la interruzione di quest’ultimo in presenza di condotte del lavoratore non tanto imprevedibili, quanto suscettibili di attivare ‘un rischio eccentrico ed esorbitante’ dalla sfera di rischio governata dal datore³². Evidente l’intento: attuare nella prassi giurisprudenziale la teoria della imputazione obiettiva dell’evento, sostituendo gli insoddisfacenti sviluppi pretori della causalità umana. Di scarso rilievo, tuttavia, le migliorie pratiche derivanti dalla suddetta sostituzione. Pur costituendo ancor oggi la formula più largamente impiegata dal formante giurisprudenziale nel risolvere i casi di imputazione colposa a seguito di infortuni auto-inferti dal lavoratore – tanto da essere adottata anche dalla decisione in commento – la stessa ha finito per ridursi a poco più che una vuota clausola di stile, potendosi sempre individuare un qualche addebito in capo al datore, laddove il rischio attivato dal lavoratore già ‘covasse’ all’interno dell’ambiente di lavoro³³.

Cambia la formula, restano immutati gli epiloghi decisori.

²⁸ Per esemplificazioni, si rinvia a D. CASTRINUOVO, op. ult. cit., p. 9.

²⁹ Cfr. *supra*, nt. 3.

³⁰ In questi termini A. ROIATI, *Rilevanza del concorso colposo del lavoratore nell’infortunio sul lavoro*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2869; analogamente – citando la giurisprudenza stessa – parla di ‘tranquillante uniformità’ M. GROTTI, *L’accertamento della causalità nell’ambito degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali. spunti per un dibattito*, in G. CASAROLI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-A. MELCHIONDA, *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, p. 296. Sulle difficoltà applicative del concetto di ‘abnormità’ nella giurisprudenza di legittimità v. F. MUCCIARELLI, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, in B. DEIDDA-A. GARGANI (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale. Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, in particolare pp. 218 ss.

³¹ Cfr. *Cass. pen.*, Sez. un., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, *Espenhahn e altri* dalla quale, per vero, sembra trasparire una certa sovrapposizione tra i due orientamenti enunciati, specie a seguito dell’impiego del concetto di ‘area di rischio’.

³² V. *supra*, nt. 4.

³³ D. CASTRINUOVO, op. ult. cit., p. 9.

Eccezion fatta per la sentenza in commento (e per pochi altri casi) che, come visto, accoglie il criterio della eccentricità/esorbitanza, ma al contempo si discosta dagli esiti del *trend* giurisprudenziale maggioritario, pervenendo alla assoluzione del datore di lavoro.

Premessa la ricognizione degli orientamenti esistenti in tema di causalità – tra dottrina e giurisprudenza – il giudice pavese conclude infatti aderendo al predetto orientamento, sostenendo che nella prassi si ‘faccia un uso inconsapevole ma preciso proprio della teoria del rischio e dello scopo della norma violata, che, infine, corrispondono ai criteri delineati dalla teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento’³⁴. Con la conseguenza che, calando tali principi nel caso di specie, ‘la sequenza causale innescata dal comportamento di [G.] e [P.] [...] rappresenta certamente una sequenza autonoma, da sola sufficiente a determinare l’evento, avendo creato un’area di rischio del tutto esorbitante rispetto a quella sottesa alla regola cautelare individuata dal Pubblico Ministero’³⁵.

4. *Luci e (soprattutto) ombre della sentenza in commento*

Al di là dell’epilogo decisorio, tuttavia, permangono diversi dubbi.

La sentenza in commento, pur definendo ‘inconsapevole ma preciso’ l’utilizzo che la giurisprudenza di legittimità fa dei correttivi alla teoria condizionalistica, a sua volta sembra tralasciare alcune riflessioni centrali nella analisi delle tematiche interessate dal caso di specie.

4.1. *La grande assente: la culpa per relationem*

Se la ricostruzione operata nella decisione del Tribunale lombardo appare esaustiva quanto agli orientamenti sviluppatasi intorno all’art. 41 cpv. c.p., la stessa si esaurisce tuttavia in una ricognizione limitata alle problematiche meramente oggettive del giudizio di responsabilità del datore per infortuni auto-inferti dal lavoratore, nella quale – al contrario – manca qualsiasi riferimento ai profili relazionali della colpa. Vero questo, è altrettanto vero che, in realtà, una tale omissione può giustificarsi nella misura in cui il giudice riesce a pervenire alla assoluzione dell’imputato già sul piano oggettivo, logicamente anteposto ad eventuali riflessioni in tema di colpevolezza e, più precisamente, di *culpa per relationem*. Ciò posto, riteniamo che, alla luce della sensibilità dimostrata dal tribunale pavese nella esegesi degli orientamenti anche dottrinali sottesi al nesso causale, avrebbe meritato maggiore attenzione altresì il vaglio delle dinamiche relazionali della colpa.

³⁴ Trib. Pavia, sent. cit., p. 13.

³⁵ *Ibidem*.

Ad ogni buon conto, il silenzio del giudice sulle predette tematiche non può certo definirsi un'anomalia, costituendo anzi quasi una costante nelle decisioni di legittimità e di merito: sul punto, è agevole rilevare come le inefficienze pratiche della valorizzazione dell'art. 41 cpv. c.p. in materia di responsabilità del datore di lavoro pure in presenza di condotte irrazionali del lavoratore siano avvinte alla ritrosia mostrata dalla giurisprudenza nel trattare (non tanto il tema della *culpa per relationem* quanto, più radicalmente) ogni valutazione in ordine alla colpevolezza dell'agente.

Circostanza resa ancor più evidente laddove si ripercorrono i passaggi motivazionali delle decisioni attinenti alla tematica in esame: terminato il vaglio sulla eventuale interruzione causale – peraltro ridotto, come visto, a poco più che una ‘formuletta pigra’ – in ogni motivazione sopraggiunge un automatismo tale per cui viene ritenuta integrata la penale responsabilità dell'imputato senza che sia spesa alcuna valutazione sui profili soggettivi di colpevolezza. Si assiste – in altri termini – ad un vero e proprio salto logico³⁶ tale per cui, una volta provati gli elementi sottesi all'art. 41 c.p., sarebbero per ciò solo provati altresì quelli di cui all'art. 43 c.p.: ‘una colpa appiattita sulla causalità, ed una causalità appiattita, a sua volta, sulla posizione di garanzia’³⁷. Risolvendosi tale tendenza giurisprudenziale in una *culpa in re ipsa*³⁸, inaccettabile perché – oltre a sancire quasi con certezza la condanna del datore di lavoro, a prescindere da qualsiasi peculiarità emergente dal caso di specie – capace di aggirare le fondamentali istanze del principio di personalità della responsabilità penale, costituendo una forma, neanche tanto occulta, di responsabilità oggettiva.

Allo scopo di evitare un improprio assorbimento della colpa nella causalità, rigettando i descritti automatismi, forieri di un consolidamento giurisprudenziale ‘ipercolpevolista’, la dottrina si è dedicata all'approfondimento delle dinamiche relazionali della colpa, muovendo dall'essenziale presupposto secondo cui essa sarebbe connotata da una struttura intrinsecamente *dinamica*³⁹.

Dinamica quanto alle fonti regolatrici che, prestandosi sempre meno ad essere ricondotte entro i rigidi schemi di colpa generica e colpa specifica, vanno vieppiù assumendo un carattere ibrido, sottoforma di modelli organizzativi, linee guida o *best practices*⁴⁰.

Dinamica, per quanto rileva in questa sede, con riguardo alle interrelazioni tra i soggetti presenti nei luoghi di lavoro.

³⁶ Così D. CASTRONUOVO, op. ult. cit., 11, ripreso altresì da L. CARRARO, op. cit., p. 248.

³⁷ Chiarissima, in questi termini, O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 76.

³⁸ Cfr. D. CASTRONUOVO, op. ult. cit., pp. 6 e 17.

³⁹ Cfr. D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa*, cit., pp. 224 s.

⁴⁰ Si tratta di forme ibride di regole cautelari che, nel complesso, darebbero vita ad una forma di ‘colpa protocollare’: sul punto, v. D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa*, cit., p. 2. Sulla crescente ‘normativizzazione’ della colpa, v. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, in particolare pp. 27 ss.

Lo dimostrerebbero plurimi istituti: dalla cooperazione colposa al concorso di condotte colpose indipendenti; dalla delega di funzioni alla ripartizione del ‘debito di garanzia’; dal principio di affidamento al – ecco il punto fondamentale – ruolo del lavoratore nella causazione dell’evento. Ebbene, è proprio il fitto intreccio di posizioni di garanzia (se non, più in generale, di relazioni) esistenti all’interno dell’organizzazione dell’ambiente di lavoro, variamente suddivise tra datore, dirigenti, preposti e altresì lavoratori, a rendere manifesta l’obsolescenza della concezione del datore quale ‘nume tutelare della sicurezza fisica del lavoratore nell’azienda [...] in grado non solo di prevedere, bensì anche di evitare qualsivoglia evento, compreso quello auto-procuratosi dal lavoratore per propria colpa’⁴¹. Con il logico corollario della inattualità in cui scade la lunga elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi intorno all’art. 41, co. 2, c.p., costantemente influenzata da un ragionamento per modelli d’agente in cui a un datore ‘totipotente’ corrispondeva un lavoratore ‘dissennato’⁴².

4.2. (segue) *Timide aperture giurisprudenziali ai profili relazionali della colpa*

La prospettiva descritta risulta ulteriormente corroborata dalla attuale formulazione del T.U. del 2008, con il quale è stato ridisegnato un modello di sicurezza multilaterale, fondato sulla ripartizione del debito di sicurezza tra diversi attori secondo una struttura idealmente piramidale alla cui base compare la figura del lavoratore⁴³.

Tale rinnovata suddivisione intersoggettiva ‘a cascata’ sarebbe puntualmente rispecchiata – in giurisprudenza – dalla massima secondo cui ‘il sistema della normativa antinfortunistica si [sarebbe] lentamente trasformato da un modello “iperprotettivo”, interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro che, in quanto soggetto garante, era investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori, ad un modello “collaborativo” in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori’⁴⁴.

Invero, nonostante per lungo tempo della predetta massima si fosse indebitamente appropriata quella giurisprudenza di settore propensa a ragionare all’interno dei rigidi schemi della causalità,

⁴¹ Così O. DI GIOVINE, op. cit., p. 75.

⁴² D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa*, cit., p. 239; nello stesso senso A. PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 113.

⁴³ Sulla struttura piramidale del modello di sicurezza inaugurato dal T.U. del 2008 v., diffusamente, S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in D. CASTRONUOVO-F. CURI-S. TORDINI CAGLI-V. TORRE-V. VALENTINI (a cura di), *Diritto penale della sicurezza del lavoro*, Torino, 2021, pp. 75 ss.; sul punto v. altresì M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, pp. 273 ss.; G. MARRA, *Doveri datoriali di cautela, autoreponsabilità del lavoratore e personalità della responsabilità penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 10, spec. p. 1340.

⁴⁴ Cfr. Trib. Pavia, sent. cit., p. 7, che richiama, in particolare, Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 2015, n. 41486.

rigettando qualunque vaglio dei profili sottesi alla colpevolezza, l'auspicio è che nel prossimo futuro essa possa costituire la sintesi di un 'orizzonte ermeneutico nuovo'⁴⁵.

A riguardo, non possono che ridestare l'attenzione di una dottrina forse rassegnata alcuni recenti arresti in cui la Suprema Corte, con una evidente virata rispetto alle proprie consolidate statuizioni in materia di responsabilità del datore di lavoro, ha dato prova di recepire le esortazioni ormai da tempo provenienti dalla dottrina. In particolare, emblematica una decisione⁴⁶ in cui la Quarta Sezione, alle prese con l'ennesima condanna del datore di lavoro a fronte di una condotta gravemente colposa del lavoratore, annullava la sentenza di merito proprio valorizzando la carenza dell'elemento soggettivo in capo all'imputato. La Corte, infatti, dopo avere come di consueto scartato la ipotesi di interruzione del nesso causale ai sensi dell'art. 41 cpv., c.p. aggiungeva un passaggio ulteriore, dedicato alla analisi dei profili oggettivi e soggettivi della colpa, finalmente colmando il denunciato salto logico e riportando la propria esegesi entro limiti dogmaticamente più rigorosi.

Aperture tanto rare, quanto basilari per una graduale penetrazione dei profili relazionali della colpa entro le rigide maglie della giurisprudenza di legittimità.

Peraltro, la predetta impostazione logica si prospetta tanto più interessante in quanto introduce un metodo che non imporrebbe certo alla giurisprudenza l'abbandono delle raffinate costruzioni in materia di (eventuale) interruzione del nesso causale cui è pervenuta negli anni: semplicemente – e condivisibilmente – si tratterebbe di *aggiungere* un elemento valutativo alla filiera logica nel vaglio di responsabilità dell'agente⁴⁷. In altri termini, alla analisi sulla causalità viene posposta quella in materia di colpa, nel pieno rispetto di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità dell'agente, potendo così trovare adeguata rilevanza anche i profili di autoresponsabilità del lavoratore⁴⁸, da un lato; di affidamento del datore⁴⁹, dall'altro lato.

A questo punto, viene spontaneo chiedersi se una ricostruzione degli approdi giurisprudenziali in tema di responsabilità del datore per infortuni auto-inferti da parte del lavoratore o di terzi – come quella inserita nella sentenza in commento – non avrebbe dovuto quantomeno menzionare per inciso un tale cambio di paradigma che, per quanto ancora tenue, appare relevantissimo, a prescindere dagli esiti cui la decisione in commento è pervenuta.

⁴⁵ Così L. CARRARO, op. cit., p. 252.

⁴⁶ Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 2015, n. 41486.

⁴⁷ Cfr. L. CARRARO, op. cit., p. 253.

⁴⁸ Sulla difficoltà di rinvenire il fondamento del principio di autoresponsabilità all'interno dell'art. 41, co. 2 c.p., cfr. G. CIVELLO, *Il principio del Sibi Imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, in particolare pp. 155 ss.

⁴⁹ Sul principio di affidamento nel reato colposo si veda, per tutti, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

Nonostante il tribunale pavese abbia ritenuto di assolvere l'imputato già sul piano oggettivo-causale, logicamente anteposto alle valutazioni in tema di colpevolezza, riteniamo che un richiamo alla citata giurisprudenza sarebbe stato opportuno, specie all'interno di un *iter* motivazionale integralmente fondato sulla ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale dello stato dell'arte in materia di contegni gravemente colposi del lavoratore.

Di qui, la sensazione di un appagamento non pieno – al di là degli esiti pratici – da parte di una decisione che, forse, esita a tenere il passo degli assestamenti più recenti.

4.3. Effettiva interruzione del nesso causale o assenza della condotta?

Ma non è tutto.

La rigorosa adesione ai più tradizionali (e, non lo si può negare, ancor oggi ben più diffusi) orientamenti espressi in chiave prettamente causale conduce il giudice pavese verso una conclusione che suscita, per vero, talune perplessità.

Si è discusso della sostanziale ineffettività, in termini assolutori, del formante giurisprudenziale fondato sulla formula alternativa dell'abnormità/esorbitanza. Un'ineffettività pressoché costante – è bene rammentarlo – 'vuoi perché una qualche carenza organizzativa è sempre rinvenibile nella sequenza causativa dell'infortunio e, secondo un tratteggio orientamento, chi si trova in colpa non potrebbe invocare l'affidamento sulla diligenza altrui, tanto meno se della vittima; vuoi perché la negligenza del lavoratore tende ad essere vista come la prova *in re ipsa* di una carenza informativa e formativa imputabile allo stesso datore di lavoro; vuoi perché si può sempre addebitare al garante di non avere controllato affinché i lavoratori non incorressero in leggerezze. In mancanza d'altro, perché «il datore di lavoro è garante anche della correttezza dell'agire del lavoratore» e tanto basta per renderlo comunque responsabile dell'infortunio'⁵⁰.

Con la conseguenza che – come è stato acutamente osservato⁵¹ – le sole ipotesi in cui la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto la interruzione del nesso di causa da parte di condotte del lavoratore o di terzi si sono verificate nei casi – estremi – in cui difettesse qualsiasi trasgressione di regole cautelari da parte del datore, mancando *tout-court* la stessa condotta tipica⁵².

⁵⁰ Così D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 324.

⁵¹ In particolare, D. MICHELETTI segnala come, nei casi estremi in oggetto, la giurisprudenza ritenga integrata la responsabilità del datore 'a prescindere dalla messa fuoco della violazione di una regola cautelare'; nello stesso senso, D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali*, cit., p. 15, nt. 30.

⁵² Non a caso, è stato osservato come la colpa costituisca 'prima di tutto un problema di fatto tipico': cfr. S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2007, p. 464.

Detto altrimenti, le descritte formule di abnormità ed esorbitanza restringono a tal punto l'interpretazione dell'art. 41, co. 2, c.p. che lo stesso può trovare applicazione soltanto nelle rarissime ipotesi in cui di nesso neppure dovrebbe discutersi, mancando a monte una condotta addebitabile al datore⁵³. Un'utilità pratica ridotta al minimo che, da ultimo, si traduce in un impiego distorto della disposizione. E, ci pare, a tale difetto logico non si sottrae neppure la sentenza in esame.

Significativi, a riguardo, i presupposti fattuali da cui muove il giudice pavese per impostare la motivazione e che succintamente riportiamo per comodità di consultazione. In particolare, il Tribunale evidenzia (i) il corretto adempimento degli obblighi di formazione, sia sul campo che scritta; (ii) il rispetto delle procedure di sicurezza previste dal manuale con riguardo al macchinario interessato; nonché, soprattutto, (iii) l'assenza di specifici addebiti nei confronti del datore di lavoro all'interno del capo di imputazione. Presupposti – ritiene il giudice lombardo – su cui innestare 'la valutazione in termini interruttivi del nesso causale del comportamento dei collaboratori della persona offesa'. Con l'evidente contraddizione – tuttavia – per cui viene vagliata l'interruzione del nesso rispetto a una condotta di base che *non esiste*, circostanza indirettamente confermata dalla mancanza di addebiti specifici nel capo di imputazione, come afferma la decisione stessa. Il che sta a significare che la condotta antidoverosa o illecita dell'imputato non sussiste sin dappprincipio, senza la necessità di ritenere che le condotte sconsiderate tenute dai colleghi della persona offesa abbiano interrotto la serie causale originaria, innescandone una nuova. In altre parole: il solo antecedente logico dell'evento lesivo occorso in capo alla persona offesa consiste in una condotta che non riguarda il datore, bensì soggetti terzi.

A conti fatti, le conseguenze pratiche sono – per vero – poco influenti, atteso che tanto la provata assenza di violazione di regole cautelari, quanto l'accertata interruzione del nesso causale condurrebbero alla assoluzione per insussistenza del fatto. Permane, tuttavia, la imperfezione dal punto di vista dogmatico, che non a caso era stata evitata da attenta giurisprudenza di merito⁵⁴ – come è stato segnalato – valorizzando la diversità delle aree di competenza spettanti, rispettivamente, a datore di lavoro e lavoratore. D'altro canto, tale imprecisione non sembra costituire che l'ennesimo risvolto poco soddisfacente di una opzione ermeneutica – quella interamente impostata sulle dinamiche afferenti il concorso di cause sopravvenute – da sempre problematica.

⁵³ Significativa, nei termini suesposti, Cass. pen., Sez. IV, 13 agosto 2012, n. 32422, che riconosce come "l'evento quindi fu pacificamente cagionato da un comportamento assolutamente abnorme della stessa vittima tale da elidere qualsivoglia collegamento eziologico con le condotte o le omissioni [si badi, n.d.s.] (invero non connotate dai profili colposi) contestate in astratto agli imputati".

⁵⁴ In questo senso, ci pare, Trib. Terni, 7 giugno 2012; Trib. Nuoro, 26 aprile 2012, menzionate da D. MICHELETTI, op. cit., p. 357, nt. 124 e 125; nonché, più di recente, Trib. Parma, 9 luglio 2021, n. 1051, in [Dpei.it](https://www.dpei.it), 1° dicembre 2021, con nota di L. PINCELLI, *La responsabilità del datore di lavoro tra comportamento imprudente del lavoratore e principio di affidamento*.

La verità è che l'art. 41 cpv. c.p. può entrare in gioco soltanto laddove il lavoratore attivi un rischio quantomeno già latente all'interno dell'ambiente di lavoro, dovendosi in tal caso valutare se tale condotta presenti un concreto effetto interruttivo, non potendo rilevare laddove vi sia un unico decorso causale (non esistendo quello innescato da una azione od omissione del datore di lavoro): al contrario, l'applicazione di tale disposizione ai casi estremi come quello in commento rappresenta una scorciatoia, un *commodus discessus* che tuttavia tradisce i limiti di un paradigma all'evidenza ormai inadeguato – da solo – ad una rigorosa valutazione dei profili di responsabilità del datore di lavoro per infortuni auto-inferti.

5. Conclusioni

Quanto evidenziato non deve però indurre ad una valutazione in termini esclusivamente critici: la sentenza in commento presenta altresì passaggi condivisibili, assumendo una natura 'chiaroscurale'.

Dalla casistica relativa alla responsabilità del datore in presenza di comportamenti anche gravemente colposi del lavoratore traspare tutt'oggi un chiaro scollamento tra le posizioni espresse dalla dottrina e l'orientamento giurisprudenziale maggioritario. Innegabilmente, le decisioni in cui la giurisprudenza di legittimità e di merito ha fornito una lettura maggiormente conforme ai profili relazionali della colpa sono ancora piuttosto rare nonostante, negli ultimi anni, si registri – su modello di quell'orientamento in materia responsabilità professionale del medico per ipotesi di "speciale difficoltà" propenso a individualizzare il giudizio di colpevolezza colposa – un lieve aumento delle pronunce inclini a valorizzare la misura soggettiva della colpa anche nel contesto della sicurezza del lavoro⁵⁵.

In ogni caso, una esegesi limitata esclusivamente ai profili causali risulta riduttiva, oltre che scarsamente precisa in prospettiva dogmatica: constatazione resa ancor più palese dalla sostanziale unidirezionalità degli epiloghi decisorii, costantemente orientati nel senso della condanna. Al contrario, l'adesione ad un orientamento – per quanto consolidato – non dovrebbe risolversi nella piana trasposizione delle massime affermate in seno al medesimo, pena il rischio – oltre a quello più evidente di portare a conclusioni poco condivisibili – di trasformare utili formule esegetiche in concetti svuotati della loro effettiva portata. Tale pare essere l'effetto verso cui sono scivolte le nozioni di abnormità e

⁵⁵ Per una rassegna delle più recenti sentenze che condividono tale orientamento "soggettivizzante" sul tema cfr. D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 2021, spec. pp. 228-230 nonché ID., *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 2218 ss.

esorbitanza/eccentricità, il cui richiamo all'interno delle decisioni di legittimità e di merito appare tanto frequente quanto ineffettivo, se poi non viene mai riconosciuta la interruzione del nesso causale.

La sentenza del Tribunale di Pavia si pone nel mezzo, rendendo estremamente difficoltosa una valutazione complessiva: perviene all'assoluzione, ma la via prescelta è anomala, risolvendosi in una decisione, in parte, ambigua.

Da un lato, lo sforzo dogmatico profuso dal giudice pavese non può di certo passare inosservato. Più correttamente: non può di certo passare inosservata una sentenza di assoluzione interamente impostata sull'interruzione del nesso causale. Indubbiamente, il predetto esito decisorio deve salutarsi con favore: nella pur costante valorizzazione del paradigma dell'art. 41, co. 2, c.p., sinteticamente compendiato nella 'teoria del rischio e dello scopo della norma violata'⁵⁶, la sentenza in commento costituisce il prodotto di un'accresciuta sensibilizzazione nei confronti della posizione del datore di lavoro in presenza di contegni gravemente colposi del lavoratore, tematica fin troppo sbilanciata verso le risposte repressive della giurisprudenza di settore, al punto da sovvertire – si è osservato⁵⁷ – lo stesso principio di sussidiarietà.

Da un altro lato, però, si tratta della ennesima, mesta conferma: la decisione non sfiora nemmeno in *obiter* i profili relazionali della colpa, mantenendosi saldamente entro il solco tracciato dalla giurisprudenza sul nesso di causalità, rinunciandosi a qualsiasi richiamo alla colpevolezza all'interno dell'impianto motivazionale.

Dove – paradossalmente – l'epilogo assolutorio finisce per costituire il risvolto più beffardo, per i sostenitori della *culpa per relationem*.

⁵⁶ Cfr. Trib. Pavia, sent. cit., p. 13.

⁵⁷ Cfr., in particolare, D. MICHELETTI, op. cit., pp. 323 ss.

***Le valutazioni presuntive dell'Amministrazione erariale al vaglio del Giudice penale:
un'apprezzabile sentenza del GUP del Tribunale di Firenze
di Antonio Bonfiglioli***

Dottore di ricerca

Nota a Tribunale Firenze, Ufficio del GUP, 6 luglio 2021, n. 710

1. Oggetto del provvedimento

Con la sentenza in commento, il GUP del Tribunale di Firenze ha assolto la legale rappresentante di una s.r.l. dal reato di cui all'art. 2, d.lgs. 74/2000, perché «il fatto non sussiste», ai sensi dell'art. 530, co. 2, c.p.p.

La prospettazione accusatoria era incentrata su di un'ipotesi di dichiarazione fraudolenta innervata da diversi episodi di sovrapproduzione, atteso che l'imputata aveva utilizzato, in cinque dichiarazioni fiscali sulle imposte sui redditi, fatture relative a servizi di sponsorizzazione artificialmente aumentate di valore «*almeno per il 20% del loro imponibile*».

La pronuncia, che il GUP incentra «*sull'assoluta mancanza di materiale probatorio idoneo a sostenere l'accusa*», dato «*il carattere presuntivo di quanto accertato dalla P.G.*», permette di ripercorrere – nel peculiare contesto del rito abbreviato – il tema afferente all'utilizzabilità e al relativo valore probatorio in sede penale delle presunzioni e delle ricostruzioni induttive assunte, in ambito tributario, alla stregua dei paradigmi tipici del procedimento amministrativo di accertamento fiscale.

2. Contenuto del provvedimento

In seguito ad un controllo fiscale, condotto dai militari della Tenenza della Guardia di Finanza di Borgo San Lorenzo nei confronti del legale rappresentante di un panificio costituito in s.r.l., emergeva la sussistenza di sedici fatture, per operazioni ritenute in parte inesistenti («*almeno per il 20% del rispettivo imponibile*»), emesse, senza applicazione di I.V.A., tra il 2010 e il 2016, da una società avente sede legale a Londra.

Posto che tali documenti erano stati registrati nelle scritture contabili obbligatorie della compagine rappresentata dall'imputata e detenuti a fine di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria, gli accertatori ritenevano di contestare il delitto di cui all'art. 2, d.lgs. 74/2000, giacché nelle successive dichiarazioni annuali d'imposta il panificio avrebbe di fatto indicato, con finalità di evasione, costi «gonfiati», e dunque «fittizi», per circa 20.000 euro.

A ben vedere, il convincimento degli inquirenti circa l'effettiva integrazione, nel caso di specie, dei crismi tipici della frode fiscale ai sensi del citato art. 2, d.lgs. 74/2000, risultava precipuamente incentrato su due rilievi a matrice presuntiva, con conseguente ricostruzione di tipo induttivo.

In tale ottica si asseriva, per un verso, che le fatture “incriminate” – afferenti a costi di sponsorizzazione di due squadre di *basket* locali di cui la LTD emittente aveva acquistato i diritti di sfruttamento d'immagine e degli spazi pubblicitari – provenivano da una società “esterovestita”, in quanto la circostanza che nella «*filiere della sponsorizzazione*» si aggiungesse un «*anello non nazionale*», che da Londra dovesse «*promuovere i rapporti con le locali imprese italiane sostenitrici delle squadre di pallacanestro, cui poi far sottoscrivere i contratti*» (cfr. c.n.r.) era ritenuta priva di apprezzabile motivazione. Da qui l'anomalia di rapporti di sponsorizzazione costituiti e vigenti in Italia, intercorrenti tra imprese e società sportive operanti nel medesimo territorio, che vedevano l'interposizione della menzionata LTD londinese.

Per altro verso, la Guardia di Finanza – riferendosi agli esiti di indagini effettuate dai colleghi di Imola nel corso di un procedimento penale di competenza della Procura di Bologna e relativo ad altre operazioni ascrivibili alla medesima compagine britannica – rappresentava che quest'ultima, una volta ricevuto il pagamento dell'intero corrispettivo di ogni fattura, era solita restituire una parte «*ritenuta non inferiore al 20%*» all'imputata, utilizzando conti correnti bancari accesi all'interno della Repubblica di San Marino.

Pur riconoscendo che le contestazioni mosse all'imputata fossero basate su presunzioni e induzioni «*indubbiamente valide sotto il profilo tributario*», il GUP riteneva al contempo che le stesse, traslate nel giudizio penale, avessero al più valore indiziario, con eventuale possibilità di assumere a dignità di prova solo se destinatarie di riscontro oggettivo in distinti elementi o in altre presunzioni e purché gravi, precise e concordanti. Possibilità che, nel caso di specie, non era dato in alcun modo riconoscere, stante «*l'assoluta mancanza di ulteriori elementi probatori certi*».

Pertanto, l'esito assolutorio «*perché il fatto non sussiste*», espresso con la formula dubitativa di cui all'art. 530, co. 2, c.p.p., è stato il naturale approdo di un simile tratto motivazionale, peraltro confortato da analogo conclusione propugnata dal P.M. d'udienza nella sua requisitoria. Il fatto che queste considerazioni siano state formulate nell'alveo di un rito abbreviato – dunque di un giudizio, per definizione, a “contrazione probatoria” – assume particolare pregio, atteso che, da un'angolatura generale, l'essenza garantista del c.d. “doppio binario”, così come chiaramente declinato dal vigente codice di rito, vive in realtà una stagione tormentata, nella quale i cogenti limiti al passaggio di prove dal contesto tributario alla sede penale vengono non di rado infranti dalla giurisprudenza di legittimità.

3. Premessa. Il rapporto tra procedimento tributario e giudizio penale: un “parallelismo” imperfetto

Quello del rapporto tra accertamento tributario e procedimento penale contrassegna un tema talmente approfondito, in dottrina, da poter essere a buon diritto definito una sorta di “classico”.

Il motivo di un interesse così profondo deve rinvenirsi, quantomeno con riferimento all’ultimo ventennio, ad una evidente difficoltà nell’applicare i canoni sottesi al già ricordato principio del “doppio binario”, nonostante esso sia stato delineato con sufficiente chiarezza a livello normativo, all’indomani del varo del d.lgs. 74/2000. Basti ricordare, in particolare, la portata dell’art. 19 (che afferma il principio di specialità tra reati e illeciti amministrativi che convergono su una stessa violazione tributaria¹), dell’art. 20 (divieto di sospensione dei procedimenti tributario e penale che abbiano ad oggetto i medesimi fatti ovvero fatti dal cui accertamento dipenda la relativa definizione) e dell’art. 21 (non eseguibilità delle sanzioni amministrative irrogate in ordine a violazioni tributarie oggetto di procedimento penale).

Al di là dei problemi che da sempre accompagnano, limitandone gli esiti, la ricerca di criteri condivisi per la definizione del rapporto di specialità, appare chiaro – come si avrà modo di evidenziare in seguito, con precipuo riferimento al tema sotteso alla sentenza in commento – che quella volontà normativa di segno “separatista” è frequentemente disattesa dalla giurisprudenza, incline a moltiplicare le occasioni di contatto tra i due tipi di procedimento, con approcci interpretativi non convincenti.

Si tratta di una questione dai confini amplissimi, che la sentenza del GUP di Firenze riporta all’attenzione del penalista, in quanto permette di riflettere, anche in prospettiva generale, sull’effettiva portata probatoria delle presunzioni tributarie all’interno del processo penale. Con congruo percorso motivazionale, la pronuncia si segnala per un corretto apprezzamento dei suddetti paradigmi inferenziali, rispetto ai quali il Giudice è chiamato a modulare il proprio libero convincimento.

Spunti di interesse, che si cercherà di affrontare senza alcuna pretesa di esaustività, sono suggeriti dal fatto che la sentenza riguarda una frode fiscale giudicata con rito abbreviato e sulla scorta esclusiva di ricostruzioni induttive, più che di presunzioni legali, compendiate nel processo verbale di constatazione redatto in sede di verifica fiscale.

¹ Sul tema cfr., in particolare, A. CARINCI, *Il principio di specialità nelle sanzioni tributarie: tra crisi del principio e crisi del sistema* (Relazione al Convegno su “Diritto tributario e diritto penale” presso l’Università di Bologna, 27 e 28 novembre 2014), in *Rass. trib.*, 2015, 2, pp. 499 ss.

4. *I margini di acquisizione e utilizzabilità del processo verbale di constatazione in sede penale, tra littera legis e prassi giurisprudenziale. Peculiarità del caso di specie*

Nella vicenda in oggetto, il corredo a vocazione probatoria con il quale il GUP è stato chiamato a confrontarsi, in sede di giudizio abbreviato, ha coinciso in misura pressoché esclusiva con il processo verbale di constatazione (PVC), così come redatto dalla competente Tenenza della Guardia di Finanza.

L'articolato dibattito dottrinale circa la reale natura giuridica del PVC – che trova il suo fondamento normativo nella laconica previsione dell'art. 24, l. n. 4/1929 (*“Le violazioni contenute nelle leggi finanziarie sono constatate mediante verbale”*) – e la conseguente diversità di opinioni circa l'effettivo regime di utilizzabilità del medesimo nel processo penale, non pare avere scalfito il coeso approccio interpretativo della giurisprudenza di legittimità. Un'ermeneutica, quella scandita sul punto dalla Suprema Corte, “a maglie larghe”, nella misura in cui essa riconduce il PVC, quale *“documento extraprocessuale ricognitivo di natura amministrativa”*, alla categoria della *prova documentale*, come tale acquisibile e utilizzabile senza limiti particolari in sede penale, anche dibattimentale (art. 493 c.p.p.), alla stregua dell'art. 234 c.p.p.²

Si staglia così un'interpretazione che, come è stato opportunamente osservato³, segna un evidente iato con gli auspicati stilemi di *“un doppio binario a compartimenti stagni”*, dato che la caleidoscopica attività documentata nel PVC (dichiarazioni, ispezioni, verifiche, accessi, valutazioni, ecc.) confluirebbe agevolmente e “in blocco” nel procedimento penale, sacrificando, tra l'altro, i principi di oralità e contraddittorio. Così che, in dottrina, non è mancato chi, allargando i plessi argomentativi, ha caldeggiato l'assoluta inutilizzabilità dei verbali di indagini amministrative nel processo penale⁴ e chi, pur riconoscendone la natura documentale, ne ha predicato un'utilizzabilità in dibattimento solo qualora non risulti possibile acquisire il corrispondente e tipico atto probatorio⁵.

Sostanzialmente isolata, ma degna di attenzione, una tesi affacciata in passato nella giurisprudenza di merito, per la quale *“il contenuto del processo verbale di constatazione è*

² Ad es., Cass. pen., III, n. 15236/2015.

³ M. Busetto, *Utilizzabilità delle prove tributarie nell'ambito del processo penale*, in *Legislatore penale*.eu, Interventi e Relazioni, 28 marzo 2020, p. 3.

⁴ M. Bontempelli, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2008, pp. 270 ss.

⁵ R. Orlandi, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel sistema processuale penale*, Milano, 1992, p. 140; più di recente e con diversità di accenti O. Mazza, *L'utilizzabilità processuale del verbale di constatazione redatto dalla Guardia di finanza*, in *Corr. Trib.*, 2000, 18, p. 1282.

*inutilizzabile soltanto nella parte contenente valutazioni e ricostruzioni, mentre è pienamente utilizzabile per le parti residue e va acquisito pertanto nel suo complesso*⁶.

Ad ogni buon conto, qualora il PVC contenga riferimenti ad attività di verifica amministrativa compiute *dopo* l'evidenza – desunta anche *aliunde* – di indizi di reato, l'art. 220 disp. att. c.p.p. porterebbe ad un logico ripudio del verbale di constatazione quale “prova extra-costituita”. Se non altro perché esso, dando conto di operazioni finalizzate all'approfondimento di una *notitia criminis* già riscontrata, si traduce in “una forma di documentazione di quelli che sono già atti del procedimento penale”, dunque “acquisibile e utilizzabile nella misura in cui lo sono gli atti di polizia: per quanto compiuti nel rispetto delle regole, non possono penetrare nel dibattimento, se non nei casi eccezionali e tassativi delle letture consentite”⁷.

Rispetto alle posizioni dottrinali appena tratteggiate, l'atteggiamento della giurisprudenza di Cassazione va in una direzione di senso dissonante. Pur avendo superato quel filone interpretativo che considerava il PVC “atto irripetibile” – offrendone un'accezione molto ampia e permettendo dunque la sua “sistematica” acquisizione al dibattimento *ex art.* 431, co. 1, lett. b), c.p.p.⁸ –, la suprema Corte continua a favorire soluzioni ermeneutiche “lasche”, dovute alla obiettiva complessità dei dati sottesi ai reati tributari, complessità che può plausibilmente essere attenuata favorendo al massimo l'ingresso in sede penale dei rilievi compiuti dagli organi accertatori amministrativi specializzati.

Tutto ciò rilevato, è bene precisare che, in generale, la scelta dell'imputato di essere giudicato con le forme del rito abbreviato incide in misura rimarchevole sul corretto apprezzamento del regime di utilizzabilità degli atti compiuti da parte degli organi accertatori e confluiti nel PVC.

In effetti, è noto che, per la giurisprudenza di legittimità, nel giudizio abbreviato sono rilevabili e deducibili esclusivamente le nullità di ordine “assoluto” e le inutilizzabilità c.d. “patologiche”⁹.

Pertanto, è indubbio che, nella vicenda in esame, la Guardia di Finanza procedente aveva esplicitamente dato atto, verbalizzandola come “*premessa*” nel PVC, che l'incipiente attività di verifica fiscale risultava indotta e legittimata dalla sussistenza di indizi di reità a carico della persona fisica legale rappresentante della società sotto inchiesta. Una simile asserzione, d'altronde, era l'effetto della riferita acquisizione degli atti di indagine compiuti dai colleghi di Bologna nel

⁶ Trib. Modena, 17.11.1994, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, p. 121, con nota di Granata.

⁷ M. Busetto, *Utilizzabilità delle prove tributarie*, cit., p. 6.

⁸ V. ad es. Cass. pen., III, 24.9.2015, n. 46500; Cass. pen. 106/1996; in dottrina v. V. Mongillo, *Sui limiti di utilizzabilità in sede penale del processo verbale di constatazione redatto dalla Guardia di Finanza o dai funzionari degli uffici finanziari*, in *Rass. trib.*, 2000, 3, 2000, pp. 1013 ss.

⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., III, 23.5.2018, n. 23182; Cass. pen., II, 16.4.2013, n. 19583.

procedimento penale, pendente dal 2015, diretto ad accertare le condotte illecite della LTD, compagine ritenuta “esterovestita”, che aveva emesso una quantità cospicua di fatture “gonfiate” nei confronti di imprese italiane, tra le quali il panificio dell’imputata.

Di conseguenza, in ossequio al contenuto dell’art. 220 disp. att. c.p.p.¹⁰, quella verifica fiscale, lungi dal poter rivestire carattere *amministrativo*, doveva assumere i crismi dell’*attività di polizia giudiziaria* a tutti gli effetti e sollecitare l’adozione delle forme prescritte per il rispetto delle garanzie difensive, pur minime, che la contrassegnano.

Tuttavia, l’irritualità dell’acquisizione di determinati atti probatori nel corso dell’attività ispettiva è stata “*neutralizzata dalla scelta negoziale delle parti di tipo abdicativo, che fa assurgere a dignità di prova gli atti di indagine compiuti senza rispetto delle forme di rito*”¹¹.

Pertanto, nel processo verbale di constatazione al vaglio del GUP nel caso di specie non erano riscontrabili ipotesi di inutilizzabilità “patologica” – le uniche rilevabili, insieme alle nullità assolute, anche in abbreviato – ossia di atti assunti in modo contrastante con i principi fondamentali dell’ordinamento o con forme tali da pregiudicare in modo grave ed insuperabile il diritto di difesa dell’imputato¹².

Non resta dunque che riflettere più da vicino sulle valutazioni compiute dal Giudice circa l’(in)efficacia delle presunzioni e delle ricostruzioni induttive scandite all’esito della menzionata verifica fiscale.

5. Presunzioni tributarie, “volatilizzazione” della prova del dolo e fulcro assolutorio della sentenza

Non è questa la sede per cercare di offrire un quadro, anche solo abbozzato, in ordine a *ratio*, natura e operatività delle diverse presunzioni – legali (assolute o relative), semplici, semplicissime – tratteggiate in seno all’ordinamento tributario italiano¹³. Anche perché, a ben vedere, le asserzioni contenute nel PVC – plesso documentale potenzialmente “probatorio” nel caso di specie – non sono

¹⁰ Per un efficace quadro sulla relativa evoluzione normativa v. M. RAMPIONI, *Le c.d. indagini “anfibie”: linee di fondo sul controverso legame tra attività ispettive e processo penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019, 1, p. 233.

¹¹ Così, testualmente, Cass. pen., 23182/2018, cit., che ha ammesso l’acquisizione e la piena utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall’emittente la fattura contenute nel PVC, in quanto non assunte “*contra legem*”; diversa conclusione in caso di acquisizione di dichiarazioni “autoindizianti” rese dal futuro indagato/imputato senza le garanzie contemplate dall’art. 63 c.p.p., con conseguente inutilizzabilità “patologica” in qualunque fase procedimentale, per Cass. pen., V, 23.9.2004, n. 43542.

¹² V. soprattutto Cass. pen., S.U. 21.06.2000, n. 16, Tammaro.

¹³ Al riguardo, per una recente ed organica rassegna v. F. FERRI, *Valenza delle presunzioni tributarie in sede penale*, in L. Salvini, F. Cagnola, *Manuale professionale di diritto penale tributario*, 2ª ed., Torino, 2022, pp. 104 ss.; a livello istituzionale cfr. Comando Generale della Guardia di Finanza, *Manuale operativo in materia di contrasto all’evasione e alle frodi fiscali*, circolare 1/2018, vol. II, parte III (cap. 3) e vol. III, parte V (cap. 1), pp. 11 ss.

state ritenute degne di assurgere al rango di presunzioni, quantomeno nella misura in cui il GUP ne ha disconosciuto financo la natura *potenzialmente* indiziaria.

Come già evidenziato in precedenza, il primo dei due poli presuntivi sui quali si erano addensate le determinazioni accusatorie degli accertatori consisteva nell’asserita “esterovestizione” della LTD londinese, una qualificazione che, par di capire, non sarebbe stata dedotta dagli inquirenti alla stregua dell’art. 73, co. 3, TUIR.

Ebbene, al di là delle forti perplessità circa l’effettiva utilità di un simile riscontro – perlomeno in un caso di dichiarazione fraudolenta per operazioni parzialmente inesistenti commessa dalla controparte negoziale –, quella attribuzione avrebbe comunque consentito al GUP di confrontarsi con una presunzione legale c.d. “relativa”, e dunque idonea ad ambire, almeno secondo giurisprudenza prevalente, allo *status* di prova indiretta, utilizzabile e valutabile alla stregua dell’art. 192, co. 2, c.p.p.¹⁴.

Da questa angolatura, quindi, sbarrato l’ingresso ad ogni ipotesi di presunzione tributaria c.d. “assoluta”¹⁵, vi sarebbe spazio per l’utilizzabilità, nel processo penale, della presunzione legale “relativa” e di quella “semplice”, a condizione che *i*) si riconosca la loro insufficienza a dar prova *sic et simpliciter* del fatto controverso, dovendo essa trovare riscontro in altre presunzioni, purché gravi, precise e concordanti (*ex art. 192, co. 2, c.p.p.*), ovvero *ii*) il Giudice accerti la sussistenza di distinti elementi probatori che possano concorrere a suffragare l’eventuale decisione di condanna¹⁶.

Un punto, invero nevralgico, della questione, va precisato.

Le presunzioni tributarie, in molti casi, si traducono in inversioni dell’onere probatorio.

Se assumono tale veste, esse integrano una regola di giudizio che, valida nel contesto amministrativo-fiscale, non può essere trasposta e utilizzata nel processo penale. Detto altrimenti, non sarebbe certo legittimo ritenere provato il fatto solo perché il contribuente-imputato non sia riuscito a fornire la (contro)prova necessaria per il superamento del risultato ottenuto tramite presunzione¹⁷. In definitiva, ciò che può avere rilevanza nel contesto procedimentale penale, alle condizioni sopra evocate, non è (tanto) la presunzione tributaria bensì, al più, il dato fattuale “reale”

¹⁴ Per l’inammissibilità di qualunque presunzione nel processo penale v. L. FERRAIOLI, voce *Presunzione* (dir. proc. pen.), in *Enc. Dir.*, Milano, 1986, vol. XXXV, p. 310; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2008, p. 590; più di recente E.M. CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, in A. GAITO (cur.), *La prova penale*, vol. I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, p. 258.

¹⁵ Cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. II, 22.10.2019, n. 47186.

¹⁶ Cfr., ad es., Cass. pen., Sez. III, 23.6.2015, n. 30890.

¹⁷ Cass. pen. 36915/2020, cit.; in senso analogo, in un’ipotesi di omessa dichiarazione *ex art. 5, d.lgs. 74/2000*, v. Cass. pen., Sez. III, 1.10.2021, n. 42167, per la quale l’esatta determinazione dell’imposta evasa spetta in via autonoma ed esclusiva al Giudice penale, con una verifica empirico-fattuale “che può anche entrare in contraddizione con quella eventualmente effettuata dal giudice tributario”, in quanto fondata su “criteri di natura meramente formale”.

da cui essa trae origine¹⁸, che potrà essere utilizzato dal Giudice in motivazione, *sub specie* di prova indiretta, ove ponderato ossequiando i crismi tipici di valutazione processuale (consistenza, precisione, concordanza con altri elementi riscontrati¹⁹).

In tale ipotesi, il Giudice seguirà, quale “stella polare” per la sua decisione, il principio del libero convincimento, *ex art.* 192, co. 1, c.p.p., ma dovrà al contempo tener conto del limite legale segnato dal comma 2 del medesimo articolo, da cui promana un onere motivazionale aggiuntivo e vincolato al libero convincimento raggiunto²⁰.

Una volta condivise queste coordinate ermeneutiche, diventa *a fortiori* auspicabile il superamento di quel diffuso orientamento giurisprudenziale incline a svalutare, all’interno del giudizio cautelare reale, la regola valutativa compendiata nell’art. 192, co. 2, c.p.p., di fatto vanificandone l’essenza. A tacer d’altro – e pur tenendo conto della peculiare fisionomia del giudizio cautelare rispetto a quello di merito – inquieta rilevare, in quel contesto, il sovvertimento di canoni primari del processo penale, laddove la Suprema Corte ha ammesso a più riprese che la prova del c.d. *fumus delicti*, legittimante un provvedimento di sequestro finalizzato a confisca, possa fondarsi *in via esclusiva* su di un’unica presunzione tributaria, anche se di scarsa consistenza e priva di riscontri²¹. Se a tale approccio si salda quello, parimenti invalso, volto a ritenere sufficiente, per completare la prova del suddetto *fumus*, l’“astratta sussumibilità del fatto contestato in una determinata ipotesi di reato”²², lo scenario diventa oltremodo desolante.

Ora, alla luce di quanto, pur rapsodicamente, sin qui rilevato, è possibile tornare al compendio motivazionale della sentenza in commento e valutare con maggiore consapevolezza la sostanziale vacuità del materiale a disposizione del GUP per la decisione “allo stato degli atti” nella vicenda in oggetto.

Atteso che la contabilità del panificio risultava tenuta con regolarità e che le fatture utilizzate in dichiarazione afferivano a servizi di consulenza per sponsorizzazioni effettivamente avvenute, l’epicentro dell’imputazione verteva sul fatto che gli importi in essa dedotti fossero stati artificiosamente gonfiati. In breve: una sovrapproduzione foriera di un’inesistenza parziale dei costi poi dedotti in dichiarazione.

¹⁸ Cass. pen., Sez. III, 8.4.2019, n. 24152; Cass. pen., Sez. III, 6.6.2017, n. 35579, Manessi; in dottrina v. M. Busetto, *Utilizzabilità delle prove tributarie*, cit., p. 11.

¹⁹ Sui confini tra prove dirette e indirette v. C. Zaza, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Milano, 2008, pp. 81 s.

²⁰ V. M. Picotti, *Sulla rilevanza delle presunzioni tributarie nel procedimento cautelare reale e nell’accertamento del fatto di reato* (Nota a Cass. pen., III, 5 ottobre 2018, n. 44562), in *Giur. pen. web*, 2019, 1, p. 4.

²¹ Sul tema v. L. Baron, *Esterovestizione societaria e delitto di omessa dichiarazione ex art. 5, d.lgs. 74/2000: il Gip di Macerata dà puntuale applicazione ai principi fissati dalla sentenza Dolce&Gabbana*, in *DPEI*; in giurisprudenza, tra le tante, emblematica Cass. pen., sez. III, 25.9.2014, 39460.

²² Cass. pen., Sez. II, 27.6.2018, n. 35659.

In proposito, le parole con le quali il GUP “liquida” la questione relativa all’asserita “esterovestizione” della società emittente, in quanto veicolata in un’*“affermazione assolutamente gratuita, priva di valore indiziario e che... “prova troppo”*”, risultano assonanti con i criteri probatori sopra evocati, quantomeno nella dimensione del “ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato”.

Peraltro, non pare azzardato osservare che – prima ancora che un problema di “prova” – quell’asserzione (per cui la LTD, solo formalmente londinese, doveva considerarsi italiana), così fortemente valorizzata in sede di PVC, coincideva in realtà con una circostanza sostanzialmente eccentrica rispetto al *thema probandum*, sol che si rifletta sull’esatta conformazione del fatto concreto contestato e dei tratti di tipicità del delitto (art. 2 d.lgs. 74/2000) ad esso riferibile.

Comunque sia, nessun dubbio può essere nutrito in merito alla rilevanza del secondo paradigma (*lato sensu*) presuntivo emergente dagli atti a disposizione del GUP, giacché in esso si coagulava il tipo *oggettivo* della fattispecie in contestazione.

In effetti, il tema della restituzione postuma di parte delle somme corrisposte dal panificio alla LTD anglosassone rivestiva ruolo “decisivo” nella vicenda in esame, contrassegnata da un utilizzo fraudolento in dichiarazione di elementi passivi fittizi, coincidenti con fatture rimborsate *“almeno per il 20% del loro imponibile”*, attraverso l’utilizzo di conti correnti accesi a San Marino.

Il rilievo, perentorio, per cui *“alcun elemento probatorio risulta agli atti a dimostrazione dell’effettivo ritorno del denaro”*, saldato alla tagliente osservazione circa l’incapacità degli inquirenti di quantificare in maniera precisa le somme restituite (citazione testuale del PVC: *“...la quota parte da considerarsi fittizia per ciascuna fattura...è stata ritenuta non inferiore al 20%”*) sono ampiamente sufficienti, agli occhi del GUP, per conclamare in sentenza l’insussistenza del fatto.

Ciononostante, il Giudice si spinge oltre, lamentando, neanche tanto implicitamente, l’assenza del benché minimo riferimento al prescritto dolo specifico di fattispecie: *“non risulta agli atti alcuna prova in merito al fine di tali operazioni”*. Per tale ragione, anche volendo ipotizzare che i citati trasferimenti di denaro a titolo di “rimborso” fossero stati effettivamente indirizzati dalla LTD londinese all’imputata, per il Giudice essi sarebbero potenzialmente compatibili con *“qualsivoglia altro motivo, anche di natura commerciale”*.

Vale davvero la pena, in conclusione, sottolineare il valore simbolico di questo passaggio – nel quale il GUP motiva, per così dire, *“ad abundantiam”* –, giacché esso permette di richiamare l’attenzione su di un elemento caratterizzante l’illiceità *penale* della frode fiscale, vale a dire il *“fine di evadere le imposte”*. Si tratta di un segmento psicologico che, pur avendo valenza decisiva nell’economia del delitto di cui all’art. 2, d.lgs. 74/2000, spesso viene inopinatamente passato sotto silenzio (ritenuto *“in re ipsa”*) nelle valutazioni effettuate dagli inquirenti in sede fiscale.

La contesa infinita tra misure ablativo e fallimento: aspettando (di nuovo) le Sezioni Unite, una recente decisione di merito esclude il sequestro ai fini di confisca tributaria dei beni sottoposti a procedura concorsuale
di Anna Costantini

Assegnista di ricerca in Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Nota a Tribunale di Verona, ord. 16 marzo 2023 (ud. 2 marzo 2023)

Sommario: 1. Premessa. – 2. La vicenda processuale. – 3. L'incerto "stato dell'arte" alla luce della precedente evoluzione giurisprudenziale: le Sezioni Unite Focarelli e il criterio "funzionalistico". – 3.1. (segue) le Sezioni Unite Uniland e il principio della coesistenza dei vincoli. – 3.2. (segue) la questione della legittimazione a impugnare del curatore fallimentare e l'approdo delle Sezioni Unite Mantova Petroli. – 4. Verso un nuovo intervento delle Sezioni Unite: il nodo dell'appartenenza a persona estranea al reato. – 5. Le questioni ancora aperte.

1. Premessa

Con l'ordinanza in commento, emessa in sede di giudizio di riesame, il Tribunale di Verona ha annullato un decreto di sequestro preventivo, finalizzato alla confisca ex art. 12-bis del d.lgs. 74 del 2000, disposto su beni nella titolarità di una società in precedenza dichiarata fallita. Nell'accogliere il ricorso presentato dalla curatela, la pronuncia nega l'ammissibilità del sequestro preventivo ai fini di confisca tributaria in ipotesi di preesistenza di un vincolo fallimentare, respingendo l'opposta tesi a favore della prevalenza della misura cautelare reale.

La questione si pone al centro di un acceso contrasto giurisprudenziale che, appena pochi mesi fa, ha portato la Corte di Cassazione a sollecitare un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite¹, ed è dunque in attesa di ricomposizione. Non si tratta, peraltro, di un dibattito nuovo alla riflessione degli interpreti: negli ultimi vent'anni, già in tre precedenti occasioni il supremo organo nomofilattico era stato chiamato a pronunciarsi sul tema dei rapporti tra misure ablativo e procedure concorsuali, senza tuttavia approdare a esiti omogenei. Nemmeno il recente tentativo di una regolazione normativa della materia, come si dirà operato dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza², sembra essere

¹ Cass., Sez. III, ord. 29 novembre 2022 (dep. 22 febbraio 2023), n. 7633, ric. Fallimento Lavanderia Giglio S.n.c., in *Sist. pen.*, 6 aprile 2023, con nota di D. COLOMBO, *La dichiarazione di fallimento quale causa ostativa al sequestro preventivo ex art. 12-bis d.lgs. 74/2000: rimessa la questione alle Sezioni Unite.*

² D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Sui profili della riforma relativi ai rapporti tra sequestri e procedura di insolvenza, cfr. G. MASTRANGELO, *Le soluzioni del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza al problema della sovrapposizione dei sequestri penali con le procedure liquidatorie*, in *Sist. pen.*, 2020, pp. 103 ss.; E. MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico di precedenze in cui la spunta sempre la confisca*, in *Arch. pen.*,

riuscito nell'intento di sanare i contrasti esistenti: il che testimonia ulteriormente l'estrema difficoltà di trovare un equilibrio soddisfacente nell'assetto delle possibili interferenze tra confisca/sequestro e fallimento, che sia in grado di contemperare le opposte esigenze in campo³.

Da un lato, infatti, si profila l'interesse dello Stato ad aggredire i proventi del crimine, che come noto risulta grandemente valorizzato nel quadro della consolidata tendenza politico-criminale di estensione normativa delle "confische"⁴. Tale pretesa, dall'altro, si pone in tensione con la posizione dei creditori del reo, in specie di quelli concorsuali, i cui diritti potrebbero essere sacrificati dall'incameramento da parte dello Stato dei beni destinati alla loro soddisfazione.

Sullo sfondo di questa contrapposizione di interessi si staglia la questione affrontata dall'ordinanza in commento, relativa, come detto, all'ammissibilità del sequestro ai fini di confisca tributaria in seguito a dichiarazione di fallimento. La soluzione a tale problema, sul piano strettamente giuridico, muove dalla risposta a due quesiti tra loro strettamente connessi: per un verso, si tratta di capire se l'assoggettamento dei beni a procedura concorsuale ne comporti l'"appartenenza a persona estranea al reato", situazione che a norma dell'art. 12-bis, d.lgs. 74/2000 preclude l'applicabilità della confisca (e, ancor prima, del sequestro a essa funzionale); sul versante più specificamente processuale, occorre invece domandarsi se, a fronte dell'indisponibilità dei beni da parte di un imputato che sia stato dichiarato fallito, possa ancora ritenersi sussistente il periculum in mora necessario per disporre la misura cautelare reale.

Al fine di favorire una migliore comprensione di tali profili, pare opportuno ripercorrere brevemente la vicenda processuale da cui trae origine la decisione del Tribunale di Verona.

2. La vicenda processuale

La pronuncia si inserisce nella fase cautelare di un procedimento penale che vede due soggetti, nella qualità rispettivamente di amministratore unico e amministratore di fatto di una società per

2019, pp. 1 e ss.; M. BONTEMPELLI-R. PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, pp. 123 ss.; L. MILANI, *I rapporti tra sequestri e procedure concorsuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 1343 ss.; A. RUGANI, *I rapporti tra misure cautelari reali e procedure concorsuali nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14)*, in *Leg. pen.*, 2019, pp. 1 ss.

³ Sul tema, cfr. M. BONTEMPELLI, *I sequestri penali e la tutela dei terzi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1323 ss., nonché, in precedenza, T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011, pp. 193 ss. e D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, pp. 397 ss.

⁴ All'interno di una letteratura vastissima, cfr. A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, pp. 39 ss.; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997; A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012; V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1259 ss.; T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020.

azioni, imputati del delitto di dichiarazione fraudolenta ex art. 2, d.lgs. 74/2000. In merito ai fatti contestati, risalenti agli anni 2012 e 2013, era stato disposto il rinvio a giudizio nel dicembre 2016.

Nel gennaio 2018, la società in questione è stata dichiarata fallita, con conseguente attribuzione alla curatela del possesso materiale e giuridico del patrimonio sociale ed estromissione degli imputati da ogni ruolo di carattere amministrativo e gestionale: in particolare, i coimputati sono rispettivamente cessati dalla carica di amministratore unico dal 2014 e da quella di liquidatore dal 2018, e inoltre non sono stati ammessi allo stato passivo del fallimento.

Successivamente, nel gennaio 2023, accogliendo la richiesta del Pubblico Ministero, il Tribunale di Verona in composizione monocratica ha disposto il sequestro preventivo funzionale alla confisca tributaria – sulla base del combinato disposto degli artt. 12-bis, D.lgs. 74/2000 e 321, co. 2, c.p.p. – di una cospicua somma di denaro (circa 100.000 euro) nella disponibilità della massa fallimentare, sul presupposto che tale importo configurasse il profitto del reato tributario contestato agli imputati, in quanto corrispondente all’entità del tributo evaso al Fisco tramite le contestate condotte di indebita compensazione; tecnicamente, dunque, si sarebbe trattato di un “risparmio di spesa”, di un vantaggio, sia pure “in negativo”, che – lo si ricorda – per consolidato orientamento giurisprudenziale rientra nel profitto confiscabile in forma diretta nei confronti della stessa persona giuridica che abbia beneficiato della commissione del reato (e che, per tale ragione, non possa dirsi estranea allo stesso)⁵.

Quanto agli specifici presupposti della misura cautelare, inoltre, il giudice monocratico ha ravvisato la sussistenza sia del *fumus boni iuris* del reato contestato agli imputati, sia del *periculum in mora*, identificato nel concreto e attuale pericolo di utilizzo del denaro da parte degli stessi per aggravare o protrarre le conseguenze del reato o per agevolare la commissione di ulteriori illeciti.

Contro il provvedimento cautelare, ha proposto domanda di riesame la curatrice del Fallimento nella cui titolarità si trovavano i beni colpiti dal sequestro. Secondo la ricorrente, in particolare, la perdita della disponibilità del patrimonio societario da parte degli imputati, in conseguenza del fallimento, avrebbe reso il sequestro illegittimo sotto due profili: (i) da un lato, perché la misura esplicherebbe i propri effetti pregiudizievoli nei confronti di un soggetto – la curatela fallimentare – che deve ritenersi “terzo estraneo al reato”, in violazione dell’art. 12-bis d.lgs. 74/2000 che esclude quest’ultimo dai destinatari della confisca; (ii) dall’altro lato, perché verrebbe meno il

⁵ Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert: secondo le Sezioni Unite, nei confronti della persona giuridica sarebbe applicabile solo la confisca *diretta* del profitto (quale dovrebbe considerarsi la confisca del denaro) e non anche quella *per equivalente*, la cui natura giuridica sanzionatoria ne consentirebbe l’applicabilità – in via sussidiaria – nei confronti della persona fisica che abbia commesso il reato. Su tale pronuncia, con accenti critici, cfr. F. MUCCIARELLI-C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.* 2015, pp. 246 ss.; in tema anche R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto*, in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2016.

periculum in mora del sequestro, in mancanza di specifica motivazione da parte del Giudice sulle ragioni che giustificano la prevalenza della misura ablativa sulla tutela dei creditori concorsuali cui è preposta la procedura fallimentare.

Come anticipato, nel procedimento di riesame il Tribunale di Verona ha accolto gli argomenti eccepiti dalla difesa della curatela e conseguentemente disposto il dissequestro dei beni. Nel motivare l'esito a favore della procedura, la pronuncia dà conto dell'attuale contrasto giurisprudenziale sulla questione dell'ammissibilità del sequestro in seguito alla dichiarazione di fallimento. Tale dibattito, peraltro, si colloca all'esito di un'accidentata evoluzione giurisprudenziale, che pare ora opportuno ripercorrere sinteticamente.

3. L'incerto "stato dell'arte" alla luce della precedente evoluzione giurisprudenziale: i) le Sezioni Unite Focarelli e il criterio "funzionalistico"

Non è agevole rintracciare dei punti fermi all'interno di un quadro giurisprudenziale nebuloso e, lo si è detto, connotato da continue oscillazioni. Le singole decisioni, anche delle Sezioni Unite, paiono infatti condizionate dalle specificità dei casi decisi, oltre che dalla complessità dei profili giuridici coinvolti e dalla frequente intersezione tra le questioni sostanziali della prevalenza tra misure ablativo e procedure concorsuali con quelle più propriamente processuali sulla legittimazione a impugnare in capo al curatore⁶.

Il problema dell'ammissibilità del sequestro preventivo su beni di pertinenza di una società dichiarata fallita è stato per la prima volta affrontato dalle Sezioni Unite nella nota sentenza Focarelli del 2004⁷. In quell'occasione, la Corte innanzitutto ha escluso che lo spossessamento patrimoniale generato dalla dichiarazione di fallimento, ex art. 42 l. fall., di per sé impedisca l'adozione di misure ablatorie, sia cautelari sia definitive: con l'avvio della procedura fallimentare, infatti, i beni non cesserebbero di "appartenere" al fallito, giacché questi ne conserva la titolarità formale (tanto che eventuali suoi atti di disposizione, pur inopponibili al fallimento e inefficaci per i creditori, sarebbero validi rispetto al contraente e ai terzi estranei al fallimento), nonché il diritto di ricevere il sopravanzo a liquidazione esaurita.

Quanto detto non comporterebbe, per contro, un'assoluta preminenza del vincolo ablativo sulla procedura fallimentare, considerato che anche la seconda è preposta a interessi di rilievo pubblicistico che meritano parimenti di essere tutelati. Alla luce di tale premessa, l'aspetto più interessante del ragionamento delle Sezioni Unite risiede nell'adozione di un approccio

⁶ D. AMATO, *Sequestro preventivo, fallimento e poteri del curatore*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 1271.

⁷ Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951

“funzionalistico”⁸ al problema dei rapporti tra sequestri e fallimento, diretto a verificare se la procedura concorsuale consenta di soddisfare in modo adeguato gli interessi sottesi alla misura cautelare e, quindi, possa renderne inutile l’adozione.

L’applicazione di tale criterio conduce a soluzioni differenziate a seconda della tipologia di sequestro cautelare in considerazione. Per alcuni il confronto viene risolto, per così dire, a monte: così, nel caso del sequestro probatorio (art. 235 c.p.p.), la strumentalità alle superiori esigenze processuali di ricerca della verità giustifica in ogni caso la prevalenza della misura cautelare sul fallimento (al quale i beni possono essere restituiti solo quando siano cessate le esigenze probatorie); è il secondo, all’opposto, a dover prevalere sul sequestro conservativo (art. 316 c.p.p.), poiché la medesima finalità cui questo è preposto, cioè quella di salvaguardia delle garanzie patrimoniali del debitore *ex delicto*, viene già interamente assolta dall’acquisizione fallimentare dei beni, che anzi consente una miglior tutela di tutti i creditori, senza compromettere eventuali rivendicanti⁹.

In altri casi, invece, il bilanciamento tra opposti interessi viene delegato al giudice nel caso concreto: questo vale, in particolare, per il sequestro preventivo c.d. impeditivo (art. 321, co. 1, c.p.p.), rispetto al quale il giudice è tenuto a verificare se il pericolo di protrazione o aggravamento delle conseguenze criminose che la misura è volta a contrastare – in quanto collegato alla libera disponibilità in capo al reo della cosa pertinente al reato – possa in concreto venir meno per effetto dello “spossessamento” fallimentare, o se invece residuino rischi che il fallito riacquisti la disponibilità del bene.

Il discorso, sin qui lineare, pare però aggrovigliarsi quando le Sezioni Unite arrivano a considerare l’ipotesi di sequestro qui rilevante, vale a dire quello preventivo ai fini di confisca (art. 321, co. 2, c.p.p.)¹⁰: questo, si ricorda, trova applicazione non solo rispetto alla confisca “ordinaria” di cui all’art. 240 c.p. (cui si riferiva la giurisprudenza Focarelli) ma anche alle numerose fattispecie “speciali” di confisca obbligatoria e per equivalente via via aggiunte nel corpus del Codice penale o nella legislazione complementare, e tra le quali – per quanto qui interessa – rientra quella per i reati tributari di cui all’art. 12-bis, d.lgs. 74/2000. Nel regolarne i rapporti con il fallimento, sulla base del criterio funzionalistico descritto, le Sezioni Unite del 2004 introducevano una distinzione fondata sulla natura obbligatoria o facoltativa della confisca “anticipata” dal sequestro: da un lato, nelle ipotesi di confisca obbligatoria di cui all’art. 240, co. 2, c.p. (confisca del prezzo del reato e delle cose

⁸ F.M. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, in *Fall.*, 2005, pp. 1273 ss.

⁹ Cass., Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 299951, punti 8.1. e 8.2. Il sequestro conservativo, inoltre, in quanto misura “strumentale e prodromica ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto*, deve farsi rientrare, in caso di fallimento dell’obbligato, nell’area di operatività del divieto di cui all’art. 51 l. fall.”, che proibisce azioni di esecuzione individuale in pendenza della procedura fallimentare.

¹⁰ Sull’istituto cfr. per tutti R. BELFIORE, *Il sequestro preventivo. Tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca*, Torino, 2019.

“obiettivamente” criminose), le finalità di tutela dei creditori concorsuali sarebbero sempre destinate a cedere di fronte alle preminenti ragioni di tutela preventiva cui è orientato il sequestro, vale a dire allo scopo di inibire l'utilizzazione di una res che la legge considera pericolosa “in base ad una presunzione assoluta” e di cui mira a impedire qualsiasi ulteriore circolazione, sia pure in mani diverse da quelle del reo¹¹. Nei casi di confisca “discrezionale” di cui all'art. 240, co. 1, c.p. (confisca degli strumenti, del profitto e del prodotto del reato), invece, non trattandosi di impedire una pericolosità “immanente” al bene, ma inerente al rapporto di quest'ultimo con l'autore del reato, l'intervento della procedura fallimentare potrebbe essere idonea a neutralizzare tali condizioni di pericolo, impedendo all'imputato di tornare in possesso delle cose pertinenti al reato e, al contempo, “assicurando la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito”: la legittimità del sequestro, in tali casi, veniva subordinata alla condizione che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, “dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare”, tenendo conto in particolare delle possibilità di ritorno del fallito nella disponibilità dei beni sequestrati (non solo alla chiusura del fallimento, ma anche a causa di un eventuale concordato, ovvero in via surrettizia tramite la fittizia costituzione di diritti di credito o diritti reali nei propri confronti)¹².

In tal modo, quindi, le Sezioni Unite aprivano uno spazio per la possibile “cedevolezza” del sequestro rispetto alla tutela dei diritti dei terzi creditori dell'imprenditore fallito¹³, attraverso un condivisibile bilanciamento delle opposte ragioni in campo affidato alla discrezionalità del giudice e orientato dalla “funzione” in concreto svolta dalla specifica misura. Tuttavia, la tenuta logica di questo ragionamento risultava fragile di fronte al principio dell'assoluta insensibilità al fallimento del sequestro disposto ai fini di confisca obbligatoria, che “blindava” la discrezionalità del giudice escludendo in tali casi qualunque tutela per le ragioni creditorie: invero, la presunzione di intrinseca pericolosità della res, da cui dovrebbe desumersi la prevalenza della misura ablativa, non si attaglia a tutte le forme di confisca obbligatoria, e anzi può a buon titolo riferirsi solo all'ablazione delle cose obiettivamente pericolose (ex art. 240, co. 2, n. 2, c.p.). Proprio a partire da questo rilievo critico si è aperto, nella giurisprudenza successiva, un nuovo contrasto interpretativo, più specificamente riferito alla possibilità di attribuire preminenza alle ragioni tutelate dal fallimento in caso di concorrenza con le ipotesi (numericamente più rilevanti) di confisca obbligatoria, diverse da quelle aventi a oggetto beni intrinsecamente pericolosi¹⁴.

¹¹ Cass., Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951, punto 4.2.a.

¹² Cass., Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951, punto 4.2.b.

¹³ M. BONTEMPELLI, *I sequestri penali e la tutela dei terzi*, cit., p. 1333.

¹⁴ Si contrapponeva, in particolare, la tesi secondo cui, nell'affermare la prevalenza del vincolo cautelare, le Sezioni Unite avessero inteso considerare esclusivamente la natura facoltativa o obbligatoria della confisca, ovvero avessero guardato

3.1. (segue) ii) le Sezioni Unite Uniland e il principio della coesistenza dei vincoli

Sul nuovo contrasto interpretativo, le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi a circa dieci anni di distanza dal caso Focarelli. La sentenza Uniland del 2015¹⁵ ha segnato un radicale mutamento di paradigma rispetto al proprio precedente arresto, attraverso l’abbandono del criterio di distinzione tra confische facoltative e obbligatorie. Va subito precisato, peraltro, che in questa occasione il tema della concorrenza tra procedura concorsuale e vincolo cautelare è stato analizzato dalla Corte rispetto al sequestro e alla confisca del profitto previsti nel sistema della responsabilità da reato degli enti, ex artt. 19 e 53 del d.lgs. 231/2001: pertanto, sebbene i principi affermati dalla pronuncia siano in parte suscettibili di estendersi anche al di fuori del “sistema 231”¹⁶, l’impianto argomentativo risulta senza dubbio condizionato dalle specificità di tale ambito normativo.

La premessa fondamentale da cui muove la Corte, infatti, è la natura della confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 quale sanzione principale, obbligatoria e autonoma per l’ente condannato¹⁷, cui si correla la finalità del sequestro preventivo a essa funzionale, consistente nel preservare i beni illecitamente acquisiti dall’ente da eventuali sparizioni od occultamenti, in modo da consentirne la confiscabilità in caso di condanna. Da ciò dovrebbe desumersi, allora, che lo Stato non può in nessun caso rinunciare all’apposizione del vincolo cautelare, anche in caso di concorso con una procedura concorsuale¹⁸.

La regola dell’obbligatorietà, d’altra parte, incontra un limite nell’esigenza di salvaguardare “i diritti acquisiti dai terzi in buona fede”, secondo quanto disposto dallo stesso art. 19: e sebbene tale clausola per la giurisprudenza debba intendersi riferita solo al diritto di proprietà e agli altri diritti

alle sole ipotesi di intrinseca pericolosità della *res*. Per opportuni riferimenti giurisprudenziali si rinvia a P. SILVESTRI, *Confisca, diritti dei terzi e fallimento*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 423 ss.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170. Tra i molti contributi a commento della pronuncia, cfr. M. RIVERDITI, *Le Sezioni Unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2015; M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in *Arch. pen.*, 3/2015, pp. 1 ss.; D. BIANCHI, *Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex D.lgs. n. 231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 1995 ss.; C. SANTORIELLO, *Procedura fallimentare e responsabilità degli enti: un rapporto ancora problematico*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2015, pp. 185 ss.

¹⁶ Lo osserva D. AMATO, *Sequestro preventivo*, cit., p. 1274.

¹⁷ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, punto 4.1. In precedenza, cfr. già Cass., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. Sull’esatta portata della connotazione “sanzionatoria” della confisca in esame – non necessariamente da intendersi come “punitiva” – si vedano le condivisibili osservazioni di M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2015, pp. 1683 ss. e V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca d’identità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1773 ss.

¹⁸ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, punto 6.1.

reali esistenti sui beni confiscabili¹⁹, con esclusione dei diritti di credito, le Sezioni Unite ammettono tuttavia che i creditori insinuati nel procedimento fallimentare, una volta ricevuta l’assegnazione dei beni all’esito del riparto dell’attivo, acquisiscano su di essi la titolarità di un diritto azionabile davanti al giudice penale (a seconda dei casi, in sede di cognizione o di giudizio di esecuzione, a confisca già avvenuta).

La soddisfazione dei creditori concorsuali, in questa prospettiva, viene legata al riconoscimento della possibile coesistenza tra vincolo reale e vincolo fallimentare, sul presupposto che l’uno e l’altro siano orientati a finalità “del tutto differenti e tra loro non confliggenti”²⁰. All’interno di questa costruzione, i creditori concorsuali sarebbero legittimati a far valere le loro pretese davanti al giudice penale, a cui esclusivamente spetterebbe l’accertamento del presupposto di buona fede richiesto dall’art. 19: la condizione per ottenere tale tutela, però, sarebbe il previo accertamento del diritto da parte del giudice fallimentare.

Per converso, in caso di confisca disposta in pendenza di una procedura fallimentare, lo Stato sarebbe a sua volta tenuto a insinuarsi nel fallimento per far valere il proprio diritto, da soddisfarsi “dopo che siano stati salvaguardati i diritti dei terzi acquisiti in buona fede”²¹.

Tale soluzione, sia pure connotata da una sua logicità, ha inevitabilmente prestato il fianco a obiezioni critiche, soprattutto alla luce delle difficoltà pratiche derivanti dal reciproco condizionamento tra gli esiti della procedura fallimentare e del processo a carico dell’ente. Come osservato in dottrina, infatti, l’insistenza del sequestro sui beni attratti nella massa fallimentare può ostacolare l’avanzamento della procedura di liquidazione e, in ogni caso, impedire la distribuzione dell’attivo ai creditori concorsuali, che si trovano così costretti ad attendere la pronuncia definitiva del giudice penale per poter soddisfare le proprie pretese; per converso, nel caso di condanna precedente alla liquidazione fallimentare, la stessa esecuzione della confisca sarebbe subordinata all’insinuazione dello Stato nel passivo (peraltro, in posizione di creditore privilegiato ex art. 27, d.lgs. 231/2001)²².

Per questi motivi, anche il quadro delineato dalle Sezioni Unite del 2015 non è parso soddisfacente ed è stato rapidamente messo in discussione da successivi orientamenti giurisprudenziali.

¹⁹ Si tratta di interpretazione analoga a quella fornita rispetto al concetto di “appartenenza” a persona estranea al reato, che esclude l’applicabilità della confisca della persona fisica (cfr. ad es. art. 240, co. 3 c.p., su cui v. *infra*): per l’estensione ai diritti reali di godimento e garanzia diversi dalla proprietà, cfr. Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, Bacherotti.

²⁰ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, punto 6. Valuta con favore il principio di coesistenza dei vincoli, sia pure con accenti critici rispetto alla complessiva soluzione adottata dalla sentenza, M. RIVERDITI, *Le Sezioni Unite*, cit.

²¹ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, punto 6.4.

²² D. BIANCHI, *Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca*, cit., pp. 1999 ss.

3.2. (segue) *iii) la questione della legittimazione a impugnare del curatore fallimentare e l'approdo delle Sezioni Unite Mantova Petroli*

L'insofferenza verso la soluzione tracciata dalle Sezioni Unite del 2015 si è dapprima manifestata rispetto a un collaterale profilo processuale di quella decisione, per quanto strettamente intrecciato al tema dei rapporti sostanziali tra sequestro e fallimento: quello, cioè, della legittimazione del curatore fallimentare a impugnare il provvedimento di sequestro preventivo (proponendo istanza di riesame o di revoca della misura ex art. 322 c.p.p., o ricorso per Cassazione ex art. 325 c.p.p.). Invero, mentre nella pronuncia del 2004 tale legittimazione era stata riconosciuta – evidenziando come il curatore agisca “per la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio”, in adempimento alla “sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione dell’attivo fallimentare”²³ –, il diverso impianto concettuale edificato dalle Sezioni Unite nel caso Uniland ha trascinato con sé, in modo quasi inevitabile, conclusioni opposte: si è affermato, per un verso, che il curatore, oltre a non poter vantare alcun diritto sulla massa fallimentare, non potrebbe nemmeno agire in rappresentanza dei creditori, che a loro volta non sono titolari di diritti restitutori prima della chiusura della procedura; si è negato, per altro verso, che il curatore abbia “un interesse concreto giuridicamente tutelabile ad opporsi ai provvedimenti di sequestro e confisca”, non arrecando questi alcun pregiudizio all’integrità della massa fallimentare²⁴.

Si è già visto, però, come specialmente quest’ultimo assunto sia smentito dalla considerazione pratica per cui l’insistenza del vincolo del sequestro preclude la liquidazione dei beni appartenenti alla massa fallimentare, oltre che il pagamento dei creditori in seguito al riparto dell’attivo, che costituisce uno dei compiti del curatore del fallimento²⁵. Nella giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite del 2015, pertanto, si è formato un orientamento favorevole a riconoscere in capo alla curatela la legittimazione a impugnare il sequestro preventivo, quantomeno in relazione ai casi in cui la misura cautelare fosse successiva alla dichiarazione di fallimento: a sostegno della valorizzazione del criterio temporale, si portava il dato normativo di cui agli artt. 322, 322-bis e 325 c.p.p., che include tra i soggetti legittimati a impugnare la “persona cui le cose sono state sequestrate”, ravvisando tale qualità in capo al curatore che, dopo aver iniziato la gestione fallimentare, ha acquisito l’effettiva disponibilità dei beni²⁶.

²³ Cass., Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951, punto 5.

²⁴ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, punto 9.

²⁵ Ampiamente cfr. M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita*, cit., p. 14. Sul punto, si veda anche F. BELLAGAMBA, *La legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare provvedimenti dispositivi di misure cautelari reali in attesa dell’entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1518.

²⁶ *Ex multis*, cfr. Cass., sez. III, 7 ottobre 2016, n. 42469; Cass., sez. III, 10 ottobre 2018, n. 45574. In dottrina, cfr. E. BASILE, *I controversi rapporti tra confisca per equivalente e fallimento: legittimazione del curatore ad agire in sede*

Sollecitate nuovamente a intervenire sul punto, nel caso Mantova Petroli del 2019 le Sezioni Unite hanno infine rovesciato l'orientamento della sentenza Uniland, riconoscendo la sussistenza in capo al curatore, pur a prescindere da ogni dato temporale, della legittimazione “a chiedere la revoca del sequestro preventivo ai fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale”²⁷.

Secondo le Sezioni Unite, infatti, quale che sia il momento di adozione del sequestro, il curatore fallimentare rientra tra i soggetti titolari di un “diritto alla restituzione” dei beni sequestrati, cui pure i citati artt. 322, 322-bis e 325 c.p.p. riconoscono espressamente la legittimazione a impugnare i provvedimenti cautelari reali. La titolarità di tale diritto restitutorio, infatti, non richiede che sulla res la persona vanti un diritto reale, ma presuppone una “disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata del bene”, quale è sicuramente quella conferita al curatore, ai sensi degli artt. 42 e ss. l. fall.: questi, in particolare, disporrebbe di una detenzione qualificata sulla massa fallimentare, in ragione della rilevanza pubblicistica dei suoi compiti di gestione, oltre a perseguire istituzionalmente la “funzione di conservazione e reintegrazione della massa attiva del fallimento ai fini del soddisfacimento delle ragioni dei creditori a cui la procedura fallimentare è istituzionalmente destinata”.

Ciò detto, tuttavia, occorre evidenziare come il revirement operato dalle Sezioni Unite, rispetto al proprio precedente del 2015, si limiti al profilo processuale della legittimatio ad impugnandum del curatore fallimentare, senza toccare espressamente il sottostante problema sostanziale dei rapporti tra fallimento e sequestro: la ricostruzione della Corte, certamente, lascia intendere che vi sia uno spazio per l'accoglimento dell'impugnazione del curatore, non limitata ai casi di mancanza dei presupposti applicativi della misura reale, senza però nemmeno sottintendere la prospettiva di un'automatica prevalenza del vincolo fallimentare su quello cautelare²⁸. Nel concreto caso esaminato, infatti, la Corte concludeva per la conferma del sequestro preventivo – che significativamente era proprio finalizzato alla confisca tributaria di cui all'art. 12-bis d.lgs. 74/2000 – non ritenendo dimostrata la prevalenza delle ragioni del fallimento rispetto agli interessi pubblicistici all'ablazione patrimoniale: come è stato osservato, in questa posizione può leggersi una riviviscenza del criterio del “bilanciamento di interessi” elaborato dalle Sezioni Unite Focarelli (sia

esecutiva e criteri cronologici di prevalenza, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, pp. 328 ss.

²⁷ Cass., Sez. Un., 13 novembre 2019, n. 45936, con note di D. AMATO, *Sequestro preventivo*, cit., pp. 1269 ss.; E. GRISONICH, *Il cambio di rotta delle Sezioni Unite: riconosciuta la legittimazione del curatore a proporre l'istanza di revoca e le impugnazioni in materia cautelare reale*, in *Sist. pen.*, 13 novembre 2019. Sull'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. III, ord. 23 maggio 2019, n. 22602), cfr. FE. MAZZACUVA, *La Cassazione torna sul rapporto tra sequestri/confische e procedure concorsuali: rimessa alle Sezioni unite la vexata quaestio della legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare i provvedimenti cautelari reali*, in *Dir. pen. cont.*, 2 luglio 2019.

²⁸ Così, M. BONTEMPELLI, *I sequestri penali e l'evoluzione della tutela dei terzi*, cit., p. 1341.

pure da queste ultime limitato alla sola confisca facoltativa, e invece ora esteso anche a un'ipotesi di confisca obbligatoria)²⁹.

4. Verso un nuovo intervento delle Sezioni Unite: il nodo dell'appartenenza a persona estranea al reato

Dopo aver ripercorso i “disorientamenti” della giurisprudenza passata, si comprende bene come la questione del conflitto tra fallimento e sequestro continui ad assillare la giurisprudenza presente. Per il momento tenendo da parte il tentativo di risoluzione operato dal legislatore nel nuovo Codice della crisi d'impresa – non rilevante *ratione temporis* per le procedure concorsuali instaurate anteriormente alla sua entrata in vigore –, si tratta quindi di individuare i termini del dibattito in corso, di cui anche l'ordinanza in commento dà sinteticamente conto.

Sul punto, seppur all'interno di una varietà di argomentazioni proposte, è possibile riscontrare due principali filoni interpretativi: l'uno contrario, l'altro favorevole ad ammettere la legittimità del sequestro (e della successiva confisca) su beni in precedenza attratti nell'alveo di una procedura fallimentare³⁰. Va peraltro precisato che, pur assumendo di per sé portata più generale, la questione si è specificamente declinata con riguardo alla specifica ipotesi del sequestro funzionale alla confisca tributaria.

La tesi della prevalenza della misura reale sulla concorrente tutela dei creditori concorsuali viene per lo più sostenuta alla luce del carattere obbligatorio della confisca cui il sequestro è strumentale: talora, si richiama in questa direzione il “vecchio” insegnamento della pronuncia Focarelli, fondato sull'idea (per quanto inesatta, si è visto) dell'intrinseca pericolosità delle cose confiscate in via obbligatoria, da cui deriverebbe l'assoluta insensibilità al fallimento del provvedimento ablativo, per realizzare la superiore esigenza di inibizione dell'utilizzo della res³¹; in altre occasioni, quale ulteriore argomento a sostegno dell'imprescindibilità del sequestro, si pone l'accento sulla finalità sanzionatoria della confisca tributaria (in tal modo riecheggiando, invece, le motivazioni della sentenza Uniland)³².

Secondo il contrario orientamento, l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-bis d.lgs. 74/2000 sarebbe radicalmente preclusa rispetto ai beni già

²⁹ F. BELLAGAMBA, *La legittimazione del curatore fallimentare*, cit., pp. 1521 ss.

³⁰ Ricostruisce il dibattito D. COLOMBO, *La dichiarazione di fallimento quale causa ostativa al sequestro preventivo ex art. 12-bis d.lgs. 74/2000*, cit.

³¹ Cfr. ad es. Cass., sez. III, 2 ottobre 2019, n. 47103; Cass., sez. III, 7 giugno 2017, n. 28077; Cass., sez. III, 1° marzo 2016, n. 23907.

³² Cass., sez. III, 25 maggio 2020, n. 15779; Cass., sez. III, 25 maggio 2020, n. 15776.

assoggettati a vincolo fallimentare, “posto che la dichiarazione di fallimento comporta il venir meno in capo al fallito del potere di disporre del proprio patrimonio e l’attribuzione al curatore, terzo estraneo al reato, del compito di gestire tale patrimonio al fine di evitarne il depauperamento”³³. Ne deriva che il sequestro preventivo sarebbe illegittimo e la confisca non potrebbe disporsi: con la precisazione che, nel caso in cui il fallimento coinvolga la società in cui ha operato l’imputato (come accade nel caso di specie), a essere esclusa sarebbe la confisca diretta, rimanendo aperta la possibilità di disporre la confisca per equivalente nei confronti dell’imputato persona fisica³⁴.

A questo secondo indirizzo si conforma specificamente l’ordinanza del Tribunale di Verona: secondo il giudice del riesame, infatti, con la sentenza di fallimento il fallito è privato della disponibilità dei propri beni, il cui possesso materiale e giuridico è attribuito al curatore. Ciò porta ad affermare che, nel caso di specie, “le somme sequestrate sono estranee alla disponibilità degli imputati e, quindi, non possono essere legittimamente attinte dal provvedimento ablatorio”.

Da tali argomentazioni sembra trarsi che l’illegittimità del provvedimento ablativo sia correlata, sul piano giuridico, alla circostanza che i beni attratti al fallimento “appartengano” a una “persona estranea al reato”, id est il curatore, e quindi alla ricorrenza della clausola di esclusione della confisca prevista, a tutela dei terzi “innocenti”, dall’art. 12-bis, d.lgs. 74/2000 (ma pure dall’art. 240, co. 3, c.p. e da altre disposizioni speciali)³⁵. Sebbene non sempre enucleato in termini chiari, tale profilo riveste importanza cruciale per la risoluzione del contrasto interpretativo in esame e, non a caso, costituisce specifico oggetto della questione recentemente rimessa alle Sezioni Unite.

L’ordinanza che ha sollevato la questione³⁶, infatti, richiama la tesi giurisprudenziale secondo cui, ai fini della nozione di “appartenenza”, non rileva tanto la proprietà o la formale titolarità del bene, ma il “sostanziale dominio” su di esso, la sua disponibilità giuridica: con la sentenza di fallimento, allora, verrebbe meno lo stesso presupposto di confiscabilità dei beni della massa fallimentare, in quanto questi “cessano di appartenere in senso dinamico al soggetto fallito, che di essi non può più disporre né godere in termini giuridicamente rilevanti, essendo essi ormai

³³ Cass., sez. III, 10 ottobre 2018, n. 45574; Cass., sez. III, 20 dicembre 2021, n. 47299; Cass., sez. II, 19 maggio 2022, n. 19682.

³⁴ Cass., sez. III, 4 ottobre 2019, n. 51462; Cass., sez. III, 13 maggio 2020, n. 14766.

³⁵ Sulle nozioni di “appartenenza” e di “estraneità al reato” cfr. per tutti F. MUCCIARELLI, *Profili generali (Art. 240 c.p.)*, in T. E. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, pp. 150 ss.

³⁶ Cass., Sez. III, ord. 29 novembre 2022, n. 7633, cit., che ha formulato il seguente quesito: “se, in caso di fallimento dichiarato anteriormente alla adozione del provvedimento cautelare di sequestro preventivo, emesso nel corso di un procedimento penale relativo alla commissione di reati tributari, avente ad oggetto beni attratti alla massa fallimentare, l’avvenuto spossessamento del debitore erariale, indagato o, comunque, soggetto inciso dal provvedimento cautelare, per effetto della apertura della procedura concorsuale operi o meno quale causa ostativa alla operatività del sequestro ai sensi dell’art. 12-bis, comma 1, del d.lgs. n. 74 del 2000, secondo il quale la confisca e, conseguentemente il sequestro finalizzato ad essa, non opera nel caso di beni, pur costituenti il profitto o il prezzo del reato, se questi appartengono a persona estranea al reato”.

funzionalizzati alla soddisfazione dei creditori del fallito e idonei a rientrare nella sua disponibilità solo dopo che costoro fossero, in una eventualità invero piuttosto remota, stati tutti soddisfatti”³⁷.

In questa prospettiva, come evidenziato anche dalla pronuncia in commento, perde di ogni capacità persuasiva la valorizzazione del carattere sanzionatorio della confisca per giustificarne la prevalenza sull’attrazione alla massa fallimentare: la sanzione, infatti, andrebbe a colpire soggetti diversi rispetto all’autore del reato, cioè i suoi creditori.

5. *Le questioni ancora aperte*

In attesa di vedere se il probabile nuovo intervento delle Sezioni Unite sarà davvero risolutivo nel definire i rapporti tra confisca e fallimento, è possibile avanzare alcune riflessioni finali, anche alla luce delle ulteriori argomentazioni proposte dall’ordinanza commentata.

Come già ricordato, in passato la giurisprudenza si era opposta alla tesi per cui lo “spossessamento” prodotto dalla sentenza di fallimento si traduca di per sé nel venir meno della “appartenenza” dei beni in capo al fallito, il quale non solo conserverebbe la titolarità formale e la capacità di realizzare atti validi nei confronti dei terzi estranei al fallimento, ma avrebbe anche diritto di rientrare nella disponibilità dell’eventuale residuo all’esito del riparto (v. supra, § 3). Se quest’ultima costituisce un’eventualità tutto sommato remota – ed è peraltro condivisibile che al concetto di “appartenenza” venga assegnata in tale contesto un’accezione dinamica, sostanzialmente coincidente con l’idea di disponibilità materiale e giuridica –, il punto più delicato attiene all’individuazione della persona “estranea al reato” cui l’appartenenza stessa sia riconducibile, quale presupposto per integrare la clausola di salvaguardia prevista dall’art. 12-bis d.lgs. 74/2000 (e disposizioni similari per confische diverse da quella tributaria): sicuramente “terzo estraneo” è il curatore³⁸, ma in prospettiva diacronica i beni fallimentari sembrano piuttosto appartenere ai creditori, cui gli stessi sono in ultima analisi destinati a essere attribuiti, e rispetto ai quali si porrebbe il problema di accertamento della buona fede. Ulteriore complicazione emerge nei casi – tra cui rientra quello in esame – in cui il destinatario della confisca diretta del profitto sia già ab initio individuato in un soggetto diverso rispetto all’imputato, sul presupposto della non estraneità al reato del medesimo: è quel che accade proprio rispetto alla confisca tributaria applicata nei confronti della società che abbia tratto vantaggio dalla commissione del reato dell’amministratore persona fisica.

Ciò detto, tuttavia, la condivisibile valorizzazione delle esigenze di tutela del ceto creditorio

³⁷ Cass., sez. III, 18 marzo 2022, n. 11068.

³⁸ Non convince l’argomento, utilizzato dalle Sezioni Unite *Focarelli*, secondo cui il curatore, pur essendo soggetto terzo, non sarebbe “estraneo” al reato perché parteciperebbe alla “utilizzo” dei profitti derivati dall’illecito: si leggano in merito le osservazioni critiche di D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, cit., pp. 403-404.

può essere raggiunta anche prescindendo dal dato formale dell'appartenenza a terzi estranei delle cose di pertinenza della massa fallimentare, come bene emerge dalla lettura dell'ordinanza del Tribunale di Verona. La pronuncia, infatti, richiamando implicitamente l'approccio suggerito dalle Sezioni Unite del 2019, subordina in ogni caso la legittimità del sequestro alla necessità che il giudice dimostri in concreto la “prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare”.

Ebbene, all'interno di questo bilanciamento di interessi, non può non assumere rilievo decisivo la circostanza della perdita di disponibilità dei beni in capo agli imputati, resa per giunta definitiva dalla loro estromissione dai ruoli societari e dalla loro esclusione dallo stato passivo. Questa circostanza renderebbe superflua la ragione “preventiva” tradizionalmente riconosciuta alla confisca del profitto (per effetto dell'inclusione dell'art. 240 c.p. tra le misure di sicurezza patrimoniali), escludendo il concreto pericolo che il permanere della res nella disponibilità del reo possa costituire incentivo per l'ulteriore commissione di delitti.

D'altra parte, anche se si abbandona l'anacronistico inquadramento preventivo della confisca diretta del profitto del reato, sembrano comunque sussistere ragioni sufficienti per accordare preminenza alla procedura concorsuale³⁹. Nella prospettiva che accorda all'ablazione natura punitivo-sanzionatoria, come si è già detto, non sarebbe accettabile il prodursi di conseguenze sfavorevoli su soggetti diversi dall'autore del fatto. Secondo la più condivisibile tesi che assegna alla confisca in esame un'essenza “ripristinatoria”, limitandosi a elidere il vantaggio ingiustamente conseguito tramite il reato⁴⁰, occorre evidenziare che, quando il profitto si identifichi nel “risparmio di spesa” conseguente all'evasione tributaria, la finalità ablativa risulta già adeguatamente soddisfatta dalla procedura concorsuale: come osservato dalla Cassazione, infatti, la posizione dell'Erario “non è ontologicamente dissimile da quella dei soggetti che si siano insinuati nel fallimento”, cioè di titolarità di un credito insoddisfatto nei confronti della società fallita⁴¹. D'altra parte, l'applicazione della misura ablativa determinerebbe una violazione della par condicio creditorum, in quanto il creditore erariale riceverebbe soddisfazione privilegiata rispetto agli altri creditori concorsuali.

Vi è ancora un profilo di interesse che emerge dall'ordinanza commentata. Accogliendo un motivo di ricorso presentato dalla difesa della curatela, il Tribunale di Verona evidenzia come il venir meno della disponibilità dei beni oggetto di sequestro in capo agli imputati si traduca anche nella carenza del periculum in mora richiesto per l'emanazione della misura cautelare. L'argomento è

³⁹ D. COLOMBO, *La dichiarazione di fallimento quale causa ostativa al sequestro preventivo ex art. 12-bis d.lgs. 74/2000*, cit.

⁴⁰ Sul complesso tema della natura giuridica della confisca del profitto, che non è possibile ricostruire in tal sede, si rinvia per tutti a T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit.

⁴¹ Così la citata ordinanza di remissione, Cass., Sez. III, ord. 29 novembre 2022, n. 7633, punto 4.4.

significativo soprattutto alla luce della recente presa di posizione delle Sezioni Unite, che hanno affermato come, anche per il sequestro funzionale a confisca obbligatoria, la valutazione dell'esigenza cautelare non possa appiattirsi sulla mera "confiscabilità" del bene, ma debba dar conto delle ragioni che richiedono di anticipare gli effetti della confisca prima della sentenza di condanna, indicando gli elementi da cui possa desumersi che "la definizione del giudizio non possa essere attesa, posto che, diversamente, la confisca rischierebbe di divenire successivamente impraticabile"⁴².

Un'ultima considerazione si impone a fronte del nuovo quadro normativo delineato dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza introdotto con d.lgs. n. 14/2019, la cui entrata in vigore è stata però differita sino al 15 luglio 2022, nel testo modificato a opera del d.lgs. 83/2022. Ne consegue che le disposizioni specificamente dettate per regolare la materia in esame non sono direttamente rilevanti rispetto alle procedure concorsuali antecedenti a tale data, tra cui rientra quella oggetto del caso di specie: il che spiega il persistere del contrasto interpretativo, quantomeno con riferimento al passato.

Ora, l'art. 317 del nuovo Codice introduce il criterio della prevalenza del sequestro preventivo ex art. 321 co. 2 c.p.p. rispetto alle procedure concorsuali, operando un rinvio alla disciplina già prevista dal c.d. Codice antimafia (d.lgs. 159/2011) in tema di sequestro e confisca di prevenzione⁴³. Sono due, in particolari, le norme rilevanti: l'art. 63 d.lgs. 159/2011 stabilisce che, nel caso in cui la procedura di liquidazione giudiziale (che ha sostituito la dichiarazione di fallimento) sia aperta dopo il sequestro o la confisca, i beni assoggettati a misura ablativa "sono esclusi dalla massa attiva fallimentare"; per il caso in cui l'apertura della liquidazione giudiziale preceda il provvedimento cautelare, l'art. 64 dispone che i beni siano separati dalla massa attiva del fallimento e consegnati all'amministratore giudiziario. La scelta di campo a favore della preminenza degli strumenti ablativi, d'altra parte, viene bilanciata dall'ampliamento degli spazi di tutela garantiti ai terzi creditori di buona fede (art. 52, d.lgs. 159/2011).

Nonostante sia apprezzabile il tentativo di superare l'incertezza che da sempre avvolge i rapporti di interferenza tra vincoli cautelari e concorsuali, occorre però rilevare come la soluzione prospettata dal nuovo assetto normativo potrebbe risultare non sempre adeguata a soddisfare le esigenze dei creditori concorsuali, subordinandone le pretese ai tempi e alle modalità di accertamento del giudice penale: ciò è tanto più vero nel caso di sequestro ai fini di confisca tributaria, in cui le

⁴² Cass., Sez. Un., 11 ottobre 2021, n. 36959, Ellade.

⁴³ L'art. 317, d.lgs. 14/2019, dispone al co. 1 che "le condizioni e i criteri di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali sulle cose indicate dall'articolo 142 sono regolate dalle disposizioni del Libro I, titolo IV del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159", precisando al successivo co. 2 che "per misure cautelari reali di cui al comma 1 si intendono i sequestri delle cose di cui è consentita la confisca disposti ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice di procedura penale".

stesse ragioni della confisca potrebbero già essere realizzate all'interno della procedura concorsuale. D'altra parte, occorre considerare che l'applicabilità delle nuove disposizioni lascia impregiudicata la questione della sussistenza dei requisiti della misura ablativa, sia sostanziali, sia processuali: così, l'adozione del sequestro potrebbe in ogni caso cedere, oltre che riconoscendo l'appartenenza dei beni a persona estranea al reato⁴⁴, anche valorizzando l'indisponibilità del bene in capo al fallito quale elemento che esclude il periculum in mora della misura.

DPEI 2/2023

⁴⁴ Questa la prospettiva suggerita dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite: Cass., Sez. III, ord. 29 novembre 2022, n. 7633, punto 4.5.

Responsabilità degli enti dipendente da reato del sottoposto e unicità del MOG in una recente sentenza del Tribunale di Milano
di **Laura De Stradis**

*Dottoranda di ricerca in Diritto penale presso il Dipartimento di Scienze giuridiche presso
l'Università del Salento*

Nota a Tribunale di Milano, X sez. pen., 23 maggio 2023 (ud. 6 marzo 2023), n. 3314

Sommario: 1. Premessa. – 2. La vicenda processuale. – 3. Unicità o pluralità del paradigma soggettivo di imputazione dell'illecito all'ente. – 4. Imputazione soggettiva e ruolo del MOG nell'illecito dell'ente dipendente da reato del sottoposto. – 4.1. Unicità o pluralità dei MOG. – 4.2. Unicità o pluralità dello standard di adeguatezza dei MOG. – 5. Il trattamento sanzionatorio.

1. Premessa

Con la sentenza in esame, il Tribunale di Milano ha accertato la responsabilità di una nota società operante nel settore farmaceutico per l'illecito amministrativo previsto dagli articoli 5, comma 1, lett. b), 7 e 25, comma 2, del d.lgs. n. 231/2001, in relazione al reato presupposto di cui agli artt. 110 e 321 c.p. – quest'ultimo in relazione agli artt. 319 e 319-bis c.p. – commesso da due soggetti sottoposti alla direzione e alla vigilanza degli organi apicali. Per l'effetto, il Tribunale ha condannato la società al pagamento della sanzione pecuniaria di 200.000 euro e ha disposto la confisca della somma di 148.520 euro, già messa a disposizione dall'ente quale profitto del reato.

La decisione riveste particolare importanza, in quanto costituisce una delle prime pronunce in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche dipendente dal reato di un cd. sottoposto ex artt. 5, comma 1, lett. b) e 7 d.lgs. 231/2001. Come rilevato dallo stesso Tribunale, infatti, non pare esistano precedenti giurisprudenziali specifici sul punto, essendosi la giurisprudenza di merito e di legittimità formata esclusivamente sull'art. 6 e dunque sulla responsabilità della *societas* conseguente al reato di soggetti apicali¹.

In particolare, la sentenza fornisce l'occasione per esaminare un tema di notevole rilevanza

¹ Cfr. Trib. Milano, X sez. pen., 6 marzo 2023, n. 3314, p. 206. Viene citata, unicamente, Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2018, n. 54640, che si limita a specificare che «nel caso di mancata adozione di modelli organizzativi, i presupposti della responsabilità dell'ente, a seconda che si tratti o meno di soggetto apicale, differiscono solo alla condizione che sia concretamente attestato un assetto, ispirato da regole cautelari, destinato comunque ad assicurare quell'azione preventiva, in tal caso essendo necessario provare che il fatto sia stato propiziato dall'inosservanza nel caso concreto della necessaria azione di direzione o vigilanza». Anche la dottrina evidenzia, in termini più generali, la scarsità di giurisprudenza, specie in tema di idoneità dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, cfr. O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in G. LATTANZI/P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Vol. I: Diritto sostanziale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 216.

teorica e pratica nell'ambito della responsabilità 231, non ancora affrontato *ex professo* dalla giurisprudenza di legittimità. Il Tribunale di Milano si è, infatti, soffermato sulla questione della ricostruzione in chiave unitaria ovvero dualistica, in funzione della riferibilità del reato-presupposto a un apicale piuttosto che a un sottoposto, del modello organizzativo, nonché dei criteri di valutazione dell'idoneità del modello nel caso di reato-presupposto commesso da un soggetto non apicale. Ci si chiede, in particolare, se i parametri alla stregua dei quali vagliare l'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli siano diversi a seconda che il reato venga commesso da un apicale o da un sottoposto, come sembrerebbe suggerire il tenore letterale degli articoli 6 e 7 del d.lgs. 231/2001, ovvero se tali parametri siano in entrambi i casi sostanzialmente i medesimi.

È innegabile che la risposta in un senso o nell'altro ad un tale quesito possa avere importanti riflessi in termini di accertamento della responsabilità dell'ente – al di là delle specificità della vicenda in esame –, che potrebbero influire in misura più o meno variabile sul suo esito processuale finale. Nondimeno, anche nell'ottica di una più completa e precisa ricostruzione dogmatica del sistema delineato nel d.lgs. 231/2001 – che non si soffermi esclusivamente sulla tanto discussa portata dell'art. 6 – sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore da parte della Suprema Corte in ordine alla questione giuridica prospettata e, più in generale, al tipo di responsabilità scaturente per l'ente dalla condotta criminosa dei non-apicali. Nell'attesa, pare utile ricostruire la posizione del Tribunale di Milano sul punto, ripercorrendo dapprima brevemente la vicenda portata al suo vaglio.

2. La vicenda processuale

Nel caso all'esame del collegio milanese, alla società imputata si contesta di non aver adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato di corruzione aggravata commesso nel suo interesse e vantaggio da due persone sottoposte alla direzione e alla vigilanza dei vertici aziendali. La sentenza non si sofferma sull'accertamento del reato-presupposto, avendo questo formato oggetto di separato procedimento, culminato con la condanna in primo grado nei confronti delle persone fisiche imputate.

Nello specifico, un dipendente e un agente di commercio² della società avrebbero stipulato con il Direttore di Struttura Complessa della Divisione Ortopedia e Traumatologia dell'ospedale pubblico C.T.O. di Milano un accordo corruttivo in forza del quale il chirurgo ortopedico, dal 2012

² La possibilità di ricomprendere nella nozione di "sottoposti" ex art. 5, comma 1, lett. a), d.lgs. 231/2001 anche soggetti esterni all'organigramma aziendale, ossia collaboratori non legati alla persona giuridica da un rapporto di lavoro subordinato, quali, per l'appunto, gli agenti di commercio in regime di lavoro autonomo, è generalmente riconosciuta dalla giurisprudenza oltre che dalla dottrina, cfr. G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 ottobre 2012, p. 28.

al 2015, avrebbe favorito l'acquisto e l'impianto di materiale protesico fornito dall'ente – con diretto vantaggio economico per quest'ultimo pari ad almeno 510.609,00 euro – anche in assenza di autorizzazione e in violazione delle procedure pubbliche di approvvigionamento, in cambio di periodici compensi in denaro – corrisposti anche al figlio –, dell'invito a programmi televisivi e a eventi scientifici, anche in qualità di relatore – che gli avrebbero assicurato un significativo ritorno di immagine –, del pagamento di viaggi e soggiorni *a latere* degli eventi scientifici, nonché dell'utilizzo a titolo gratuito, in via abituale ed esclusiva, della strumentazione idonea ad eseguire interventi chirurgici mini invasivi e computer assistiti.

Secondo la prospettazione dell'accusa, le condotte poste in essere dai soggetti corruttori nell'interesse della società imputata sarebbero state realizzate in violazione del modello organizzativo adottato in data 27 marzo 2015 dal C.d.A. di quest'ultima e, in particolare, in violazione dell'allegato n. 5 “Protocolli a presidio delle attività a rischio” p.ti 1.2.3.1 (invito di medici con o senza incarico di relatori), 4.1.1 (contratti di consulenza stipulati con professionisti sanitari), 4.2 (contratti di sponsorizzazione), 13 (eventi scientifici), 17 (gestione dei rapporti con la P.A.), 20 (gestione dei rapporti con gli agenti). La carenza e l'inosservanza degli obblighi di controllo e vigilanza avrebbe impedito la tempestiva rilevazione di numerose violazioni procedurali, spia di un possibile accordo corruttivo, così agevolando la commissione da parte dei sottoposti del reato di corruzione propria, aggravato per l'aver commesso un fatto avente ad oggetto la stipulazione di contratti nei quali era interessata l'amministrazione di appartenenza del pubblico ufficiale corrotto.

Secondo la prospettazione difensiva, in ragione dell'assenza di indici di anomalia tali da allertare l'apparato di controllo, nonché dell'inesigibilità di un sistema di controlli più capillare e invasivo, diverso da quello “a campione” in uso, il MOG della società assistita doveva reputarsi idoneo ed efficacemente attuato, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. 231/2001. Il Tribunale, tuttavia, non ha ritenuto condivisibile questa tesi e, sposando l'assunto accusatorio, ha considerato, in sintesi, dimostrati vari momenti in cui soggetti interni all'ente e diversi dagli autori del reato, con specifiche funzioni di direzione e vigilanza, pur avendo avuto esplicita manifestazione di tali anomalie, non le hanno rilevate e, comunque, hanno omesso di segnalarle a livello superiore. Viene, dunque, più volte evidenziata l'inadeguatezza e la carenza dei necessari flussi informativi, specie verso l'OdV, che avrebbero potuto contribuire a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio, come richiesto dall'art. 7, comma 3, d.lgs. 231/2001. Di conseguenza, ritenendo integrato nel caso in esame il presupposto della colpa di organizzazione, il Tribunale ritiene accertata la responsabilità dell'ente incolpato.

Per comprendere meglio l'iter motivazionale della sentenza in esame, specie in ordine alla ricostruzione del ruolo e delle caratteristiche del modello organizzativo nel caso di reato-presupposto

commesso da un sottoposto, pare opportuno fare alcune precisazioni preliminari in ordine al paradigma di imputazione delineato nell'art. 7, d.lgs. 231/2001.

3. Unicità o pluralità del paradigma soggettivo di imputazione dell'illecito all'ente

Il legislatore italiano ha scelto di prevedere due diversi meccanismi di ascrizione della responsabilità dell'ente in funzione della collocazione all'interno dell'organigramma aziendale della persona autrice del reato-presupposto. Gli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001 differenziano, infatti, i criteri di imputazione soggettiva del fatto di reato all'ente a seconda che il reato-presupposto sia commesso dai soggetti indicati dall'art. 5, comma 1, lett. a) – ossia 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 da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (cd. apicali) –, ovvero dai soggetti indicati dall'art. 5, comma 1, lett. b) – ossia persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a) (cd. sottoposti).

Nel primo caso, «l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)». Nel secondo caso, l'ente risponderà se la realizzazione del reato «è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza» e, in ogni caso, tale inosservanza è esclusa «se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

Tale differenziazione ha fatto sorgere la dibattuta questione della ricostruzione in chiave pluralistica piuttosto che unitaria dei criteri soggettivi di imputazione dell'illecito alla persona giuridica³. Sin dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, ci si è chiesti, infatti, se la criteriologia di ascrizione della responsabilità all'ente ricavabile dagli artt. 6 e 7 risponda a un paradigma unitario e monistico oppure a un paradigma differenziato e pluralistico, a seconda del tipo di autore-persona

³ Su cui v., approfonditamente, enucleando, inoltre, quale ulteriore paradigma ascrittivo quello di cui all'art. 8 d.lgs. 231/2001, C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1516 ss.

fisica del reato-presupposto. Il che equivale a domandarsi se «la colpevolezza della persona giuridica conosca uno solo, o più modelli/paradigmi»⁴.

Gli artt. 6 e 7, nel differenziare i criteri di imputazione soggettiva, paiono, invero, delineare propriamente un doppio regime ascrittivo. Tuttavia, a dispetto del dato letterale, l'interrogativo di fondo permane, non essendo del tutto chiaro se a diversità di tipi di autore corrisponda un'effettiva diversità di titoli di responsabilità, ovvero se, al di là delle varianti di ogni singolo sottocriterio ascrittivo, sia possibile individuare un unico titolo di responsabilità, avente sotto il profilo soggettivo un comune tratto omogeneizzante⁵.

Fino a poco tempo addietro, parte consistente della dottrina sembrava mostrare preferenza per la ricostruzione in chiave pluralistica dell'imputazione del fatto di reato all'ente. Si tendeva, in effetti, a rimarcare la dissonanza tra le due disposizioni in esame⁶, attingendo altresì alla *ratio* del composito disegno normativo, direttamente ricavabile dalla Relazione al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231. In particolare, il complesso meccanismo ascrittivo delineato nell'art. 6 nel caso di reato commesso dagli apicali, caratterizzato dall'infelice opzione per l'inversione dell'onere della prova, posto a carico dell'ente, sarebbe legato a doppio filo con la teoria dell'immedesimazione organica – ancora predominante al tempo dell'entrata in vigore del decreto⁷. Il legislatore partiva, infatti, «dalla presunzione (empiricamente fondata) che, nel caso di reato commesso da un vertice, il requisito “soggettivo” di responsabilità dell'ente [fosse] soddisfatto, dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente»⁸. Solo dimostrando che il reato sia in realtà commesso da un “vertice infedele”, che agisce in netto contrasto con la politica aziendale, riuscendo fraudolentemente a sottrarsi al controllo esercitato dalla *societas*, la persona giuridica potrebbe uscire indenne dalla (eventuale) vicenda giudiziaria.

Adottando quest'ottica interpretativa, secondo autorevole dottrina, la responsabilità dell'ente per il reato commesso dall'apicale non sarebbe «colposa (per difetto di organizzazione, cioè), ma autenticamente dolosa, perché la persona fisica, a causa della sua collocazione apicale, costituisce la mano visibile del vertice aziendale, il soggetto, cioè, che incarna all'esterno la strategia messa in atto dagli apici dell'azienda»⁹. Diversamente, nel caso di reato-presupposto commesso dai sottoposti, la

⁴ Ivi, p. 1531.

⁵ Cfr. C.E. PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1540, il quale evidenzia come si tratti «di decidere se caratterizzare separatamente ogni singolo paradigma imputativo sulla base delle sue - autonome - peculiarità strutturali, ovvero se ricercare una *unità categoriale*, un *genus* comune di cui ogni singolo (sotto)criterio ascrittivo rappresenti la *species*, individuando però al contempo l'elemento caratterizzante comune, la *struttura-base* del nesso imputativo individuabile e costante in ogni singola variante del paradigma».

⁶ Cfr. G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, n. 4, p. 1263.

⁷ In argomento, O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 205.

⁸ Relazione al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, in *Guida al diritto*, 2001, n. 26, p. 36.

⁹ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex*

colpevolezza assumerebbe i caratteri propri di un'agevolazione colposa, nella forma della *culpa in vigilando*, per non aver impedito la realizzazione dell'illecito penale da parte dei soggetti "controllati"¹⁰.

Di recente, nondimeno, si segnala la tendenza, favorita dall'opera interpretativa della giurisprudenza di legittimità, a ridimensionare i tratti distintivi dei criteri imputativi tracciati negli artt. 6 e 7, e a costruire, di conseguenza, in maniera unitaria il paradigma strutturale della responsabilità autonoma e colpevole della *societas*. Si allude, in particolare, al percorso che ha portato la Corte di Cassazione a riconoscere, dapprima nella sentenza sul noto caso *Thyssenkrupp*¹¹ e, successivamente, in maniera ancor più decisa, nella sentenza *Impregilo bis*¹², che l'autentico, e dunque unitario, fondamento della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche è la colpa di organizzazione¹³.

Ridimensionando la valenza dogmatica ed esplicativa della teoria dell'identificazione tra ente e persona fisica, e relegando di conseguenza sullo sfondo il riferimento al soggetto apicale quale incarnazione della politica di impresa, la Suprema Corte afferma che, a prescindere dalla posizione assunta dall'autore del reato presupposto nell'organigramma aziendale, è sempre il deficit organizzativo¹⁴ a consentire «la piana ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale»¹⁵. In definitiva, quindi, è la mancata o insufficiente predisposizione ed implementazione di misure organizzative, gestionali e di controllo idonee a prevenire la commissione di reati del tipo di quello

d.lgs. n. 231/2001), Parte I, in *Cass. pen.*, 2013, p. 377.

¹⁰ *Ibidem*; in tal senso anche R. SABIA/I. SALVEMME, *Costi e funzioni dei modelli di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in A. DEL VECCHIO/P. SEVERINO (a cura di), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Cacucci Editore, Bari, 2016, pp. 435.

¹¹ *Cass. pen.*, Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn, in C.E.D. Cass., n. 261112 su cui v. R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, in *Le Società*, 2015, 2, pp. 219 ss., nonché T. GUERINI, *La responsabilità degli enti nel prisma delle Sezioni Unite: la sentenza Thyssenkrupp*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 1, pp. 81 ss.

¹² *Cass. pen.*, sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, Impregilo s.p.a., in *Sist. pen.*, 20 giugno 2022. Si tratta di una pronuncia che si candida a diventare una delle pietre miliari in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, sulla quale si vedano i commenti di G. DE SIMONE, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *Giur. it.*, 2022, n. 12, pp. 2758 ss.; C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, in *Sist. pen.*, 27 giugno 2022; E. FUSCO/C.E. PALIERO, *L'"happy end" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, *ivi*, 27 settembre 2022; D. BIANCHI, *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni "umbratili" a margine d'una sentenza "adamantina" nel "magma 231"*, *ivi*, 14 ottobre 2022.

¹³ V. *Cass. pen.*, sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, cit., p. 10; negli stessi termini, V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo*, in *Cass. pen.*, 2023, n. 3, p. 707.

¹⁴ Tale sistema di responsabilità fondato sul difetto di organizzazione, nel quale può propriamente cogliersi il fatto proprio e autonomo dell'ente, svela altresì una precipua portata preventiva: «se infatti la matrice della responsabilità dell'ente consiste nel deficit organizzativo del medesimo e, correlativamente, il rispetto del modello prefigurato dal d.lgs. 231/2001 come standard ideale costituisce il parametro per escluderne la responsabilità, proprio tale configurazione dell'addebito e della 'liberazione' da esso diviene funzionale a indurre al rispetto della legalità», cfr. F. MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: tra repressione e prevenzione*, in *disCrimen*, 7 gennaio 2019, p. 13.

¹⁵ *Cass. pen.*, sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, cit., p. 10.

realizzato a rappresentare il reale oggetto del rimprovero penale che si muove alla *societas*¹⁶. Ciò è vero al punto da condurre la Corte a operare un'interpretazione evolutiva dell'art. 6, comma 1, d.lgs. 231/2001 – sia pur dettata dal nobile intento di rendere il sistema compatibile con l'art. 27, commi 1 e 2, Cost.¹⁷ –, nel momento in cui giunge a negare che tale norma preveda una reale inversione dell'onere della prova¹⁸: rappresentando la carenza organizzativa non più un mero fatto impeditivo, ma un elemento costitutivo dell'illecito dell'ente, della sua dimostrazione non può che essere onerata l'accusa, a prescindere dalla collocazione dell'autore materiale del reato nella gerarchia aziendale¹⁹.

In questa prospettiva, che ricostruisce in chiave unitaria la responsabilità dell'ente, finiscono per assumere un ruolo ancora più centrale i modelli organizzativi, «autentico supporto materiale del dovere di organizzazione»²⁰ e, dunque, principale terreno su cui misurare la colpa di organizzazione. Essi, considerati ormai come vero e proprio architrave²¹ del sistema della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche delineato nel d.lgs. 231/2001, svolgono, come si è visto, una funzione essenziale sul piano dell'ascrizione soggettiva del fatto di reato all'ente, impingendo nelle dinamiche stesse dell'imputazione soggettiva²².

4. Imputazione soggettiva e ruolo del MOG nell'illecito dell'ente dipendente da reato del sottoposto

Fatte tali premesse, è possibile ora focalizzarsi più nello specifico sull'oggetto della pronuncia in esame, ossia la responsabilità della società nel caso di reato commesso da un sottoposto, per il cui accertamento il punto di partenza è rappresentato dal primo comma dall'art. 7, d.lgs. 231/2001 che,

¹⁶ Cfr. G. DE SIMONE, *Si chiude finalmente*, cit., p. 2762.

¹⁷ Parlano di vera e propria “interpretazione manipolativa” E. FUSCO/C.E. PALIERO, *L'“happy end” di una saga giudiziaria*, cit., p. 126. Già con riferimento alla sentenza sul caso *Thyssenkrupp*, M. SCOLETTA, *Art. 6 - Profili penalistici*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, Ipsoa, 2019, p. 138, evidenziava come con tale «forzatura ermeneutica» la Suprema Corte sembrasse voler «portare a compimento una rilettura costituzionalmente conforme del modello ascrittivo disegnato dall'art. 6».

¹⁸ Così, G. DE SIMONE, *Si chiude finalmente*, cit., p. 2761.

¹⁹ Pone, in particolare, l'accento sull'indifferenza, in relazione al paradigma ascrittivo, del modello di autore persona fisica V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 708.

²⁰ Cfr. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 382.

²¹ Così, P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE/M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, p. 73; utilizza la stessa espressione anche A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI/P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 241.

²² La felice espressione è di C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 377. In particolare, secondo Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, cit., p. 11, «il modello costituisce uno degli elementi che concorre alla configurabilità o meno della colpa dell'ente, nel senso che la rimproverabilità di quest'ultimo e, di conseguenza, l'imputazione ad esso dell'illecito sono collegati all'inidoneità od all'inefficace attuazione del modello stesso, secondo una concezione normativa della colpa».

come si è visto, connette innanzitutto la responsabilità dell'ente all'inosservanza di obblighi di direzione e vigilanza che abbiano reso possibile la realizzazione dell'illecito penale da parte del dipendente. Problematico risulta, tuttavia, il coordinamento tra il primo e il secondo comma dell'art. 7 che, come accennato, prevede l'esclusione dell'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Non vi è, in realtà, uniformità di vedute circa l'esatta ricostruzione dei rapporti tra inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza e adozione ed efficace attuazione di un modello idoneo sul piano preventivo²³. Difatti, se, da un lato, risulta chiaro che l'implementazione di un modello idoneo sia tale da escludere l'inosservanza dei citati obblighi, e quindi la stessa responsabilità della persona giuridica, dall'altro, non è chiaro se l'assenza o l'inadeguatezza del modello sia tale da integrare di per sé la *culpa in vigilando*, oppure se a tal fine sarà necessario individuare uno specifico deficit di controllo sull'attività dei soggetti in posizione subordinata. Ci si deve chiedere, in sostanza, se, pur in mancanza di un modello adeguato, si possa e si debba comunque riconoscere l'esonero da responsabilità *ex d.lgs 231/2001* ove si accerti che la *societas* abbia adottato adeguate misure di vigilanza²⁴.

La questione è, se pur implicitamente, affrontata dal Tribunale, che, se da un lato riconosce che l'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza può pacificamente prescindere dall'adozione di un modello organizzativo, considerato un mero onere – “un'opportunità”, come viene anche definita in sentenza, per poter andare esente da responsabilità – e non un obbligo, dall'altro lato afferma che una volta che il MOG venga adottato nell'ambito della specifica organizzazione aziendale, le procedure di direzione e vigilanza devono ritenersi “inglobate” nello stesso. Del resto, secondo il Tribunale, tale problema neppure si porrebbe con riferimento alla società tratta a giudizio, in quanto le risultanze istruttorie avrebbero escluso la sussistenza di protocolli operativi ulteriori rispetto a quelli indicati nel modello adottato dall'ente. A questo, pertanto, dovrà farsi riferimento per verificare l'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza indicati nell'art. 7, comma 1.

Per tale ragione, tutti gli sforzi interpretativi del collegio giudicante si concentrano sui commi 2, 3 e 4 dell'art. 7, al fine di verificare l'adeguatezza del modello implementato dalla società. Ciò in quanto, secondo questa ricostruzione, l'art. 7, comma 2, escluderebbe l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza in caso di adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, «nel senso – appunto – che quegli obblighi (di

²³ Sul tema, v. A. F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, Cedam, 2013, pp. 85 ss.

²⁴ *Ibidem*.

direzione e di vigilanza) sono nel modello»²⁵.

In definitiva, sembrerebbe che per il Tribunale, una volta accertata la concreta adozione di un MOG da parte della società imputata, non ci sia più spazio per un autonomo accertamento dell'osservanza di fatto degli obblighi di direzione e vigilanza, risolvendosi tale verifica nella valutazione dell'idoneità e dell'efficace attuazione del MOG.

Tale conclusione pare, tuttavia, cozzare con la premessa iniziale, sposata dallo stesso Tribunale, secondo cui l'osservanza degli obblighi di vigilanza può sussistere indipendentemente dall'adozione del MOG, affermazione che sembra escludere che tale strumento rappresenti la modalità di adempimento esclusiva dei doveri di direzione e controllo. Del resto, neanche in dottrina pare sussistere unanimità di vedute sul punto²⁶. Difatti, si potrebbe anche sostenere che, pur essendo l'accertamento dell'idoneità e dell'efficace attuazione del modello concretamente adottato un passaggio obbligato, dato che l'esito positivo di tale giudizio comporterebbe "in ogni caso" l'esclusione dell'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, nondimeno l'eventuale esito negativo di tale accertamento non esimerebbe l'accusa dal provare, e il giudice dal valutare, l'effettiva inosservanza di obblighi di controllo, tali da aver agevolato la commissione del reato da parte del sottoposto²⁷. In tal senso, si potrebbe affermare che il giudice possa arrestarsi alla mera analisi dell'adeguatezza del MOG solo nel caso in cui tale verifica dia esito positivo, portando all'esclusione della responsabilità dell'ente, nell'ottica del *favor rei*. Non così nell'ipotesi di accertata inadeguatezza del modello, atteso che tale dato potrebbe rivelarsi ininfluenza in relazione all'osservanza degli obblighi di vigilanza, a fronte di possibili misure di controllo sui dipendenti "extra modello" comunque attuate dai vertici aziendali.

Invero, come rilevato da attenta dottrina, nulla esclude che l'ente possa dotarsi di una corretta

²⁵ Trib. Milano, cit., p. 204.

²⁶ Per un'efficace ricostruzione del dibattito dottrinale sul punto, v. M. SCOLETTA, *Art. 7 - Profili penalistici*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO (a cura di), *Compliance*, cit., pp. 170 s.

²⁷ Di tale avviso, in particolare, E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 2, pp. 326 ss., che reputa che «l'ente può davvero guadagnarsi l'assoluzione sol che dimostri di aver adottato un modello rispondente ai parametri dell'art. 7, indipendentemente dalla prova circa l'osservanza degli obblighi di direzione o controllo. Il pubblico ministero invece non può allegare la sola mancanza delle misure preventive interne per motivare la sua richiesta di condanna, ma è tenuto a fornire elementi probatori idonei a suffragare l'assunto della colpa in vigilando». Pare sposare tale tesi anche M. SCOLETTA, *Art. 7 - Profili penalistici*, cit., p. 170, secondo il quale «la formulazione del comma 2 dell'art. 7 sembrerebbe suggerire come l'adozione del modello organizzativo non solo non costituisca un obbligo (giuridicamente sanzionato in sé), ma neanche l'unica modalità operativa - qualificabile come onere - attraverso la quale l'ente può adempiere all'obbligo di corretta direzione e vigilanza sull'attività dei sottoposti». *Contra*, tuttavia, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C. F. GROSSO/T. PADOVANI/A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 192 s. per il quale, invece, la mancanza o inadeguatezza del modello comporterebbe la *colpa in vigilando* dell'ente, senza la possibilità di ammettere l'esonero pur in presenza di idonee misure di vigilanza, in quanto, mentre il primo comma dell'art. 7 descriverebbe la colpa organizzativa in termini positivi, il secondo farebbe altrettanto, ma in termini negativi, di modo che tra le due previsioni potrebbe rivedersi lo stesso rapporto che intercorre tra il dolo e l'errore sul fatto.

organizzazione in grado di minimizzare il rischio-reato anche senza passare per la formalizzazione di un MOG²⁸, come del resto riconosciuto anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità che, in adesione a una ricostruzione sostanzialistica del concetto di colpa di organizzazione, ha escluso che la mancata adozione di un modello organizzativo implichi di per sé un automatico addebito di responsabilità per l'ente²⁹. In questo solco, peraltro, si muoveva anche la prospettazione difensiva, secondo cui la formulazione dell'art. 7 avrebbe consentito di sostenere che neanche l'accertata inidoneità del modello organizzativo (come del resto la sua assenza) comporti *ipso iure* il riconoscimento della colpa di organizzazione in capo all'ente, che, nei fatti, avrebbe potuto correttamente adempiere agli obblighi di vigilanza e controllo attraverso protocolli operativi in concreto attuati, quand'anche non adeguatamente formalizzati.

4.1. Unicità o pluralità dei MOG

La sentenza passa quindi a considerare la valutazione dell'adeguatezza del modello adottato dalla società imputata. In questa prospettiva, di particolare interesse risulta la presa di posizione del Tribunale sulla questione del carattere unitario piuttosto che dualistico del MOG. Si fa riferimento al dubbio circa la necessità dell'adozione di un "doppio modello", ossia della differenziazione tra il modello volto a prevenire i reati degli apicali e il modello volto a prevenire i reati dei sottoposti.

Una parte della dottrina, come evidenziato dal Tribunale, ha invero sostenuto l'esistenza di un modello per gli apicali e di un modello per i sottoposti³⁰. In effetti, la scelta del legislatore di modulare diversamente negli artt. 6 e 7 i criteri di imputazione soggettiva in ragione della posizione rivestita dall'autore del reato-presupposto all'interno dell'azienda «sembrava indirizzare nel senso di prevedere distinti contenuti dei modelli a seconda che a realizzare il reato fosse un soggetto apicale o un sottoposto»³¹. Inoltre, anche dal dato testuale si ricavano elementi a supporto di tale tesi, atteso che l'art. 6, con riferimento ai vertici aziendali, parla semplicemente di "modelli di organizzazione e gestione", mentre l'art. 7, con riferimento ai sottoposti, parla più specificatamente di "modelli di organizzazione, gestione e controllo".

I commi 3 e 4 dell'art. 7 delineano, poi, in maniera specifica e parzialmente diversa da quanto

²⁸ V. O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 214.

²⁹ In tal senso Cass. pen., Sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 18413, in cui si afferma che la «"mancanza del modello organizzativo" non può costituire elemento tipico dell'illecito amministrativo [...], per la cui sussistenza occorre invece fornire positiva dimostrazione della sussistenza di una "colpa di organizzazione" dell'ente», corrispondente alla mancata predisposizione di «un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato».

³⁰ Il riferimento è probabilmente a E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale*, cit., pp. 327 ss.

³¹ Cfr. A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 250.

previsto dall'art. 6, comma 2, i requisiti e i contenuti minimi che deve avere il modello di organizzazione, gestione e controllo indicato all'art. 7, comma 2. In particolare, in base al comma 3, il modello deve prevedere, tenuto conto della natura e della dimensione dell'organizzazione nonché del tipo di attività svolta, «misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio». L'efficace attuazione del modello richiede, invece, ai sensi del comma 4, «a) 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; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello». Si nota l'assenza, nell'art. 7, di qualsivoglia riferimento all'OdV, che invece occupa un ruolo di primo piano nell'impalcatura dell'art. 6, nonché all'elemento dell'elusione fraudolenta, che ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. c) dovrebbe essere provato dall'ente ai fini dell'esclusione della responsabilità nel caso di reato commesso da un apicale. Inoltre, l'art. 7, comma 3, parla genericamente di misure idonee a garantire il rispetto della legalità nell'impresa, diversamente dall'art. 6, comma 2, lett. b), che richiede ai «modelli di cui alla lettera a), del comma 1» – con un rimando espresso esclusivamente interno al medesimo articolo, che non può passare inosservato in questa analisi – di «prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire».

Ebbene, secondo il Tribunale di Milano, la tesi della duplicità del MOG, e quindi della configurazione da parte dell'art. 7, commi 2, 3 e 4, di un modello autonomo e diverso rispetto a quello di cui all'art. 6, non può essere accolta. È vero che nell'art. 7 l'enfasi è sul controllo: «*e non avrebbe potuto essere diversamente, posto che, (anche) al fine di prevenire la commissione del reato, il sottoposto deve [...] essere diretto e vigilato*»³². Nondimeno, tale diversità di sfumature non può comportare la necessaria adozione di un “doppio modello”: «*il MOG, nella sua struttura e nella sua concreta attuazione, è unitario*»³³. A tal proposito, non può non prendersi atto della prassi aziendalistica, ove i modelli sono da sempre sostanzialmente unitari, anche perché una diversa soluzione comporterebbe complicazioni inutili nella definizione dei vari protocolli cautelari, oltre che una moltiplicazione dei costi per le imprese. Difatti, sia i modelli circolanti tra le imprese sia le linee guida delle associazioni rappresentative non distinguono formalmente tra cautele indirizzate agli apici e cautele rivolte ai sottoposti³⁴. L'art. 7 non può dunque essere letto come teso a configurare un

³² Trib. Milano, cit., p. 204.

³³ *Ibidem*.

³⁴ In argomento, anche M. SCOLETTA, *Art. 6 - Profili penalistici*, cit., p. 141, nonché O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 213, che evidenzia come «unici sono anche i processi di omologazione degli enti alla normativa 231, che solitamente passano attraverso le tre fasi del: *process assessment* (ricognizione dell'organigramma, del funzionamento e in genere delle specificità interne all'ente); *risk assessment* (mappatura aree e valutazione del rischio-reato); *risk management* (al cui interno si colloca anche la redazione dei modelli). Essi non distinguono formalmente al

modello autonomo e diverso rispetto a quello di cui all'art. 6. In definitiva, per il Tribunale «*se l'ente ha deciso di dotarsene, il MOG è unico ed è strutturato per prevenire tanto i reati degli apicali quanto quelli dei sottoposti: il catalogo dei reati-presupposto è lo stesso, le aree di rischio sono le medesime, le procedure e i protocolli ugualmente diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire e al sistema sanzionatorio sono indistintamente soggetti tutti i dipendenti*»³⁵. Lo stesso MOG della società imputata, in linea con la prassi operativa, è unico e rivolto tanto agli apicali quanto ai sottoposti. Con riguardo a tale unico modello dovranno dunque essere vagliati i requisiti dell'idoneità e dell'efficace attuazione.

La soluzione del Tribunale di Milano sul punto si lascia apprezzare per il suo ancoraggio con la concreta realtà operativa esistente nel substrato aziendale italiano. Del resto, reputando *ab origine* la stessa adozione del MOG come facoltativa, sarebbe stato irragionevole pretendere poi, quale adempimento obbligatorio, la duplicazione dei modelli. Volendo rimanere allineati alla lettura sostanzialistica della colpa di organizzazione, che guarda più all'effettiva adozione e implementazione di misure adeguate atte a minimizzare il rischio-reato che alla loro formalizzazione in uno piuttosto che in due o più documenti, è evidente che non si possa accedere alla tesi della necessità di un doppio modello.

Tuttavia, se pur non specificato nella decisione in commento, potrebbe aggiungersi che, in ogni caso, nulla toglie che il singolo ente, nell'esercizio della propria autonomia organizzativa, possa scegliere di articolare secondo distinti modelli e procedure le cautele da indirizzare agli apici e ai sottoposti. Invero, a tal proposito, si potrebbe ipotizzare un modello unitario in cui però le specificità dei ruoli aziendali vengano di volta in volta evidenziate o prese maggiormente in considerazione in relazione, ad esempio, a specifiche fattispecie di reato, che per la loro configurazione potrebbero essere più facilmente (o unicamente) commesse da un particolare soggetto; o, ancora, un unico modello la cui parte speciale individui, però, specifici protocolli operativi naturalmente rivolti – a seconda della specifica area e funzione aziendale considerata – in misura più o meno maggiore ai vertici piuttosto che ai sottoposti. In sostanza, non pare opportuno formalizzarsi sull'unicità o sul dualismo del modello, in quanto è nella sua interna dinamicità che possono, e probabilmente devono, cogliersi le peculiarità delle singole misure, calate nelle diverse funzioni aziendali coinvolte nelle aree a rischio-reato, idonee a prevenire gli illeciti sia degli apici che dei sottoposti³⁶.

loro interno il “rischio-reato dell'apicale” dal “rischio-reato del sottoposto”».

³⁵ Trib. Milano, cit., p. 204.

³⁶ Per una ricostruzione dettagliata della struttura e dei contenuti dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, che tenga conto anche della prassi aziendale, v. C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, pp. 153 ss.

4.2. Unicità o pluralità dello standard di adeguatezza dei MOG

La decisione in commento passa quindi ad esaminare un tema strettamente connesso a quello della considerazione unitaria o dualistica del MOG, se si vuole ad esso immediatamente consequenziale – in quanto correlato pur sempre alla dibattuta interpretazione del secondo comma dell'art. 7 –, eppure in realtà distinto: l'individuazione dei parametri alla stregua dei quali valutare l'idoneità e l'efficace attuazione del modello nel caso di reato-presupposto commesso dal non-apicale. Ci si chiede, infatti, se, al di là del carattere monistico o dualistico del modello – e, dunque, anche ove ci si trovi di fronte ad un modello unico per apicali e sottoposti –, l'art. 7, commi 2, 3 e 4, debba essere interpretato nel senso di individuare lo standard di giudizio, diverso da quello delineato nell'art. 6 per gli apicali, che deve guidare il giudice nella valutazione dell'adeguatezza del modello nell'ipotesi di commissione del reato-presupposto da parte di un soggetto sottoposto.

Secondo la difesa, in questo caso, l'apprezzamento dell'idoneità del MOG va condotto alla stregua dei parametri fissati dai commi 3 e 4 dell'art. 7, che delineano regole diverse da quelle fissate dall'art. 6. Infatti, ai suddetti commi «*deve essere attribuita la specifica e autonoma funzione di disciplina destinata a stabilire i criteri di apprezzamento dell'idoneità del modello organizzativo nell'ipotesi di reato-presupposto commesso dal non apicale*»³⁷. Se così non fosse, non si comprenderebbe, invero, il senso e l'utilità stessa di tali disposizioni, ed anzi, si incorrerebbe in una serie di aporie giuridiche.

In particolare, se non si attribuisse alle disposizioni in esame la funzione di calibrare lo standard di adeguatezza del modello al caso di reato commesso dal sottoposto, si dovrebbe ammettere che la fattispecie di cui all'art. 7, comma 2, sia del tutto priva di disciplina o, viceversa, che la disciplina da applicare sia quella di cui all'art. 6. In quest'ultimo caso, si giungerebbe a conclusioni paradossali: il legislatore avrebbe scritto, nei commi 3 e 4 dell'art. 7, disposizioni del tutto superflue; inoltre, valendo indistintamente tutte le previsioni dell'art. 6, sarebbe, ad esempio, anche applicabile quella relativa all'elusione fraudolenta, specificamente pensata dal legislatore per dare la possibilità all'ente di dimostrare la cesura tra attività illecita dell'apicale e politica d'impresa; infine, la medesima disciplina sarebbe irragionevolmente prevista per due fattispecie di differente gravità, nonostante la responsabilità conseguente a condotta criminosa dei sottoposti sia evidentemente contrassegnata da un maggior *favor* verso la posizione della *societas*³⁸.

³⁷ Trib. Milano, cit., p. 212.

³⁸ Così si legge, del resto, nella stessa Relazione, cit., p. 37: «meno problematica si è rivelata l'attuazione della delega in rapporto ai soggetti sottoposti, la commissione dei reati da parte dei quali appare, d'altro canto, statisticamente più rara e comunque suscettibile di determinare un giudizio di minore riprovazione nei confronti del soggetto collettivo; in argomento, anche E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale*, cit., p. 326.

Il Tribunale, tuttavia, respinge questa impostazione, concordando con la ricostruzione dell'accusa e ritenendo che il combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 7 non solo non implichi la configurazione di un modello organizzativo autonomo rivolto ai sottoposti, ma neppure individui parametri di valutazione dell'idoneità del modello diversi da quelli fissati nell'art. 6. In particolare, i parametri indicati negli artt. 6 e 7 coesisterebbero, con la conseguenza che i criteri per la valutazione dell'idoneità ed efficace attuazione del MOG sarebbero quelli esplicitati tanto dall'art. 6 quanto dall'art. 7: *«i commi 3 e 4 dell'art. 7 riprendono – nel senso che ribadiscono e integrano – tra i molteplici profili del MOG quelli che interessano direttamente i soggetti non apicali»*³⁹.

Tale conclusione sarebbe avallata dallo stesso dato testuale. Nello specifico, secondo il Tribunale, dalla comparazione tra l'art. 7, comma 3, e l'art. 6, comma 2, lett. b) si ricaverebbe la conclusione che tali norme hanno in realtà il medesimo contenuto precettivo. In luogo delle “misure” l'art. 6 parla di “protocolli”, ma tali termini sarebbero in sostanza equivalenti. Nell'art. 6 si richiedono specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire, mentre nell'art. 7 si fa riferimento a misure a-specifiche, caratterizzate dal generico scopo di rispettare la legge. Eppure, per il Tribunale, *«si tratta in realtà delle stesse regole enunciate con diverse terminologie e avendo riguardo a diversi parametri proprio per i diversi soggetti a cui si rivolgono»*⁴⁰.

Anche con riferimento all'efficace attuazione, la comparazione tra l'art. 7, comma 4, lett. a) (che richiede una verifica e un eventuale aggiornamento periodico del modello) e l'art. 6, comma 1, lett. b) (che richiede che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento sia affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo) non condurrebbe a un diverso esito. In questo caso, l'art. 7 si limiterebbe a puntualizzare quanto stabilito all'art. 6, *«passando da un'enunciazione generica alla specificazione dei precetti necessari per conseguire lo scopo comune»*⁴¹. Quanto al sistema sanzionatorio, vi sarebbe piena coincidenza tra l'art. 6, comma 2, lett. c) e l'art. 7, comma 4, lett. b).

In conclusione, secondo il Tribunale, i criteri per accertare l'idoneità e l'efficace attuazione del MOG non differiscono a seconda che il reato sia commesso da un apicale ovvero da un sottoposto: *«si tratta in realtà degli stessi criteri delineati con sequenze diverse per la necessità di adattarli alla*

³⁹ Trib. Milano, cit., p. 205; v. inoltre pp. 212 s. La medesima tesi è condivisa da M. SCOLETTA, *Art. 7 - Profili penalistici*, cit., p. 172, secondo il quale «le indicazioni strutturali dell'art. 7 costituiscono un completamento e una specificazione di quelle più ampie contenute nell'art. 6, alla luce della sostanziale unitarietà del modello organizzativo, sia nella prospettiva funzionale/preventiva, sia in quella contenutistica/procedimentale»; l'autore sottolinea, tuttavia, come la dimostrazione dell'elusione fraudolenta, essendo necessaria solo in relazione agli illeciti degli apicali, costituisca un profilo di differenziazione del giudizio di adeguatezza del modello a seconda della tipologia di autore del reato-presupposto.

⁴⁰ Trib. Milano, cit., p. 212.

⁴¹ Ivi, p. 213.

diversa posizione ricoperta dai responsabili del reato presupposto»⁴².

Le argomentazioni spese dal Tribunale per giungere a tale conclusione lasciano quantomeno perplessi. Non può condividersi, innanzitutto, l'utilizzo dell'argomento letterale, nello sforzo di una comparazione tra singole disposizioni che invero non paiono, perlomeno a livello testuale, essere l'una lo specchio dell'altra. Del resto, uno sforzo del genere avrebbe richiesto per completezza una comparazione a tutto tondo tra ciascuna delle disposizioni contenute nell'art. 6, commi 1 e 2, e nell'art. 7, commi 3 e 4. Al contrario, sembra che si selezionino a piacere singole previsioni presenti nell'art. 6, tralasciando tra l'altro il piano sistematico. In particolare, non viene dato adeguatamente conto delle differenze testuali tra i due articoli – si pensi al mancato riferimento nell'art. 7 all'organismo di vigilanza o all'elusione fraudolenta del modello – e delle ragioni per le quali tali divergenze dovrebbero ritenersi superate in relazione alla valutazione di adeguatezza del MOG.

Si noti, poi, come, secondo autorevole dottrina, proprio la comparazione letterale tra i contenuti minimi del modello richiesti *ex art. 6*, comma 2, e quelli richiesti *ex art. 7*, comma 3, dimostrerebbe l'esistenza di due distinti sistemi preventivi con regole diverse a seconda del soggetto individuato come potenziale autore del reato: con la precisazione che, fermo il fatto che i due modelli potranno confluire in un unico documento, «il giudice dovrà pronunciarsi sull'addebito amministrativo assumendo come parametro la sola parte del modello rilevante in relazione al reato contestato a un soggetto apicale ovvero a un dipendente»⁴³. Nello specifico, si evidenzia che «alla tipicità cui è improntato l'art. 6 comma 2 si contrappone la mera descrizione di obiettivi che le misure devono essere in grado di soddisfare, vale a dire lo svolgimento della attività dell'ente nel rispetto della legge e l'idoneità a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio», di cui all'art. 7 comma 3. Con riguardo, poi, alle regole procedurali, l'art. 7 non solo non prevede un organismo autonomo di vigilanza, «ma non stabilisce nemmeno a quale livello debba esercitarsi il controllo preventivo la cui inosservanza integra la responsabilità dell'ente e non pone vincoli con riguardo alla organizzazione interna dell'impresa»⁴⁴

Si potrebbe ipotizzare che il Tribunale nelle sue conclusioni sia influenzato da quella ricostruzione in chiave unitaria del paradigma imputativo dell'illecito amministrativo dell'ente, a cui si è *supra* fatto riferimento⁴⁵, che sembrerebbe avallata dalla stessa Suprema Corte. All'unicità del fondamento della responsabilità, la colpa di organizzazione, corrisponderebbe – in assenza di una esplicita presa di posizione del legislatore – l'unicità del MOG e dei parametri di adeguatezza dello stesso.

⁴² Ivi, p. 213.

⁴³ Così, in nota n. 29, E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale*, cit., p. 328.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ V. *supra*, par. 3.

Tuttavia, assodato che i caratteri del MOG consistono sempre nell'idoneità e nell'efficace attuazione, qualche dubbio residua in ordine alla possibilità di una distinzione di contenuti del MOG, nonché, soprattutto, al diverso rigore con cui il confine tra inidoneità e idoneità potrebbe essere valutato in funzione del ruolo assunto dalla persona fisica nell'organigramma aziendale. Volendo azzardare una diversa conclusione, si potrebbe anche sostenere che la mancanza del riferimento all'elusione fraudolenta del MOG nell'art. 7 sia da interpretare nel senso di escludere che, nel caso di reato commesso dal sottoposto, la soglia di accettabilità del rischio-reato sia rappresentata da un sistema prevenzionistico tale da non poter essere aggirato se non fraudolentemente – come invece si afferma in maniera pacifica con riferimento al reato commesso dall'apicale⁴⁶.

5. Il trattamento sanzionatorio

Qualche notazione finale può essere svolta con riferimento al trattamento sanzionatorio applicato nel caso in esame dal Tribunale di Milano, e alle motivazioni spese sul punto. Il collegio, considerate adempiute da parte dell'ente tutte le prescrizioni stabilite dall'art. 17 d.lgs. 231/2001, ritiene di non dover fare applicazione delle sanzioni interdittive⁴⁷, comunque neppure richieste dall'accusa. Tenuto conto, poi, della gravità del fatto, del grado non trascurabile della colpa di organizzazione dell'ente, ma anche dell'attività svolta per eliminare e in ogni caso attenuare le conseguenze del fatto e prevenire la commissione di ulteriori illeciti, il numero delle quote viene fissato in 300 e il valore delle stesse in 1000 euro cadauna, anche in considerazione delle notevoli dimensioni della società. Tuttavia, il Tribunale ritiene congruo riconoscere all'ente la sola attenuante di cui all'art. 12, comma 2, lett. a), operando pertanto la riduzione della sanzione pecuniaria di un terzo, e giungendo così a condannare la società al pagamento di euro 200.000 – oltre a ordinare la confisca del profitto del reato, come *supra* evidenziato.

Un certo interesse suscitano le considerazioni del Tribunale in ordine alla mancata applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 12, comma 2, lett. b), ossia l'aver l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, "adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi". Lo stesso collegio

⁴⁶ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, cit., p. 11, secondo cui «il rischio reato viene ritenuto accettabile quando il sistema di prevenzione non possa essere aggirato se non fraudolentemente»; C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit. pp. 154 s.

⁴⁷ Per un'approfondita disamina del ruolo, delle tipologie, dei criteri applicativi e delle ipotesi di esclusione delle sanzioni interdittive nell'ambito del sistema 231, nonché nel più ampio contesto delle forme di contrasto alla criminalità economica, si veda F. MUCCIARELLI, *Sanzioni penali e attività d'impresa: qualche nota*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 1174 ss.

si rende conto della possibile incongruenza di tale esito decisorio, avendo prima espressamente escluso l'applicazione di sanzioni interdittive proprio in ragione del riscontro *ex art. 17*, comma 1, lett. b), dell'eliminazione da parte dell'ente, prima dell'apertura del dibattimento, delle carenze organizzative che hanno determinato il reato "mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi".

E, tuttavia, il Tribunale giustifica tale conclusione in ragione dell'asserita diversità tra i presupposti di cui all'*art. 17*, comma 1, lett. b) e quelli di cui all'*art. 12*, comma 2, lett. b), fondata ancora una volta su di un argomento letterale. Tale ultima norma, infatti, non parla semplicemente di attuazione del modello, ma richiede che esso sia "reso operativo". Secondo il Tribunale «*il concetto di attuazione ex art. 17 cit. differisce da quello di operatività del modello che ha un significato maggiormente dinamico: mentre la prima condizione può dirsi realizzata, non così per la seconda*»⁴⁸. Ebbene, data la comune natura premiale delle disposizioni in parola, fondata sulla sussistenza di condotte riparatorie dall'evidente finalità specialpreventiva⁴⁹, la conclusione del Tribunale appare, quantomeno, singolare – specie considerata la totale assenza di considerazioni di ordine sistematico e teleologico – e, in ogni caso, meritevole di ulteriori futuri approfondimenti anche da parte del formante dottrinale.

In conclusione, l'innegabile rilevanza teorica e pratica delle questioni emergenti dalla sentenza in esame rende fondamentale un'opera di ulteriore approfondimento da parte della dottrina, ma anche della giurisprudenza di legittimità. L'auspicio è quello che in futuro si riescano a tracciare in maniera più chiara, coerente e definita i presupposti per l'accertamento della responsabilità della persona giuridica in conseguenza del reato-presupposto del non-apicale, nonché per la valutazione unitaria delle condotte di ravvedimento *post factum* delineate nel d.lgs. 231/2001.

Collegamenti con altre pronunce

Cass. pen., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn, in C.E.D. Cass., n. 261112, secondo cui "nessuna inversione dell'onere della prova è [...] ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione

⁴⁸ Trib. Milano, cit., p. 223.

⁴⁹ La comunanza di *ratio* delle due disposizioni, volte entrambe a valorizzare, in chiave specialpreventiva, il ruolo dei modelli di organizzazione anche *post delictum*, nell'ambito delle condotte riparatorie, è ampiamente messa in luce dalla dottrina. Si v., in particolare, C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., p. 154; V. MONGILLO/M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in G. LATTANZI/P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit. pp. 290 s., 303, 320. In sostanza, attraverso la previsione dell'esclusione delle sanzioni interdittive e della riduzione della sanzione pecuniaria, l'ente è incentivato all'eliminazione delle carenze organizzative e all'adozione di idonei modelli nell'ottica della prevenzione dei reati.

del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al D.Lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria”.

Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2018, n. 54640, che afferma che “nel caso di mancata adozione di modelli organizzativi, i presupposti della responsabilità dell'ente, a seconda che si tratti o meno di soggetto apicale, differiscono solo alla condizione che sia concretamente attestato un assetto, ispirato da regole cautelari, destinato comunque ad assicurare quell'azione preventiva, in tal caso essendo necessario provare che il fatto sia stato propiziato dall'inosservanza nel caso concreto della necessaria azione di direzione o vigilanza”.

Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, Impregilo s.p.a., in *Sist. pen.*, 20 giugno 2022: “In tema di responsabilità da reato degli enti, in presenza di un modello conforme ai codici di comportamento approvati dal Ministero della giustizia ex art. 6, comma 3, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il giudice è tenuto specificatamente a motivare le ragioni per le quali possa ciò nonostante ravvisarsi "colpa di organizzazione" dell'ente, individuando la specifica disciplina di settore, anche di rango secondario, che ritenga violata o, in mancanza, le prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo interessato, dalle quali i codici di comportamento ed il modello con essi congruente si siano discostati, in tal modo rendendo possibile la commissione del reato da parte del soggetto collettivo”. “In tema di responsabilità delle persone giuridiche per i reati commessi dai soggetti apicali, ai fini del giudizio di idoneità del modello di organizzazione e gestione adottato, il giudice è chiamato ad adottare il criterio epistemico-valutativo della cd. "prognosi postuma", proprio della imputazione della responsabilità per colpa: deve cioè idealmente collocarsi nel momento in cui l'illecito è stato commesso e verificare se il "comportamento alternativo lecito", ossia l'osservanza del modello organizzativo virtuoso, per come esso è stato attuato in concreto, avrebbe eliminato o ridotto il pericolo di verificazione di illeciti della stessa specie di quello verificatosi, non richiedendosi una valutazione della "compliance" alle regole cautelari di tipo globale”.

Cass. pen., Sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 18413, in C.E.D. Cass. Rv. 283247, secondo cui “Ai fini della configurabilità della responsabilità da reato degli enti, non sono "ex se" sufficienti la mancanza od inidoneità degli specifici modelli di organizzazione o la loro inefficace attuazione, essendo necessaria la dimostrazione della "colpa di organizzazione", che caratterizza la tipicità dell'illecito amministrativo e che è distinta dalla colpa dei soggetti autori del reato. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la decisione che aveva affermato la responsabilità da reato di un ente in base alla generica assenza di un modello organizzativo e ad accertate omissioni manutentive di un macchinario aziendale, rilevando che si erano in tal modo sovrapposti i profili di responsabilità del datore di lavoro a quelli attribuibili all'ente)”.

**Il d.lgs. 14 del 2019: una nuova disciplina penale dell'insolvenza?
Brevi note sul Codice della crisi di impresa**

di **Anna Francesca Masiero**

Assegnista di ricerca in Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara

Sommario: 1. Alcune premesse. – 2. L'intervento sull'apparato sanzionatorio del regio decreto: una panoramica. – 2.1. I reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale. – 2.2. I reati commessi da soggetti diversi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale. – 2.3. I reati commessi in pendenza di concordato preventivo, accordi, liquidazione coatta amministrativa e procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. – 3. Le disposizioni processuali penali. – 4. Le altre ricadute sulla disciplina penalistica. – 5. Conclusioni...provvisorie.

1. Alcune premesse

Nell'esercizio delle delega conferita dalla legge 19 ottobre 2017, n. 155, il Governo ha di recente innovato la disciplina della *crisi di impresa* e dell'*insolvenza*, intervenendo altresì – come si dirà, in modo 'impacciato', quasi 'goffo' – sull'arsenale sanzionatorio apprestato dal regio decreto 16.03.1942, n. 267.

Seguendo i criteri direttivi elaborati dalla Commissione Rordorf¹, il legislatore delegato – con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, cd. *Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza* (d'ora in avanti Codice o C.C.I.I.)² –, ha provveduto ad un ammodernamento del tradizionale sistema di *gestione* della crisi e dell'insolvenza del debitore (consumatore, professionista o imprenditore), che esercita (come persona fisica o giuridica) un'attività commerciale, artigiana o agricola.

Nel realizzare tale opera, destinata a sostituire la cd. *legge fallimentare*³, il succitato decreto legislativo ha conferito centralità al principio di *continuità aziendale*, ispiratore di soluzioni volte alla

¹ Commissione istituita con decreto del Ministero della Giustizia del 5 ottobre 2017 per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo in vista dell'approvazione del disegno di legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza e presieduta dal Consigliere Renato Rordorf.

² Il Codice, come noto, è entrato in vigore dopo numerose proroghe nel luglio 2022. Inizialmente prevista per il 15.08.2020, la sua entrata in vigore (fatta eccezione per una serie di previsioni, per i quali era fissata già al 16.03.2019), è stata prorogata in prima battuta dal D.L. 08.04.2020, n. 23, precisamente al 1.09.2021; in seguito, dal D.L. 24.08.2021, n. 118, al 16.05.2022. Infine, il D.L. 30.04.2022, n. 36 ha ulteriormente rinviato l'entrata in vigore del provvedimento al 15.07.2022.

³ Con la precisazione che, come stabilito dall'art. 390 C.C.I.I., recante la *Disciplina transitoria*, il Codice regola solo le procedure concorsuali instauratesi successivamente alla sua entrata in vigore, mentre per quelle già pendenti, o comunque conseguenti alla definizione di ricorsi e domande già pendenti al 15 luglio 2022, resta applicabile la normativa del regio decreto.

tempestiva emersione della crisi d'impresa e al suo superamento, per mezzo di accordi di ristrutturazione, strumenti negoziali e altre procedure *alternative* alla liquidazione.

In questa prospettiva, tra le numerosissime innovazioni, vale la pena segnalare l'elaborazione di una nuova definizione di "crisi", ovverosia "*lo stato che rende probabile l'insolvenza del debitore*" (art. 2, comma 1, lett. a C.C.I.I.), fatto coincidere dal legislatore delegato con un giudizio di inadeguatezza dei flussi di cassa rispetto alle obbligazioni cui il debitore deve adempiere in un determinato arco temporale⁴. Novità, quest'ultima, da leggersi unitamente alla semplificazione dell'accesso al concordato preventivo ed al successivo inglobamento nel Codice della cd. *composizione negoziata*⁵, il percorso di risanamento delle imprese in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che hanno, purtuttavia, le potenzialità necessarie per rimanere sul mercato.

Parimenti meritevole di nota, inoltre, l'influenza esercitata dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 (attuativo della cd. *Direttiva Insolvency*⁶) sul Codice, il quale ha inciso sul suo testo finale valorizzando i cd. strumenti di "allerta precoce", basati sia su obblighi di segnalazione a carico degli organi interni di controllo, sia su oneri di attivazione da parte dell'imprenditore stesso in presenza dei cd. indicatori della crisi⁷.

E si potrebbe senz'altro continuare a lungo nell'enunciazione delle novità introdotte dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

Ebbene, in tale rinnovato quadro, il legislatore delegante ha optato altresì per un cambio di passo di natura *lessicale*, che segnalasse una vera e propria rottura rispetto agli "*stigmi del passato*"⁸, tradizionalmente connessi alla dichiarazione di fallimento e alle conseguenti "*cadenze fobiche del rituale espiatorio*"⁹ del processo per bancarotta; cambio di passo che, come ormai risaputo, si è tradotto proprio nell'abbandono del concetto attorno a cui ruotava il previgente impianto normativo.

⁴ Compare, al medesimo articolo, anche la definizione di "insolvenza", "*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*" (art. 2, co. 1, lett. b) C.C.I.I.); il quale riprende la definizione già fornita dall'art. 5, co. 2 del regio decreto.

⁵ Procedimento introdotto con il D.L. 24 agosto 2021, n. 118, dunque entrato in vigore prima del Codice in pendenza delle suddette proroghe.

⁶ Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante "*i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione*".

⁷ Sul punto non si può che rinviare alla dottrina di diritto commerciale, nell'ambito della quale sia consentito segnalare, a mero titolo esemplificativo, M. PERRINO, *Disciplina italiana dell'allerta e Direttiva Insolvency: un'agenda per il legislatore*, in *Diritto della crisi*, 31 agosto 2021, in part. par. 2.

⁸ In argomento si rinvia, per tutti, a M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020, 2 ed., pp. 189 ss.

⁹ Vale la pena riportare il pluricitato passaggio di Cesare Pedrazzi che compare nelle pagine introduttive del celebre volume di Pedrazzi e Sgubbi: "*nella prassi giudiziaria (...) il processo penale per bancarotta assum[e] le cadenze fobiche*

Difatti, secondo il dettato del nuovo art. 349 C.C.I.I., il termine “*fallimento*” (e, va da sé, tutti i suoi derivati) deve essere sostituito dalla più rassicurante locuzione “*liquidazione giudiziale*”, che lo ha soppiantato¹⁰ persino nelle disposizioni “*non direttamente investite dai principi e dai criteri direttivi di delega*”¹¹: le previsioni di diritto penalfallimentare.

Coerentemente con il dettato della legge delega, l’attuale assetto del Codice non contiene infatti esplicite indicazioni di riforma delle disposizioni penali in materia¹², per le quali sarà necessario attendere – auspicabilmente non invano – che l’articolato predisposto dalla cd. Commissione Bricchetti¹³ veda la luce. Tuttavia, al contempo, sebbene la Relazione illustrativa del Codice statuisca che “*la legge delega esclude [...] la bancarotta dal campo di intervento del decreto*”, giacché “*le norme riproducono sul piano delle condotte incriminate le corrispondenti previsioni della legge fallimentare*”¹⁴, sarebbe riduttivo disconoscere alla riforma in oggetto ricaduta alcuna in campo penale¹⁵.

Occorre in primo battuta osservare infatti che il Codice, nella sua versione primigenia, aveva introdotto all’art. 25 due *Misure premiali* (per l’esattezza, una nuova causa di non punibilità applicabile alle condotte che hanno cagionato un danno di speciale tenuità, da coordinare con una circostanza attenuante ad effetto speciale di pari segno)¹⁶, nonché alcuni “[pur] *marginali delitti di*

del rituale espiatorio, reazione istintuale del trauma dell’insolvenza e ai conseguenti clamori” (C. PEDRAZZI, *Introduzione*, in C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, I).

¹⁰ Allude ad una vera e propria “*scomunica*” del termine fallimento S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice “dimezzato”: nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell’insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, p. 1334.

¹¹ V. art. 1, comma 2 della legge delega, secondo cui il Governo “*cura altresì il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo di renderle ad essi conformi, e adottando le opportune disposizioni transitorie*”.

¹² Cfr., sul punto, R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d’impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 7-8, p. 75.

¹³ Commissione, quest’ultima, istituita con decreto del Ministro Cartabia del 13 ottobre 2021 ed incaricata di elaborare proposte di revisione ai reati fallimentari, sotto la sapiente guida del Presidente della prima sezione penale della Corte di Cassazione. Per una panoramica “a caldo” delle proposte contenute nella Relazione della Commissione, oggi arenate in ragione della fine anticipata della legislatura, cfr. F. MUCCIARELLI, *Proposte di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti*, in *Sist. Pen.*, 7 luglio 2022; A. D’AVIRRO, *Brevi osservazioni sulla proposta di revisione dei reati fallimentari*, in *Ilpenalista.it*, 15 luglio 2022. Per una lettura critica delle stesse, v., in particolare, C. SANTORIELLO, *Qualche breve riflessione sulla proposta di riforma del diritto penale fallimentare*, in *Sist. Pen.*, 27 luglio 2022. Della pubblicazione della Relazione è stata data notizia *questa Rivista* il 13 luglio 2022.

¹⁴ A favore di una piena “continuità normativa” tra le fattispecie incriminatrici del regio decreto e le nuove previsioni, frutto del *restyling* linguistico di cui sopra, anche alcune pronunce della Corte di legittimità, tra cui la prima è senz’altro Cass. pen., Sez. V, 10 dicembre 2019, nr. 4772, in *Ilpenalista.it*, 15 aprile 2020, con nota di C. SANTORIELLO, *Nessuna soluzione di continuità per il reato di bancarotta fraudolenta con l’entrata in vigore del codice della crisi*.

¹⁵ In tal senso v., *ex plurimis*, A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d’impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 1815 ss.

¹⁶ L. PELLEGRINI, *Le misure premiali penali del codice della crisi dell’impresa o dell’insolvenza*, in *Sist. Pen.*, 2020, 7, pp. 69 ss. Cfr. F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 1189 ss.

*falso*¹⁷ (rispettivamente, all’art. 344 C.C.I.I., *Sanzioni per il debitore e per i componenti dell’organismo di composizione della crisi* e, all’art. 345 C.C.I.I., *Falso nelle attestazioni dei componenti dell’organismo di composizione della crisi*)¹⁸.

Al di là poi di queste, sia pur modeste, novità di rilievo esplicitamente penale, è necessario rilevare che le summenzionate innovazioni a carattere definitorio si riflettano sul significato di alcuni elementi costitutivi di fattispecie incriminatrici preesistenti, in apparente contraddizione, quindi, con l’asserita *continuità normativa* “sbandierata” a più riprese dalla legge delega¹⁹.

Al punto che si impone una riflessione in ordine alla portata del (mero?) adattamento linguistico del Codice al nuovo paradigma terminologico, allo scopo di verificare se, dietro a quest’ultimo, non si annidi invece un più incisivo intento riformatore che, quantomeno per il momento, non è riuscito a prendere forma.

2. L’intervento sull’apparato sanzionatorio del regio decreto: una panoramica

Interamente dedicato alle *Disposizioni penali*, il titolo nono del Codice replica la struttura del previgente assetto normativo, che già separava i reati commessi dall’imprenditore in liquidazione giudiziale (capo I) da quelli ascrivibili a soggetti diversi da quest’ultimo (capo II).

2.1. I reati commessi dall’imprenditore in liquidazione giudiziale

Il *primo capo* di detto titolo si apre, dunque, con la fattispecie di bancarotta fraudolenta (art. 322 C.C.I.I.), del tutto immutata, al netto della rivisitazione lessicale, rispetto alla precedente versione dell’art. 216 del R.D. 16.03.1942, n. 267. L’unica novità coincide, invero, con l’introduzione del limite massimo di dieci anni alla pena accessoria del *divieto di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa* (art. 322, ult.co. C.C.I.I.), la quale tuttavia è da attribuirsi alla necessità di adeguare la misura della pena accessoria in questione ad una dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 216,

¹⁷ M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 185.

¹⁸ Ipotesi di cui ad oggi, all’esito di una serie di interventi legislativi, sembra in effetti rimanere in piedi solo il delitto *ex art. 344 C.C.I.I.*, il quale punisce un ampio ed eterogeneo ventaglio di condotte poste in essere dal debitore e dai componenti dell’OCRI nel corso nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento. Nient’affatto casuale, allora, la ripresa all’interno della suddetta Relazione Bricchetti di istituti da ultimo non confluiti nel testo finale del Codice, quali la causa di non punibilità per esiguità penale del fatto di cui all’art. 324-ter, applicabile ai reati di bancarotta semplice e fraudolenta, la quale, nel ricalcare lo schema dell’art. 131-bis c.p., richiama (e sostituisce) la misura premiale originariamente prevista dal d.lgs. 14 del 2019.

¹⁹ In argomento v. altresì G. MINICUCCI, *I delitti di bancarotta al crocevia tra continuità e palingenesi*, in *DisCrimen*, 24 aprile 2020, diffusamente.

ult. co., del regio decreto²⁰, che si inquadra nel dibattito in ordine alla compatibilità costituzionale delle pene accessorie fisse²¹.

Il titolo prosegue, poi, con la previsione del reato di bancarotta semplice (art. 323 C.C.I.I., prima art. 217 R.D. 16.03.1942, n. 267), che rimane – anch'esso – in questa sede invariato; diversamente, dunque, da quanto previsto dal progetto di revisione delle disposizioni penali elaborato dalla Commissione Bricchetti, il quale ha proposto di accorpare tale ipotesi a quella di bancarotta cd. *preferenziale* (oggi contenuta, come in passato, al comma terzo della norma sulla bancarotta fraudolenta), espungendo altresì dall'art. 323 C.C.I.I. “*le fattispecie [di bancarotta semplice] anacronistiche o comunque criticabili dal punto di vista politico-criminale*”²², ovvero sia quelle, rispettivamente, di cui all'art. 217, comma 1, n. 1 (*spese personali o per la famiglia eccessive*), n. 2 (*consumazione di parte notevole del patrimonio per operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti*) della previgente disciplina normativa²³.

Segue l'art. 324 C.C.I.I., *Esenzione dai reati di bancarotta* (precedentemente art. 217-bis del R.D. 16.03.1942, n. 267), all'apparenza riscritto *in toto*, ma solo in ragione del necessario coordinamento con i mutati riferimenti normativi²⁴: previsione, questa, che, più di altre, “*getta un ponte tra la*

²⁰ Si tratta della, ben nota, sentenza della Corte costituzionale del 5 dicembre 2018, n. 222, che stabilisce che le pene accessorie fisse non sono compatibili con i principi di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio. In argomento v. A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018.

²¹ La suddetta pronuncia del giudice delle leggi ha senz'altro ispirato l'intervento delle Sezioni Unite le quali, nel dirimere un contrasto, sono addivenute a precisare che “*le pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.*” (Cass., Sez. un., sent. 28.02.2019 - 3.07.2019019, n. 28910, Suraci e altri). Cfr., sul punto, S. FINOCCHIARO, *Le Sezioni Unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2019.

²² Così recita, per l'appunto, il testo della citata Relazione cd. Bricchetti, p. 24.

²³ Con la conseguenza che la previsione colposa della bancarotta semplice sarebbe limitata alle sole ipotesi del *compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale* (nuovo art. 324, co. 3, lett. a) C.C.I.I.), di *aggravamento del dissesto, dovuto all'astensione dalla richiesta di apertura della liquidazione giudiziale o ad altra grave colpa* (nuovo art. 324, co. 3, lett. b) C.C.I.I.), già contenute nell'art. 217 R.D. 16.03.1942, n. 267, nonché ad un'ulteriore ipotesi (nuovo art. 324, co. 3, lett. c) C.C.I.I.), che altro non è che la trasposizione della bancarotta colposa societaria ex art. 224 n. 2 del regio decreto, che sanziona *l'aver concorso a cagionare od aggravare il dissesto con inosservanza degli obblighi imposti dalla legge*. Non è tuttavia mancata, come segnalato nella Relazione, pure la proposta di “*abrogare tout court tali fattispecie*”, sia in ragione della la scarsa applicazione pratica della bancarotta semplice, sovente peraltro meramente ad esito della derubricazione delle più gravi ipotesi di bancarotta fraudolenta; sia per una sempre più evidente discrasia politico-criminale dell'ipotesi colposa rispetto alle procedure di risanamento, di carattere non obbligatorio, previste nel Codice: “*in altri termini, se l'ordinamento offre all'impresa in crisi la (mera) possibilità di accedere a meccanismi risanatori, senza essere in alcun modo obbligata ad attivarli, non avrebbe senso punire l'aggravamento del dissesto dovuto a una colpa che, in ultima analisi, consiste proprio nel non aver conformato la propria condotta a quella dell'imprenditore (collettivo o individuale) 'modello', il quale si sarebbe verosimilmente attivato per arginare la crisi attraverso tali soluzioni concordate*” (v. Relazione, cit., p. 24). Sul punto cfr. altresì F. MUCCIARELLI, *Proposte di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti, cit., passim.*

²⁴ Per tutti v. E. AMATI, N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 5° ed., pp. 265 ss., in part. 272 ss.

*cittadella penalistica e le novità dell'assetto civilistico*²⁵. Si tratta di un'ipotesi introdotta nel 2010, dal difficile inquadramento dogmatico²⁶, la quale – delimitando l'area di responsabilità penale per fatti di bancarotta preferenziale o semplice – operava nei casi in cui i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo (o di accordi di ristrutturazione e altre specifiche tipologie di concordato) avessero configurato i predetti reati²⁷. Oggi aggiornata in virtù dell'affiorare dei nuovi strumenti di superamento della crisi, essa – malgrado la non felice formulazione lessicale – si pone in linea con gli obiettivi perseguiti dalla riforma; anticipati, in questo caso, dall'intervento recante *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica* di cui al D.L. 31 maggio 2010, n. 78.

All'ipotesi delittuosa di *Accesso abusivo al credito* e relative circostanze aggravanti e attenuanti di cui, rispettivamente, agli artt. 325 e 326 del Codice, in merito alle quali non si segnala alcun elemento differenziale rispetto agli artt. 218 e 219 del regio decreto, si affiancano il reato di *Denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte del fallito* (nuovo art. 327 C.C.I.I., già art. 220 del previgente assetto) e la disposizione dell'art. 222 R.D. 16.03.1942, n. 267 (nuovo art. 328 C.C.I.I.) che, nei casi di fallimento – *rectius*, liquidazione giudiziale – di società in nome collettivo e in accomandita semplice, estende l'applicabilità delle disposizioni del capo ai fatti commessi dai soci illimitatamente responsabili.

È scomparso ogni riferimento, invece, all'art. 221 del R.D. 16.03.1942, n. 267, il quale contemplava una circostanza attenuante ad effetto speciale per tutti i reati del capo, qualora al fallimento fosse

²⁵ Così S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il diritto penale dell'insolvenza?*, cit., p. 1337.

²⁶ Senza pretesa alcuna di esaustività, si segnala ivi che il dibattito in merito alla qualificazione giuridica del concetto di "esenzione", come si sa del tutto estraneo alla cultura penalistica, è stato dominato essenzialmente da due opinioni: quella che accomuna l'ipotesi dell'art. 217-bis del regio decreto ad una causa di esclusione dell'antigiuridicità e quella che, invece, rinviene in essa i tratti di una causa di esclusione del tipo. Cfr, sul punto, rispettivamente F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, 86, pp. 190 ss. e F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l.fall.*, in *Le Società*, 2011, n. 2, p. 203.

²⁷ La previgente versione, per la precisione, escludeva l'applicabilità delle suddette previsioni incriminatrici in caso di "pagamenti e (...) operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies e alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22-quater, comma 1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti"; situazioni oggi riassumibili in "pagamenti e (...) operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o degli accordi in esecuzione del piano attestato ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'articolo 80, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli articoli 99, 100 e 101".

applicabile il cd. procedimento sommario, invero abrogato dall'art. 1, co. 6, lett. a), n. 14 della legge 14 maggio 2005, n. 80.

2.2. *I reati commessi da soggetti diversi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale*

Il secondo capo del titolo nono esordisce con l'art. 329 C.C.I.I., che a sua volta mutua la rubrica dell'art. 223 del regio decreto: *Fatti di bancarotta fraudolenta*, come da tradizione riconducibili al reato di bancarotta *impropria*. Nulla da segnalare, a ben vedere, nemmeno in relazione alla struttura della fattispecie in parola, la quale riprende fedelmente lo schema originario, contemplando al primo comma l'ipotesi di bancarotta fraudolenta posta in essere da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, mentre al secondo quella societaria (allorquando tali soggetti “*abbiano cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 del codice civile*”) e, al terzo, la residuale previsione di bancarotta cagionata “*con dolo o per effetto di operazioni dolose*”.

Residua solo un profilo, affatto trascurabile, il quale tuttavia non appare di agevole interpretazione. Inaspettatamente, infatti, il Codice della crisi, nell'espungere dalla previgente versione dell'art. 223, co. 2, n. 2 R.D. il vocabolo “fallimento” (“*hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società*”), ha optato, anche in relazione all'ipotesi di cui al comma 2, n. 2 per la nozione di “dissesto”, anziché per quella di crisi. In tal guisa, la riforma in commento ha equiparato (per la prima volta) le due situazioni, in spregio alla precedente distinzione – non solo lessicale – tra dissesto (art. 223, co. 2, n. 1 del regio decreto) e fallimento (art. 223, co. 2, n. 2).

“*Nulla di strano*”, come si è commentato²⁸, se si aderisce alla opinione secondo la quale il 223, co. 2, n. 2 del regio decreto già si riferiva, in virtù dell'interpretazione avallata dalla giurisprudenza di legittimità, a situazioni di crisi non irreversibile, destinate tuttavia a sfociare – anche non nell'immediatezza – nella dichiarazione di fallimento²⁹. Si può apprezzare, però, la stranezza di tale variazione ove si consideri, in primo luogo, che quest'ultima non trova la sua giustificazione nella legge delega e, in secondo luogo, che il silenzio del nuovo assetto normativo appare scelta dissonante rispetto allo sforzo definitorio di cui all'art. 2 del Codice.

Ancora, difatti, si è persa l'opportunità di offrire, una volta per tutte, una definizione normativa ad un concetto tutt'altro che isolato, il quale torna a più riprese nel Codice³⁰.

²⁸ Così R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, cit., p. 80.

²⁹ *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 18.10.2021, n. 680.

³⁰ Come sottolineato da M. GAMBARDELLA, *Il Codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., par. 4, al quale si rinvia per più approfondite considerazioni.

Nulla di nuovo, infine, rispetto alla di bancarotta impropria semplice (art. 320 C.C.I.I., ex art. 224 R.D. 16.03.1942, n. 267) e a tutte le successive previsioni del capo in esame, le quali racchiudono le condotte penalmente rilevanti poste in essere da soggetti diversi rispetto all'imprenditore in liquidazione giudiziale: il *ricorso abusivo al credito e la denuncia di crediti inesistenti da parte dei titolari del potere gestorio* (rispettivamente artt. 331 e 332 C.C.I.I., ex artt. 225 e 226 del regio decreto), nonché i *reati commessi dall'istitutore* (rispettivamente, art. 333 C.C.I.I., riconducibile al previgente art. 227 del regio decreto), *dal curatore* (artt. 334, 335 e 336 C.C.I.I., già artt. 228, 229 e 230 R.D.) e *dai coadiutori* di quest'ultimo (art. 337 C.C.I.I., vecchio art. 231 R.D.). In chiusura, vengono riproposte le invariate fattispecie che sanzionano le *Domande di ammissione di crediti simulati o distrazioni senza concorso con l'imprenditore in liquidazione giudiziale* (art. 338 C.C.I.I., prima art. 232 R.D.), il cd. *Mercato di voto* (art. 339 C.C.I.I., prima art. 233 R.D.) e l'*Esercizio abusivo dell'attività commerciale* (art. 340 C.C.I.I., prima art. 234 R.D.).

Non riprodotto nel Codice, invece, il reato di *Omessa trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari* disciplinato al previgente art. 235 del regio decreto; ma, per certo, non a causa di una *voluntas* abrogatrice di sorta, dal momento che la previsione sanzionava ipotesi di omissioni penalmente rilevanti già tacitamente abrogate da tempo nella prassi, in quanto non più riconducibili ad obbligo alcuno.

2.3. *I reati commessi in pendenza di concordato preventivo, accordi, liquidazione coatta amministrativa e procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*

Di più complessa analisi il capo terzo del titolo nono del Codice, che ospita le *Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa* e, unitamente ad esse, le più apprezzabili novità in materia penale. È difatti proprio in questo sottoinsieme normativo che, tra un tecnicismo e l'altro, si nascondono le summenzionate ipotesi di modifica mediata: nuove incriminazioni e abrogazioni, le quali, come si è già detto, discendono dalla necessità di adeguare l'apparato sanzionatorio al mutato retroterra civilistico.

Giusto per fare un esempio, si prenda in esame il nuovo art. 341 C.C.I.I., il quale sostituisce l'art. 236 del regio decreto. Mentre la preesistente disciplina sanzionava penalmente la condotte dell'imprenditore che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari (ovvero il consenso di questi ultimi alla sottoscrizione della convenzione di moratoria di amministrazione controllata), si attribuiva attività inesistenti, o simulava crediti inesistenti, il nuovo dettato codicistico

estende l'applicabilità della norma a condotte decettive volte alla realizzazione di accordi di ristrutturazione di diversa, e *più ampia*, natura. Pur senza entrare nel dettaglio, è palese l'allargamento delle maglie della fattispecie incriminatrice conseguente alla modifica del *background* civilistico, che peraltro testimonia la rilevanza attribuita al nuovo interesse veicolato dal Codice, ovverosia la corretta gestione della crisi e il perseguimento di una moralità d'impresa.

Assai significativa pure la previsione dell'art. 342 C.C.I.I., la quale, nel prendere il posto del reato di *Falso in attestazioni e relazioni* di cui all'art. 236-bis del regio decreto³¹, a sua volta amplia sensibilmente l'ambito applicativo di quest'ultimo. Si tratta, del resto, di una previsione che si colloca a pieno titolo nel rinnovato microcosmo valoriale dell'insolvenza, come si è già detto particolarmente sensibile alla valutazione prognostica degli elementi da cui desumere l'imminente crisi, al punto da "responsabilizzare", dietro minaccia di sanzione penale, persino soggetti estranei alle dinamiche strettamente imprenditoriali, quali il professionista che espone informazioni false o omette informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nei piani di ristrutturazione e relativi allegati³².

Al contrario, l'art. 343 C.C.I.I., con il quale si apre il capo quarto del titolo, nel riprende testualmente l'art. 237 del regio decreto, equipara – beninteso, ai soli fini dell'applicazione delle disposizioni penalistiche – la liquidazione coatta amministrativa alla dichiarazione di liquidazione giudiziale. Tuttavia, forse per una svista, la norma in parola non richiama il comma secondo della previgente disciplina, che estendeva i reati dei curatori di cui ai nuovi artt. 228, 229 e 200 C.C.I.I. al commissario liquidatore e alle figure che lo coadiuvano. Il che determina, forse non intenzionalmente, l'*abolitio criminis* delle ipotesi in oggetto.

Infine, il recentissimo recepimento della direttiva *Insolvency* ha inciso sulle fattispecie incriminatrici del capo quarto, inglobando la neonata ipotesi di *Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI* (art. 345 C.C.I.I.) nella coeva previsione di *Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi* di cui all'articolo precedente.

3. *Le disposizioni processuali penali*

Il capo V del titolo in esame ospita oggi anche due disposizioni di rilevanza processuale³³.

³¹ Circa la genesi di quest'ultima norma, introdotta nel 2012 dal cd. "Decreto Sviluppo" (d.l. 22 giugno 2022, n. 83), v. S. BRUNO, G.M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, II, Torino, 2017, pp. 2239 ss., ove era già sottolineato il carattere di discontinuità della previsione, anche sul piano della tecnica normativa, con il diritto penale fallimentare.

³² Per una dettagliata analisi delle due ultime previsioni, si rinvia a R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, cit., pp. 81 ss.

³³ Per una approfondita disamina circa i rapporti tra la dichiarazione di liquidazione e le misure cautelari penali, i quali

La prima, volendo riprendere le parole di Renato Bricchetti, “*lascia sconcertati*”³⁴, giacché rappresenta l’ennesima occasione di riforma perduta. Difatti, l’art. 346 C.C.I.I., ex art. 238 del regio decreto, stabilisce che l’ “azione penale” (sic!) per i reati previsti negli articoli 322, 323, 329 e 330 del Codice possa essere esercitata dopo la comunicazione della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale; ovvero, “*anche prima*” (art. 346, co. 2 C.C.I.I.), a patto che sia già stata presentata domanda per ottenere la dichiarazione di liquidazione giudiziale”³⁵. Balza comunque all’occhio il richiamo a scelte terminologiche arcaiche, legate a logiche del tutto superate, che trovavano il loro fondamento nell’impianto del previgente codice di rito; criticità la quale, dato il mancato adeguamento legislativo alle regole che presidiano (a ben vedere, da più di trent’anni) il funzionamento del processo penale, può essere superato solo leggendo “inizio delle indagini preliminari” in luogo di “esercizio dell’azione penale”.

Nessun rilievo risulta infine necessario rispetto alla disposizione di cui all’art. 347 C.C.I.I., la quale, coerentemente con l’art. 340 R.D., disciplina le regole che presidiano la costituzione di parte civile nel procedimento di bancarotta da parte del curatore, del liquidatore e degli altri commissari a cui è concessa dalla legge tale facoltà, ovvero, nei casi particolari di cui al secondo comma della norma in oggetto da parte dei curatori stessi.

Non riproposti, infine, gli artt. 239 (*Mandato di cattura*) e 241 (*Riabilitazione civile*) del regio decreto, poiché già abrogati da tempo: il primo, formalmente, da un intervento legislativo del 1964 e il secondo, solo tacitamente, dal d.lgs. 5 del 2006.

4. *Le altre ricadute sulla disciplina penalistica*

Il capo quarto del Codice regola il fenomeno delle operazioni societarie infragruppo, *prima facie* sprovvisto di rilevanza penale, ma invero potenzialmente foriero di ricadute significative sul perimetro applicativo delle fattispecie di bancarotta.

trovano la loro disciplina all’interno del titolo VIII del Codice, si rinvia, invece, a G. GARUTI, *Processo penale e crisi di impresa: relazioni, interferenze e futuribili*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, *passim*.

³⁴ R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d’impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, p. 95.

³⁵ L’art. 346, co. 2 C.C.I.I. recita: “È iniziata anche prima nel caso previsto dall’articolo 38 e in ogni altro in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta”. L’art. 38 regola l’ipotesi in cui il Pubblico ministero abbia presentato il ricorso per la dichiarazione di liquidazione giudiziale in quanto venuto a conoscenza dello stato di insolvenza. Per un approfondimento sul “nuovo” ruolo del Pubblico ministero con riferimento all’apertura della procedura di liquidazione giudiziale si rinvia, ancora, a G. GARUTI, *Processo penale e crisi di impresa: relazioni, interferenze e futuribili*, cit., in part. pp. 3 ss.

In particolare, pare opportuno segnalare l’attesa *normativizzazione* nel microcosmo dell’insolvenza – ancorché in via indiretta – della *teoria dei vantaggi compensativi*³⁶: in prima battuta frutto di elaborazione dottrinale, ma non priva di seguito nel dibattito giurisprudenziale, essa aveva finora trovato cittadinanza nel nostro panorama legislativo limitatamente al reato di infedeltà patrimoniale (art. 2634, comma terzo c.c.) per opera della riforma del diritto penale societario (d.lgs. 6 del 2003)³⁷. La predetta teoria, come noto, è diretta a ritagliare aree di irrilevanza penale per condotte astrattamente pregiudizievoli per i creditori, realizzate da parte dei titolari del potere gestorio mediante trasferimenti di risorse fra società appartenenti al medesimo gruppo; alla condizione, beninteso, che simili atti, incompatibili con l’interesse della singola società in quanto depauperanti, siano “compensabili” dalla previsione di vantaggi futuri, che derivino proprio dall’appartenenza al gruppo societario.

Se, dunque, la riforma del 2003 aveva consegnato all’ermeneusi giurisprudenziale la questione dell’estensibilità di detta teoria alla materia dei reati fallimentari (con risultati decisamente ondivaghi)³⁸, il nuovo art. 290 C.C.I.I., nel fornire riconoscimento giuridico alla disciplina del gruppo societario³⁹, pare aver messo la parola fine al summenzionato dibattito. Quest’ultima disposizione, difatti, ha statuito che, nel valutare la dannosità di operazioni realizzate da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori, anche riconducibili al tipo della distrazione, si debba tenere conto altresì degli eventuali vantaggi da queste derivanti; con la conseguenza che i suddetti atti depauperanti non acquisiscono rilevanza penale – nemmeno in relazione all’ipotesi della bancarotta fraudolenta –,

³⁶ In tema di estensibilità della teoria dei vantaggi compensativi al diritto penalfallimentare, cfr., *ex multis*, E. AMATI, N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 296 ss.; M. GAMBARDILLA, *Il Codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, 2, pp. 508 ss.; per un inquadramento della questione v., nella dottrina non penalistica, a mero titolo esemplificativo, F. GALGANO, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 1986, pp. 897 ss.; A. MIGNOLI, *Interessi di gruppo e società a sovranità limitata*, ivi, 1986, pp. 783 ss.; N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 613 ss.

³⁷ Ambito in cui, ancor prima della riforma in parola, la dottrina stessa aveva affrontato la questione. Per tutti, L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi nella gestione d’impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, diffusamente ma in part. pp. 63 ss.

³⁸ Per una sintesi dei più recenti orientamenti giurisprudenziali sul tema sia consentito rinviare a A.F. MASIERO, *La compensazione prevedibile. considerazioni in tema di bancarotta distrattiva infragruppo e vantaggi compensativi*, in *Cass. pen.*, 2022, 9, pp. 3142 ss.

³⁹ Per la precisione, il comma primo della previsione in parola stabilisce che nei confronti delle imprese appartenenti al medesimo gruppo possono essere promosse dal curatore, sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure, azioni dirette a conseguire la dichiarazione di inefficacia di atti e contratti posti in essere nei cinque anni antecedenti il deposito dell’istanza di liquidazione giudiziale, che abbiano avuto l’effetto di spostare risorse a favore di un’altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori, “fatto salvo il disposto dell’articolo 2497, primo comma, del codice civile”. Quest’ultimo, come noto, recita che “*non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*”.

ogniquale sia dimostrata in giudizio l'esistenza di una dimensione di gruppo, alla luce della quale essi sono suscettibili di assumere un significato ulteriore.

Ancora. Sembrano meritevoli di approfondimento anche le modifiche apportate dal *corpus* normativo in esame all'art. 2086 del Codice civile; le quali, seppur indirettamente, incidono sull'accertamento della responsabilità penale di amministratori e sindaci⁴⁰.

Tra le primissime norme entrate in vigore, il nuovo art. 375 C.C.I.I. impone all'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, di istituire, in nome di una virtuosa "*Gestione dell'impresa*", un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, "*anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale*" (art. 2086, co. 2 c.c.). La previsione è da leggersi in combinato disposto sia con l'art. 3 C.C.I.I. il quale – nell'elencare gli obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza –, si sofferma sull'*Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa*; sia con il nuovo art. 25-octies C.C.I.I. il quale, sostituendo l'art. 4 della prima versione del d.lgs. 14 del 2019, prevede che "*l'organo di controllo societario segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17*".

Chiaro, dunque, non solo come dette previsioni allarghino l'insieme dei doveri/poteri di amministratori e sindaci, estendendo, in altre parole, la posizione di garanzia in capo ad essi, sempre più chiamati a una stretta vigilanza sull'andamento della impresa⁴¹; ma altresì come le stesse concorrano a loro volta a tratteggiare il nuovo summenzionato "bene giuridico", che affiora, nonostante il modesto intervento della riforma sulle disposizioni penali, dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

5. Conclusioni...provvisorie

Nell'attesa di apprendere le sorti della Proposta Bricchetti, è opportuno abbozzare alcune considerazioni di chiusura.

⁴⁰ In argomento, v. L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino, 2021, *passim*. Con specifico riferimento, invece, alle ricadute delle modifiche apportate al codice civile in materia di *governance* societaria v. R. GIAMBERSIO, *Fenomeni di successione di norme penali dopo il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una riflessione de jure condito*, in *Sist. Pen.*, 2020, 9, in part. par. 4; per una più ampia riflessione v., invece, B. BELLAGAMBA, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *La Leg. pen.* 2020, *passim*.

⁴¹ Sul punto si leggano le parole di F. Mucciarelli, il quale nel sottolineare che "(...) si può senz'altro convenire con la riflessione secondo la quale tale «principio era già imminente nel sistema», osserva altresì che "non v'è dubbio che l'averlo trasformato in una norma positiva direttamente cogente (...) rappresenta un dato normativo sicuramente foriero di conseguenze notevoli nell'apprezzamento penalistico delle condotte", tanto degli amministratori quanto dei sindaci (F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, cit., p. 1193).

Anzitutto, sorge spontaneo domandarsi se le modeste revisioni apportate dal d.lgs. 14 del 2019 (e successive modificazioni) all’impianto *penalfallimentare* – o, come sarebbe più corretto chiamarlo oggi, *dell’insolvenza* –, siano davvero sufficienti a far fronte al mutato contesto economico odierno; il quale, si sa, sconta già da tempo l’obsolescenza delle norme poste, nel lontano 1942, a presidio della “*garanzia dei creditori*”⁴² e agli altri interessi correlati alla disciplina della crisi di impresa⁴³.

La risposta a tale quesito sembra essere negativa. E non c’è nulla di cui stupirsi al riguardo, perché, in fin dei conti, è la legge delega stessa ad essersi dotata di armi spuntate, in virtù di un principio di continuità normativa che sembra quasi tradire il timore del legislatore di paralizzare – quasi di ostacolare – la monumentale riforma civilistica con, altrettanto impegnative, revisioni penali.

A ben vedere, tra l’altro, il mantenimento dello status *quo ante*, elevato a vera esigenza di sistema, è affermato con tale convincimento da indurre nella tentazione di indugiare sul reale rispetto dello stesso da parte delle nuove incriminazioni, seppur mediatamente, dal Codice: addivenendo a domandarsi, nello specifico, se esse siano financo suscettibili di declaratoria di incostituzionalità per eccesso di delega, con il rischio tuttavia di perdere di vista il cuore del problema.

Diversamente, *rebus sic stantibus*, parrebbe più conveniente mettere a fuoco le reali esigenze di riforma, traendo spunto proprio dalla Relazione Bricchetti, la quale, pur non scevra di criticità, ha colto nel segno con riferimento ad almeno un paio di profili essenziali, che vale la pena ripercorrere brevemente.

In primo luogo, la proposta – preso atto del declino della figura dell’imprenditore individuale, sempre più marginale nel mondo economico contemporaneo – ha l’indubbio merito di aver accesso i riflettori sul vero protagonista della stessa, vale a dire l’impresa collettiva; peraltro, con conseguente differenziazione del trattamento sanzionatorio tra le ipotesi delittuose ascrivibili a quest’ultima rispetto all’imprenditore individuale.

In secondo luogo, occorre segnalare l’intenzione della Commissione di abrogare una serie di fattispecie incriminatrici cadute in *desuetudine*, quali alcune delle previsioni di bancarotta semplice a titolo colposo, oramai contrassegnate da un disvalore tanto modesto da essere da tempo sostanzialmente inapplicate nella prassi.

In terzo luogo, merita apprezzamento la proposta, peraltro del tutto conforme ai nuovi valori della morale d’impresa, di realizzare una efficace selezione delle condotte oggettivamente idonee ad estrinsecare un contenuto offensivo, mediante l’esclusione della rilevanza, “*sin dalla definizione*

⁴² F. MUCCIARELLI, *Fallimento e reato di bancarotta*, in AA.VV., *Libro dell’anno del diritto*, Enciclopedia giuridica Treccani, Milano, 2016, p. 148.

⁴³ In argomento, per tutti, v. A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d’insieme*, Milano, 2016, *passim*.

dell'elemento oggettivo della fattispecie” di “comportamenti risalenti nel tempo o comunque tenuti in un momento in cui ancora non si siano manifestati i segni rivelatori del dissesto”⁴⁴.

In conclusione, la formale ratifica legislativa della proposta Bricchetti contribuirebbe a realizzare, difatti, quel complessivo “svecchiamento” della disciplina penale dell’insolvenza⁴⁵, invocato a gran voce dalla dottrina e funzionale alla conclusione del percorso di riforma avviato col Codice della crisi. Come si è detto (peraltro in tempi non sospetti!), si tratterebbe, di una vera e propria “*scommessa per il futuro*”⁴⁶...che ci si auspica possa avere una gestazione meno tormentata della riforma in esame e costituire oggetto, nel breve periodo, di una nuova riflessione in questa sede.

DPEI 2/2023

⁴⁴ *Relazione*, cit., p. 18.

⁴⁵ Così P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche ‘a prima lettura’ sul progetto di codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, p. 110.

⁴⁶ C. SANTORIELLO, *Qualche breve riflessione sulla proposta di riforma del diritto penale fallimentare*, cit.

I reati di manipolazione del mercato e di false comunicazioni sociali in una recente sentenza del Tribunale di Milano di Gherardo Minicucci

Ricercatore di diritto penale (RTD-A) nell'Università degli Studi di Udine

Oggetto del provvedimento

Con la sentenza in esame, il Tribunale di Milano si è pronunciato sulla responsabilità dei vertici della società S. s.p.a. per i delitti di aggioaggio informativo (art. 185 T.U.F.) e di false comunicazioni sociali (art. 2622 c.c.), nonché sulla responsabilità del medesimo ente *ex artt. 25-ter e 25-sexies* d.lgs. 231/2001, assolvendo gli imputati da tutti i reati contestati e, per l'effetto, escludendo la sussistenza della responsabilità *ex crimine* della società.

Contenuto del provvedimento

1. I fatti

La pronuncia si occupa di tre distinti addebiti, mossi ai vertici della società S.s.p.a. (quotata nel mercato regolamentato) che si sono succeduti negli anni 2012 e 2013, oltre a misurarsi con la responsabilità dell'ente collettivo derivante da detti reati.

In particolare, all'amministratore delegato e al CEO della società in carica nell'anno 2012 si contesta la violazione reiterata dell'art. 185 T.U.F. – con riferimento alla sotto-fattispecie dell'aggioaggio informativo – per aver diffuso notizie false (“incomplete o reticenti”) riguardanti la situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo delle azioni ordinarie. Nel dettaglio, sarebbero state occultate gravi criticità previste per l'anno 2013, anno in cui la società stimava di realizzare un EBIT (Earnings before interest and taxes) inferiore di circa un miliardo di euro rispetto al c.d. *consensus* degli analisti e alle attese del mercato. La condotta, secondo l'impostazione dell'accusa, sarebbe stata realizzata attraverso un comunicato stampa non veritiero ed una conference call con analisti finanziari nell'ottobre del 2012.

All'amministratore delegato e al dirigente preposto alla redazione delle scritture contabili in carica nell'anno 2013, poi, si addebitano condotte di falso in bilancio *ex art. 2622*, co. 1, 3 e 4, c.c. (nella formulazione ante l. 69/2015), poiché, in contrasto con i principi contabili di riferimento – in particolare con lo IAS 11 – non avrebbero rilevato extracosti legati a ritardi e a penali per complessivi € 245.000.000, iscrivendo, per l'effetto, maggiori ricavi a conto economico e omettendo di rilevare la perdita attesa sulle commesse coinvolte come costo dell'esercizio.

Ai due, poi, veniva contestata anche una seconda violazione dell'art. 185 T.U.F., in quanto, mediante comunicati stampa diffusi al pubblico nell'anno 2013, nei quali davano notizia dell'approvazione del bilancio di cui sopra, avrebbero diffuso notizie false sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società, dipendenti dalla maggior imputazione di ricavi per € 245.000.000, effetto dell'azzeramento degli extra-costi sopradescritto¹.

Quanto a S. s.p.a., l'accusa disegna la sua incolpazione intorno alla violazione degli artt. 25-ter e 25-sexies d.lgs. 231/2001, per non aver predisposto un modello di organizzazione e gestione del rischio che fosse idoneo a prevenire la consumazione dei delitti sopra descritti, realizzati da soggetti apicali.

La sentenza del Tribunale di Milano, come già anticipato, giunge all'assoluzione per tutti gli imputati per insussistenza dei delitti contestati – per l'effetto escludendo anche la responsabilità dell'ente collettivo – al termine di una puntualissima ricostruzione fattuale, nella quale si analizzano, a partire dalla stessa struttura societaria, tutte le procedure interne in tema di comunicazioni finanziarie (p. 11 ss.) nonché la scansione cronologica delle comunicazioni al pubblico effettuate dalla società (pp. 14 ss. e 18 ss.).

2. L'aggiotaggio c.d. informativo (art. 185 T.U.F.)

La vicenda processuale, in larga misura, si centra sul primo degli addebiti, che ha ad oggetto le comunicazioni effettuate dai vertici sociali nell'ottobre 2012, ritenute in violazione dell'art. 185 T.U.F.

Più nel dettaglio, la (sotto)fattispecie che viene qui in rilievo è rappresentata dal c.d. aggiotaggio informativo, legato alla diffusione di notizie false, e concettualmente distinto dall'aggiotaggio “manipolativo”, realizzabile mediante “operazioni simulate” o “altri artifici”. Com'è noto, l'art. 185 T.U.F. è una norma a più fattispecie² che si caratterizza per essere un reato di pericolo concreto, il cui termine di giudizio è rappresentato dall'idoneità “a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari”.

Da questo angolo visuale, risulta chiaro che la fattispecie intende proteggere il funzionamento e l'integrità del mercato regolamentato, inteso come un bene giuridico sovraindividuale. La tutela, almeno sul piano della formulazione normativa, arretra sulla soglia del pericolo, senza tuttavia

¹ Per un esame ragionato di un'analoga casistica, pur con taglio prettamente operativo, cfr. F. DI VIZIO, *Sequestri e confische degli illeciti di market abuse e dei delitti societari di infedeltà informativa*, in *Discrimen.it*, 7 giugno 2019, in part. pp. 27 ss.

² In termini, da ultimo, F. D'ALESSANDRO, *Market abuse*, ne *Il testo unico finanziario*, a cura di M. CERA, G. PRESTI, II, Bologna, 2020, p. 2215.

rinunciare ad un vaglio piuttosto stringente di offensività, che concorre a segnare il confine applicativo rispetto al finitimo illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter T.U.F³.

Nondimeno, pur essendo chiaro che le scelte degli operatori finanziari sono indiscutibilmente orientate dalle loro conoscenze, e che ciò influisce sul prezzo degli strumenti negoziati sul mercato⁴, è altrettanto vero che la “sensibile alterazione” viene comunemente ricondotta a scelte (ritenute) razionali, che tuttavia non sempre sono proprie dei mercati regolamentati⁵. Si tratta, in sostanza, di un giudizio di prognosi postuma da condurre in una prospettiva ex ante, in concreto e a base totale, a prescindere dal successivo sviluppo degli accadimenti, di cui pur sempre si dispone al momento del giudizio⁶.

La sentenza in commento analizza approfonditamente la condotta tipica del delitto di aggio informativo (p. 49 ss.), specificando – e il punto pare di grande interesse – che la condotta di diffusione si connoterebbe per l'essere (i) una condotta attiva, (ii) realizzabile con qualunque mezzo recante qualunque genere di comunicazione, scritta o orale, (iii) e, infine, destinata ad un numero indeterminato di persone operanti nel settore economico-finanziario. La pronuncia, in questo frangente, fa tesoro di un orientamento dottrinale piuttosto consolidato che esclude in radice la possibilità che il reato possa configurarsi in forma omissiva⁷, al netto della indiscutibile capacità di detti contegni di alterare, quanto una condotta attiva, l'andamento dei prezzi degli strumenti finanziari. Richiamando analoghi arresti di merito, il giudicante afferma chiaramente l'irrelevanza, ai sensi dell'art.185 T.U.F., della mera non comunicazione di un dato significativo, distinguendo tale ipotesi dal diverso caso in cui all'interno di una condotta attiva decettiva sia innestata l'omissione di un dettaglio o di un segmento informativo che comporti la diffusione di una notizia price sensitive⁸.

³ Sul punto, per ogni ulteriore riferimento, cfr. E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, pp. 291 ss. (liberamente consultabile su *Discrimen.it*).

⁴ F. MUCCIARELLI, *Altri artifici: una (controversa) modalità di realizzazione del delitto di manipolazione del mercato*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, p. 2033. *Amplius* cfr. L. D. CERQUA, voce *Reati di aggio informativo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, p. 888. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. V, 13 settembre 2016, n. 3836, in *Dir. pen. cont.*, 21 aprile 2017.

⁵ *Amplius* cfr. E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, pp. 24 ss. e 233 ss. (liberamente consultabile su *Discrimen.it*).

⁶ In termini cfr. Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2012, n. 40393, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, pp. 925 ss., con nota di C. LENZINI, *Manipolazione di mercato: inadeguatezza del metodo dell'event study nell'accertamento dell'offesa ed alterazione per stabilizzazione artificiosa del prezzo di uno strumento finanziario*, *ivi*; in senso analogo anche Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 2018, n. 53437, in CED, rv. 275134. In dottrina cfr. F. MUCCIARELLI, *Manipolazione informativa: la condotta pericolosa e il luogo di consumazione nella lucida lettura della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 1103 ss. Nel senso che si tratti, invece, di un evento di pericolo cfr. G. GIORDANENGO, *La tutela del mercato: aggio informativo e manipolazione del mercato*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, 14° ed., a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2013, pp. 406 ss.

⁷ Per tutti cfr. S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, I, Torino, 2018, p. 93.

⁸ Così anche Cass. pen., Sez. II, 21 marzo 2013, n. 12989 in CED, rv. 255525; Cass. pen., Sez. V., 20 luglio 2011, n. 28932, in CED, rv. 253754. In dottrina cfr. F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*,

Del resto, la presenza di una sanzione amministrativa specificamente prevista per l'omessa comunicazione al mercato di informazioni obbligatorie dal combinato disposto degli artt. 114 e 193 T.U.F. chiude il cerchio intorno ad un'interpretazione dell'art. 185 T.U.F. che sembra necessitata, ma comunque apprezzabile, anche perché controtendente rispetto al dilagare di posizioni di obbligo, dalla dubbia fondatezza, di matrice giurisprudenziale.

Quanto al concetto di “notizia”, nella pronuncia in commento viene ricostruito come un'informazione dal carattere determinato, relativa a fatti di carattere economico, commerciale, politico-sociale⁹, etc., attuali o futuri, ma a condizione che essa tragga origine da un riferimento attuale e presente¹⁰; per l'effetto, sono da escludersi – ancora una volta in conformità alle indicazioni della dottrina più avvertita – i rumors o le mere previsioni, scollegate da eventuali riscontri fattuali¹¹. La notizia, poi, deve essere “falsa”, ossia non rispondente a verità.

La sentenza, sul punto, rigetta la lettura estensiva – pur autorevolmente proposta in dottrina¹² – che propende per l'inclusione delle notizie “esagerate” o “tendenziose” all'interno della sotto-fattispecie di aggio di informazione, e recupera in chiave sistematica le indicazioni ritraibili dalla relazione illustrativa al d.d.l. n. 7123/2000, laddove, pur con riferimento all'art. 2637 c.c., si era precisata la specifica intenzione legislativa di espungere il riferimento a tali notizie – prima presente – lasciando spazio unicamente al concetto di falsità¹³. Sebbene anche questo segmento della parte motiva non possa che essere condiviso, apre invece qualche perplessità l'*obiter* in cui il Tribunale riconduce – ferma l'irrelevanza della precisazione per il caso in esame – la diffusione di notizie “esagerate” o “tendenziose” entro la condotta (manipolativa) dell'impiego di “altri artifici”, che rischia di rendere un mero esercizio di stile la delimitazione concettuale appena effettuata¹⁴.

Venendo al caso in esame, il giudicante valorizza particolarmente l'analisi dei tempi con cui si scandiva il calendario finanziario della società, rilevando che, al momento del comunicato e della

Torino, 2014, pp. 192 ss. (liberamente consultabile su *Discrimen.it*); M. MASUCCI, *Gli abusi di mercato. L'attuazione nel sistema penale italiano del regolamento e della seconda direttiva dell'Unione europea sul market abuse*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 2° ed., Torino, 2019, pp. 344 ss.

⁹ In questi termini, laddove vi sia obiettiva idoneità a modificare l'andamento dei prezzi, cfr. V. NAPOLEONI, *I reati societari*, III, Milano, 1996, p. 488.

¹⁰ Così F. MUCCIARELLI, *Aggio di informazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 419.

¹¹ In termini, da ultimo, G. MARTIELLO, *Diritto penale dell'intermediazione finanziaria*, Pisa, 2017, p. 199.

¹² C. PEDRAZZI, voce *Turbativa dei mercati*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 428.

¹³ Per ulteriori approfondimenti cfr. N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 5^a ed., Padova, 2020, p. 382.

¹⁴ La questione è da tempo nota in dottrina, anche con riferimento alle ipotesi di comunicazioni rivolte soltanto ad una ristretta cerchia di soggetti: cfr. L. D. CERQUA, voce *Reati di aggio di informazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, p. 894.

conference call di cui al primo addebito, non vi fosse alcun obbligo comunicativo delle previsioni sull'anno successivo (ordinariamente comunicate nel mese di febbraio di ogni anno). La circostanza appena descritta consente di concludere che, nel periodo di interesse, la struttura sociale stava ancora raccogliendo i dati che sarebbero confluiti in una bozza di budget che comincerà a circolare soltanto dopo le comunicazioni ritenute illecite, e che, quindi, “la mera omessa comunicazione delle previsioni di budget 2013 (in via di deterioramento) non possa formare oggetto del reato in contestazione” (p. 53).

Anche al netto di questo profilo, l'esame della comunicazione effettuata – alla luce delle risultanze processuali – porta il Tribunale a ritenere che le aspettative dei vertici sociali potessero essere ritenute fondate, trovando appiglio nella positiva conclusione di alcuni accordi economici, che, pur in una prospettiva “sfidante” (sic) potevano dar luogo ad aspettative concrete e ragionevoli. Aspettative che, sottolinea il Tribunale, vengono messe in discussione dalla fortissima discontinuità che dipenderà – successivamente a questi fatti – dalle repentine dimissioni dell'amministratore delegato, che porteranno ad un avvicendamento forse non del tutto ininfluenza anche con riguardo agli stessi va-lori associati alla società (p. 57 ss.).

3. *Le falsità in bilancio: la questione della univocità dei principi contabili*

Il secondo macro-tema affrontato nella sentenza in esame è relativo ai requisiti costitutivi del delitto di false comunicazioni sociali, per come disciplinato dall'art. 2622, co. 1, 3 e 4, c.c., nella formulazione ante l. 69/2015. Difatti, ai nuovi vertici di S. s.p.a. si addebita di aver imputato extra costi all'anno 2013 anziché al 2012, cercando così di rappresentare una sorta di continuità con la precedente gestione e, in particolare, con le comunicazioni diffuse nell'ottobre 2012.

Il Tribunale, anche in questo frangente, si impegna in un'analitica lettura degli elementi indiziari portati a sostegno della tesi d'accusa (p. 59 ss.), finendo con l'escluderne ogni decisiva valenza (p. 65). L'attenzione del giudicante si centra, invece, sui principi contabili applicabili alla società, la quale, operando sul mercato regolamentato, si trova a dover applicare i principi internazionali per il bilancio consolidato, con facoltà di procedere analogamente anche per il bilancio di esercizio (come accaduto nel caso di specie).

La disamina della natura del bilancio e dei principi contabili nazionali e internazionali (p. 65 ss.) culmina poi nell'affermazione della natura “ontologicamente imprecisa” della disciplina di dettaglio che si collega alla messa in opera concreta di detti principi: secondo il giudicante, in altri termini, il nucleo centrale di inequivocabile significato del principio contabile sfumerebbe e scolorirebbe nel progressivo allontanamento dalla matrice originale, per giungere al caso concreto.

Tale considerazione di ordine generale è quindi calata nell'esame del principio IAS 11, che viene appunto in gioco con riferimento all'imputazione contabile dei ricavi e dei costi di contratti a lungo termine o pluriennali. Questi ultimi, com'è evidente, sono intrinsecamente soggetti anche a notevoli variazioni nel corso del tempo, talora non compiutamente prevedibili ex ante, sia nell'an che nel quantum. È qui che intervengono, in linea generale, i paragrafi 13 e 14 dello IAS 11¹⁵, nei quali – secondo il condivisibile giudizio espresso dal Tribunale di Milano – si consacra l'uso di stime e valutazioni, come impone il costante richiamo alla “attendibilità” e alla “probabilità”, quale unica via per determinare i ricavi e i costi della commessa oggetto di imputazione contabile.

Ciò conduce il giudicante a ritenere che si sia dinanzi ad un'ipotesi di falso valutativo, da leggere in continuità con le indicazioni fornite dalle Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione¹⁶.

Com'è noto, l'accertamento della particolare specie di falso in discorso – sconnessa dall'ontologismo che regge le altre ipotesi – si impernia sul raffronto della rappresentazione contabile con l'enunciazione dei metodi e dei criteri (normativi) impiegati per la sua redazione, per come esplicitata nella nota integrativa.

Da questo punto di vista, quindi, si afferma che solo una redazione del tutto arbitraria e irragionevole avrebbe potuto recare i contrassegni della falsità, attesa non solo la natura intrinsecamente valutativa delle poste incriminate, ma anche l'ampio margine di discrezionalità che gli stessi principi contabili di riferimento lasciano al redattore dei documenti contabili, a fronte di un'attività obiettivamente non esente da difficoltà (rilevate, nel caso in esame, anche dalle autorità di

¹⁵ Par. 13 – “Una variante è una richiesta del committente che modifica l'oggetto del lavoro che deve essere svolto in base al contratto. Una variazione può portare a un aumento o a una diminuzione nei ricavi di commessa. Esempi di variazioni sono i cambiamenti di specifiche o di progettazione del bene e cambiamenti nella durata della commessa. Una variazione è inclusa nei ricavi di commessa se: a) è probabile che il committente approverà la variazione e l'ammontare del ricavo che ne deriva; e b) l'ammontare del ricavo può essere determinato con attendibilità”.

Par. 14 – “Con una richiesta di revisione prezzi l'appaltatore cerca di ottenere dal committente, o da terzi, un ammontare a titolo di rimborso per costi non compresi nel prezzo contrattuale. Una richiesta di revisione prezzi può derivare, per esempio, da ritardi causati dal committente, da errori nelle specifiche o nella progettazione e da variazioni contestate nei lavori di commessa. La determinazione dell'ammontare dei ricavi derivanti da richiesta di revisione prezzi è soggetta a un elevato grado di incertezza e spesso dipende dall'esito di negoziazioni. Perciò, le richieste di revisione vengono incluse nei ricavi di commessa solo quando: a) le negoziazioni hanno raggiunto una fase avanzata tale che è probabile che il committente accetti le richieste di revisione; e b) il probabile ammontare che sarà accettato dal committente può essere determinato con attendibilità”.

¹⁶ Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, in CED, rv. 266802, con nota di F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e “ars interpretandi”*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2016, pp. 174 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni unite: la nomofilachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 2790 ss.; A. ALESSANDRI, *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1479 ss.; A.M. DELL'OSSO, “*Rien ne va plus*”: le Sezioni Unite confermano la perdurante rilevanza delle valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali, in *Giur. comm.*, 2016, pp. 1204 ss.

vigilanza del settore)¹⁷.

Il Tribunale conclude quindi per l'insussistenza dell'elemento oggettivo del delitto, non mancando di sottolineare l'ulteriore – ma ultronea – mancanza di prova in relazione all'elemento soggettivo dell'art. 2622 c.c., con specifico riguardo alla componente di dolo specifico di profitto (p. 79). Quale necessaria conseguenza della ritenuta liceità delle comunicazioni sociali, infine, v'è il travolgimento della distinta contestazione di aggio informativo relativa alla diffusione del bilancio asseritamente falso.

4. La responsabilità dell'ente collettivo

L'insussistenza dei fatti di reato ascritti alle persone fisiche comporta, di per sé, l'insussistenza dell'illecito amministrativo ascritto all'ente collettivo, rispetto al quale, tuttavia, il Tribunale offre alcune precisazioni.

In particolare, si (ri)afferma la decisiva rilevanza del criterio obiettivo dell'interesse/vantaggio¹⁸, che anzi sarebbe sconfessata – già nello stesso libello di accusa – dall'accento posto sull'entità del danno recato, per mezzo dei reati contestati, alla stessa società.

Dall'altro lato, poi, il giudicante chiude rilevando che la presenza di un modello di organizzazione e gestione del rischio-reato analiticamente predisposto e rigidamente proceduralizzato (come quello adottato dall'ente) avrebbe comportato per l'accusa l'onere di evidenziarne e provarne lacune e carenze strutturali, tali da consentire la commissione dei reati addebitati, in accordo con le previsioni del d.lgs. 231/2001.

Collegamenti con altre pronunce

1. In tema di aggio *ex art.* 185 T.U.F.

- Trib. Milano, Sez. I, 18 dicembre 2008, inedita
- C. App. Milano, Sez. II, 14 luglio 2010, n. 1728, inedita
- Cass. pen., Sez. V., 20 luglio 2011, n. 28932, in CED, rv. 253754
- Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2012, n. 40393, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2012, 925 ss.
- Cass. pen., Sez. II, 21 marzo 2013, n. 12989, in CED, rv. 255525
- Cass. pen., Sez. V, 13 settembre 2016, n. 3836, in Dir. pen. cont., 21 aprile 2017

¹⁷ In dottrina, da ultimo, cfr. M. SCOLETTA, *Il bilancio offensivo. Falsità, decettività e significatività nel giudizio di illiceità penale delle comunicazioni sociali*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2020, in part. pp. 192 ss.

¹⁸ Da ultimo, in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 3 marzo 2021, n. 22256, in CED, rv. 281276.

– Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 2018, n. 53437, in CED, rv. 275134

2. In tema di false comunicazioni sociali *ex art.* 2622 c.c.

– Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, in CED, rv. 266802

3. In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi

– Cass. pen., Sez. IV, 3 marzo 2021, n. 22256, in CED, rv. 281276

DPEI 2/2023

La sentenza sulla Banca Popolare di Vicenza sui delitti di aggio, ostacolo alle funzioni di vigilanza e falso in prospetto

di Angelo Salerno

Magistrato ordinario con funzioni G.I.P./G.U.P. presso il Tribunale di Bari

Nota a Tribunale di Vicenza, Sezione Penale, in composizione collegiale, sent. n. 348/2020 (ud. 19 marzo 2021, dep. 17 giugno 2021)

Oggetto del provvedimento

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Vicenza ha dichiarato la responsabilità penale e civile di una parte degli imputati, in qualità di presidente e di componenti del consiglio di amministrazione e delle divisioni della Banca Popolare di Vicenza, per i delitti di aggio, ostacolo alle funzioni di vigilanza e falso in prospetto, affermando altresì la responsabilità amministrativa, ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, della Banca predetta, già in liquidazione coatta amministrativa, per i soli delitti presupposto di aggio e ostacolo alle funzioni di vigilanza, di cui rispettivamente agli artt. 2637 e 2638 c.c.

Contenuto del provvedimento

La vicenda oggetto della sentenza in commento trae origine dall'ispezione effettuata dalla Banca Centrale Europea, nel 2015, presso la Banca Popolare di Vicenza, all'esito della quale sono state rilevate irregolarità relative all'acquisto di azioni proprie, mediante finanziamento da parte di soci e clienti, con impegno dell'Istituto al riacquisto delle medesime azioni e garanzia sul rendimento delle stesse, anche attraverso storni di interessi e utilizzo di fondi esteri per la detenzione di azioni proprie in via indiretta.

Il danno subito dal patrimonio della Banca, per effetto di tali operazioni, è stato quantificato in oltre un miliardo di euro, con conseguente imposizione, da parte della B.C.E. dell'elaborazione di un nuovo piano industriale e del rinnovamento degli organi societari. La Banca, nel 2016, ha quindi proceduto alla trasformazione in S.P.A., deliberando un aumento di capitale per 1,5 miliardi di euro, con quotazione in borsa, senza tuttavia riuscire nell'intento di risanare la situazione; è seguita pertanto la dichiarazione di dissesto, nel 2017, da parte delle Istituzioni bancarie europee, e quindi, nel 2018, la dichiarazione di insolvenza a seguito della procedura di liquidazione coatta amministrativa, iniziata nel mese di giugno del 2017.

A seguito dei fatti appena sintetizzati, sono state contestate agli imputati una serie di condotte di manipolazione del mercato, volte a rappresentare una non veritiera condizione di solidità patrimoniale della Banca e la inesistente liquidità del titolo azionario, attraverso la concessione di garanzie e assistenza finanziaria in favore dei clienti per l'acquisto di azioni della banca stessa, l'omessa iscrizione a bilancio della riserva indisponibile corrispondente all'ammontare degli importi finanziati per l'acquisto di azioni della Banca stessa, nonché il mantenimento di un valore sovradimensionato delle azioni in questione. È stata altresì ravvisata la responsabilità degli imputati per aver diffuso comunicati mendaci, indirizzati al mercato e ai soci, in ordine alla situazione patrimoniale della Banca, al valore del titolo azionario e all'esito delle operazioni di aumento del capitale. Infine, sono state contestate condotte di ostacolo alle funzioni di vigilanza di Banca D'Italia, della Banca Centrale Europea e della CONSOB, oltre ai reati di falso in prospetto, con riferimento all'esistenza e all'entità del finanziamento di operazioni di acquisto delle azioni della Banca stessa e all'andamento del mercato secondario delle predette azioni.

I delitti di aggio e di ostacolo alle funzioni di vigilanza, di cui, rispettivamente, agli artt. 2637 e 2638 c.c., sono stati altresì oggetto di una contestazione, ai sensi del Decreto Legislativo n. 231 del 2001, nei confronti della Banca stessa, in quanto commessi nell'interesse o comunque a vantaggio di quest'ultima.

1. Le condotte di aggio

Agli imputati, come anticipato, è stata contestata la fattispecie di aggio, di cui all'art. 2637 c.c., sia nella forma manipolativa od operativa, che nella forma c.d. informativa, con riferimento alle condotte consumate nel periodo di tempo tra l'anno 2012 e l'anno 2015; in particolare, con riferimento alla manipolazione operativa del mercato, è stata riscontrata la sistematica concessione di assistenza finanziaria in favore dei clienti, per l'acquisto di titoli azionari emessi dalla stessa Banca, così da determinare l'apparenza di liquidità dei titoli e, nel contempo, ridurre il controvalore delle azioni proprie detenute dalla Banca stessa, omettendo di iscrivere a bilancio la relativa riserva indisponibile (di valore equivalente a quello delle azioni in cui acquisto era stato finanziato) e di comunicare tale operazione di finanziamento all'esperto incaricato della stima del valore del sovrapprezzo delle azioni predette; con riferimento, invece alla condotta di aggio informativo, assumono rilevanza i dati divulgati a mezzo stampa, nonché mediante comunicazioni ai soci e bilanci di esercizio, in ordine all'entità del patrimonio, alla solidità patrimoniale della banca, alla crescita della compagine sociale e al buon esito delle operazioni di aumento di capitale del 2013 e 2014.

In merito ai delitti ascritti agli imputati, previa ricostruzione della fattispecie di aggioaggio nelle sue diverse forme, come sopra richiamate, i giudici di merito hanno ritenuto che le operazioni di finanziamento poste in essere al fine di acquistare azioni della Banca finanziatrice presentassero carattere fraudolento (in quanto tali rientranti tra gli “altri artifici” cui fa riferimento il legislatore), valutati unitamente all’omessa iscrizione nei bilanci di esercizio della riserva indisponibile ex art. 2358 c.c., alla mancata comunicazione all’esperto incaricato tali operazioni, alla diffusione di notizie false in merito alla situazione patrimoniale della Banca, alla sua solidità, nonché alla crescita della compagine sociale e all’esito della ricapitalizzazione, come anticipato, tanto a mezzo stampa, quanto nelle comunicazioni sociali e al pubblico, con conseguente alterazione del prezzo di vendita dei predetti titoli azionari.

Accertate le singole condotte, riferibili alle diverse forme di aggioaggio punite ai sensi dell’art. 2637 c.c., i giudici di merito hanno richiamato il principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione, con sentenza 4 maggio 2011, n. 29932, secondo cui le predette condotte non assumono carattere alternativo tra loro, con la conseguenza che l’accertamento di una pluralità di fatti, riconducibili alle diverse forme di aggioaggio, impone di ravvisare una pluralità di autonomi reati, specie ove realizzate in momenti distinti e in relazione ad operazioni diverse.

Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto che le condotte manipolative, informative e operative si sono concretizzate nella sistematica diffusione di notizie decettive, divulgate attraverso mezzi eterogenei, in relazione ad operazioni diverse, pur con il medesimo fine di evitare il deprezzamento del titolo bancario; tale scopo ha indotto i giudici a individuare l’arco temporale di consumazione della condotta in ciascuno degli esercizi, annualmente, e quindi tra il 2012 e il 2015, per quattro esercizi, tenendo conto delle scadenze annuali previste per le valutazioni patrimoniali e di stima.

Sono state pertanto ravvisate sedici autonome condotte criminose, in termini di aggioaggio finanziario informativo, aggioaggio finanziario operativo, aggioaggio bancario informativo e aggioaggio bancario operativo, consumate rispettivamente negli anni 2012, 2013, 2014 e 2015 (con dichiarazione di intervenuta prescrizione per tutti i fatti commessi nel corso dell’anno 2012).

2. Le condotte di ostacolo alla funzione di vigilanza

Ulteriori fattispecie accertate a carico degli imputati riguardano l’attività di vigilanza svolta da Banca D’Italia e dalla Banca Centrale Europea, a far data dall’ispezione di Banca D’Italia del 2012, rispetto alla quale sono state accertate condotte di occultamento con mezzi fraudolenti delle operazioni di finanziamento di capitale e delle lettere di impegno al riacquisto delle azioni, di cui è

stata omessa altresì la comunicazione alla squadra ispettiva, punite cumulativamente ai sensi dei commi primo e secondo dell'art. 2638 c.c.; sono state altresì accertate condotte di ostacolo di analoga natura, poste in essere in relazione all'attività ispettiva della CONSOB.

Il Tribunale, in merito alle condotte di ostacolo alla funzione di vigilanza, si è occupato della possibilità di invocare, da parte degli imputati, il principio del *nemo tenetur se detegere*, rigettando tuttavia la tesi difensiva sul punto alla luce delle seguenti argomentazioni: il principio invocato non può trovare fondamento nell'art. 384 c.p., in quanto norma eccezionale, che deroga rispetto alla regola generale di cui all'art. 61, n. 2, c.p., che invece aggrava la pena per i reati commessi al fine di ottenere l'impunità per altri reati (in merito alla natura eccezionale dell'art. 384 c.p. occorre tuttavia tenere in considerazione quanto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 10381 del 2021); è stato inoltre osservato che il riconoscimento dell'invocata esimente determinerebbe l'effetto paradossale di riservare un trattamento di favore a chi si sia reso responsabile di un precedente reato; infine, con la sentenza in commento, si afferma che il principio invocato presenta natura esclusivamente processuale, rimanendo estraneo rispetto alle fattispecie penali che sanzionano la violazione di un obbligo di dire il vero, che altrimenti sarebbero oggetto di una *interpretatio abrogans*.

3. Le condotte di falso in prospetto

Con riferimento alle condotte di falso in prospetto, punite ai sensi dell'art. 173 *bis* T.U.F., l'accusa mossa nei confronti degli imputati ha riguardato i prospetti informativi redatti dalla Banca e depositati presso la CONSOB, relativi alle offerte al pubblico di azioni di nuova emissione e di obbligazioni convertibili, per gli aumenti di capitale realizzati tra gli anni 2013 e 2014, in cui sono state occultate informazioni rilevanti in merito ad esistenza, entità ed effetti dei finanziamenti che la Banca ha concesso per l'acquisto delle proprie azioni da parte dei soci e dei clienti, unitamente ad informazioni false e fuorvianti in relazione al mercato secondario dei titoli in questione. La fattispecie contestata agli imputati tutela i risparmiatori, punendo la divulgazione di informazioni false o incomplete, che risultino idonee ad indurre in inganno le persone offese, alterando la regolarità del mercato, secondo lo schema proprio delle fattispecie di pericolo (a differenza del previgente art. 2623 c.c., che richiedeva la causazione di un pregiudizio patrimoniale).

Oggetto delle falsità o reticenze penalmente rilevanti devono risultare le informazioni necessarie affinché gli investitori possano pervenire ad un giudizio fondato in merito alla situazione finanziaria e patrimoniale dell'emittente nonché ai titoli emessi, come previsto dall'art. 94 T.U.F.

Tale impostazione teleologica, come evidenziato dai giudici, consente di estendere l'ambito applicativo della fattispecie penale ex art. 173 *bis* cit. non soltanto ai dati materiali ma anche alle notizie e alle valutazioni relative all'offerta, tanto nel caso della falsità quanto in caso di occultamento.

Nel caso di specie è stato ritenuto che, alla luce delle risultanze istruttorie, gli imputati avessero, allo scopo di trarne un ingiusto profitto, occultato informazioni necessarie e divulgato informazioni false, tanto in relazione allo stato patrimoniale e finanziario della Banca emittente, quanto sul valore dei titoli, ivi compreso il carattere di illiquidità delle azioni, a fronte del ritardo significativo e della mancata evasione delle richieste di vendita avanzate dai soci nei confronti della Banca.

Tali condotte sono state ritenute, stante la loro gravità, idonee a determinare un effetto distorsivo nel giudizio degli investitori in merito all'opportunità dell'investimento, i quali non sono stati posti in condizione di rappresentarsi correttamente la situazione patrimoniale dell'Istituto e l'evoluzione della sua attività, anche in relazione al livello di rischio dell'investimento.

Le condotte sono state inoltre ritenute aggravate ai sensi dell'art. 61, n. 2 c.p., in quanto commesse al fine di occultare gli ulteriori delitti di aggio e di ostacolo alla vigilanza, garantendo così l'impunità per detti fatti.

Collegamenti con altre pronunce

In reazione alla fattispecie di aggio si segnala Cass. pen., Sez. V, 14.9.2017, n. 54300, dep. 1.12.2017 (rel. Brancaccio M., ric. Banchemo), in *Arch. Pen.*, 2018, 2, con nota di E. CAIA.

In relazione alla fattispecie di ostacolo alle funzioni di vigilanza si segnalano Cass. pen., Sez. V, 29.5.2019, n. 29377, dep. 4.7.2019 (Rel. Caputo A., ric. Mussari), in *Cass. Pen.*, 2018, 7-8, sez. 2, pp. 2733 ss., con nota di D. FEDERICI, e Cass. pen., Sez. V, 26.5.2017, n. 42778, dep. 19.9.2017 (rel. Guardiano A., ric. Consoli e altro), in *Cass. Pen.*, 2018, 7-8, sez. 4, pp. 2598 ss., con nota di D. Federici.

Dottrina e riferimenti bibliografici

FOFFANI L., *sub* art. 2637, in *Comm. Palazzo, Paliero*, 2a ed., Padova, 2007;

MELCHIONDA A., *Aggio*, in LANZI A., CADOPPI A. (a cura di), *I nuovi reati societari. Commentario del d.lgs. 11.4.2002, n. 61*, 2a ed., Padova, 2007;

PREZIOSI S., *L'aggio (art. 2637 c.c.)*, in ROSSI A. (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005;

ROSSI A., *La tutela del mercato: agiotaggio e manipolazione del mercato*, in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, 13a ed. a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2007;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, 13a ed., a cura di C.F. GROSSO, Torino, 2007;

CERQUA D., *sub art. 2638*, in *Comm.* BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF, SALAFIA, Milano, 2004;

GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, 2a ed., Torino, 2004.

DPEI 2/2023

***Prospettive applicative dei reati societari e responsabilità dell'ente: la sentenza UBI Banca S.p.A.
di Francesco Martin***

Avvocato del Foro di Venezia

Nota Tribunale di Bergamo, sez. pen., 4 gennaio 2022 (ud. 8 ottobre 2021), n. 2260

Oggetto del provvedimento

Con la sentenza in esame, il Tribunale di Bergamo in composizione collegiale si è pronunciato sulla responsabilità dell'Istituto di Credito UBI Banca per i delitti di cui agli art. 25-ter, comma 1, lett. Q) e S), d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 in relazione ai reati presupposto di illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 c.c.) e di ostacolo all'esercizio delle funzioni dell'autorità pubbliche (art. 2638 c.c.), nonché sulla responsabilità dei soggetti apicali del medesimo ente per i reati di cui agli artt. 81 cpv, 110 c.p. e artt. 2638, comma 1 e 2, 2639 c.c. e di ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob (art. 170-bis d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), assolvendo alcuni degli imputati da tutti i reati contestati e, per l'effetto, escludendo la sussistenza della responsabilità della società.

Contenuto del provvedimento

1. I fatti

La pronuncia, nella sua complessità, si incentra sulla verifica dell'esistenza di un presunto patto parasociale volto a ostacolare l'attività di vigilanza da parte degli organi preposti, nonché ad influenzare l'assemblea di UBI.

In particolare, il nucleo dell'imputazione di cui ai capi B), C) e D) attiene alla presunta stipula di un accordo tra due enti associativi concretamente attuato nel corso di un lungo arco temporale e mai osteso alle Autorità di regolazione, in violazione degli artt. 20 T.U.B. e 122 T.U.F.

A tale accordo tra associazioni, di cui tutti gli imputati avrebbero avuto nel tempo conoscenza, l'accusa riconosce la natura giuridica di patto parasociale a tempo indeterminato funzionale ad influenzare le decisioni degli organi sociali di UBI; sempre nel capo d'imputazione, vengono illustrate le distinte contestazioni che, sono elevate ad autonome condotte di ostacolo.

Proprio soffermandosi su tali condotte, il Tribunale affronta, in primo luogo, un tema di carattere generale, riguardante l'interferenza tra la sanzione penale di cui all'art. 2638, comma 2, c.c.

e quelle amministrative di cui all'art. 193 T.U.F., in ragione delle potenziali sovrapposizioni tra la norma penale oggetto di contestazione ed alcune disposizioni amministrative di carattere sanzionatorio.

Tale analisi è atta a comprendere se, nei casi di specie, possa venire in rilievo l'art. 9, l. 24 novembre 1981, n.689, in base al quale se uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa si applica esclusivamente la disposizione speciale.

L'ipotesi di un concorso apparente con prevalenza della sanzione amministrativa su quella penale va esclusa, nel caso *de quo*, in forza del richiamo ai criteri elaborati dalla giurisprudenza per governare fenomeni di interferenza tra diverse fattispecie incriminatrici incidenti sul medesimo episodio di vita, pacificamente estensibili, nonostante la diversa sfumature testuale tra l'art. 15 c.p. e l'art. 9 l. 689/81.

Ritiene quindi in Tribunale, sulla base di tali presupposti, che se dall'omessa comunicazione di un patto parasociale deriva un evento di ostacolo, il reato di cui all'art. 2638, c. 2, c.c. potrà dirsi integrato; è quindi escluso che tale omissione possa essere sanzionata solo nel dominio amministrativo, ben potendo invece tali condotte, ove capaci di generare ostacoli rilevanti, avere rilievo penale.

Orbene, dalle risultanze processuali si evince che la Banca d'Italia mai aveva chiesto ad UBI, nell'ambito dell'intervento di vigilanza del 2009 volto a modificare l'art. 49 dello Statuto sociale, di abbandonare il principio di pariteticità organizzato sul sistema delle derivazioni, con la conseguenza che gli imputati non avrebbero avuto la necessità di realizzare una modifica dello statuto solo fittiziamente aderente alle indicazioni dell'organo di vigilanza.

Il vero punto su cui il Tribunale ritiene di doversi focalizzare è invece verificare se nel processo di adeguamento delle regole societarie di UBI alle disposizioni di vigilanza, si fossero o meno registrate quelle azioni di inquinamento del patrimonio conoscitivo di Banca d'Italia e della Consob.

L'intervento sul futuro regolamento del Comitato Nomine richiesto dalla Banca d'Italia alla luce della modifica statutaria del 2009 avrebbe dovuto riguardare il rilievo societario accordato ad ABLP e non già, come invece la pubblica Accusa ha ritenuto di ricavare dalla lettura delle risultanze processuali, il tema della pariteticità e delle derivazioni.

Appare evidente, prosegue il Tribunale, che il sistema di governo di UBI non solo rimase saldamente ancorato al principio di pariteticità tra le derivazioni, ma altresì come il suddetto principio risultò espresso in misura se possibile ancora più marcata rispetto al testo originario del regolamento

in ragione del fatto che, sul piano formale venne superato il sistema dei due sottocomitati in favore di un modello collegiale.

Del resto, se davvero si fosse voluto occultare la pariteticità per il tramite di un patto parasociale celato, non avrebbe avuto senso alcuno confermarne la vigenza nel testo del regolamento del Comitato Nomine, cioè in un atto societario di pronto reperimento per qualsiasi Autorità pubblica, ivi compresa la Banca d'Italia e la Consob.

Ciò che, in definitiva, si contesta in punto di fatto è che l'accordo parasociale tra i due enti associativi avrebbe alimentato un governo di fatto della banca del tutto difforme di quello disciplinato dalle fonti societarie per il tramite dell'eterodirezione offerta dagli organi della Banca.

Il Collegio rileva anzitutto come, alla luce del tenore letterale dell'imputazione, la cornice giuridica entro cui incastonare il patto oggetto di contestazione non sia quella di un sindacato di voto quanto, piuttosto, quella offerta dalla figura dei c.d. sindacati di gestione, cioè quella tipologia di accordi tra soci che hanno lo scopo di realizzare un'influenza dominante su una società.

La prova di tale accordo si dovrebbe ricavare, in via inferenziale, dai comportamenti assunti dagli imputati in relazione a due classi di condotte: influenza gestoria e il processo di individuazione delle nomine alle cariche di vertice dell'istituto di credito.

Tuttavia, la stessa ABPL, del tutto consapevole della particolare incidenza della sua azione associativa sul versante delle nomine di UBI, assolse agli adempimenti informativi previsti dall'art.122 TUF, pur non ritenendo il proprio statuto suscettibile di configurare un patto parasociale.

In definitiva, il Collegio non ha ravvisato alcun percorso probatorio suscettibile di condurre alla prova dell'esistenza di un patto parasociale tra le due associazioni, la cui omessa comunicazione avrebbe potuto ostacolare, nel corso del tempo, le funzioni proprie delle Autorità di Vigilanza.

Di particolare interesse, ai fini della trattazione, risulta anche il capo F) (artt. 81 cpv, 110 c.p. e 2636 c.c.).

La *ratio* della disposizione di cui all'art. 2636 c.c. è quella di garantire, nel più generale quadro del corretto funzionamento degli organi societari, la trasparenza e la regolarità del processo formativo della volontà dell'assemblea che, oltre a dover essere frutto di libero consenso, deve essere effettuato nel rispetto della legge e dello statuto.

Dalla collocazione sistematica della disposizione e dal suo stesso tenore letterale, si evince infatti che è la tutela dell'organo assembleare e, più in generale, la formazione della volontà di quest'ultimo attraverso un suo regolare funzionamento.

L'art. 2636 c.c. presidia dunque un interesse di natura superindividuale e istituzionale, che vede nell'organo assembleare, che esercita poteri di indirizzo e di intervento sulla gestione sociale, il

luogo in cui si concentrano e mediano le diverse e contrapposte posizioni in ragione dell'interesse della società.

La tutela del principio maggioritario non risponde poi a esigenze contingenti, non è posto cioè a garanzia della opportunità o della economicità delle singole delibere, ma è il principio tecnico di ispirazione democratica e liberale prescelto dal legislatore quale cardine per il funzionamento di importanti organi tra cui l'assemblea, senza che assumano rilievo estremi di danno (o di pericolo di danno) per interessi patrimoniali.

L'art. 2636 c.c. non contiene infatti alcun riferimento a tali interessi, non potendosi inferire tale limitazione neppure dalla previsione del dolo specifico di profitto, non necessariamente patrimoniale, che il soggetto agente deve perseguire, inserito nella nuova formulazione della norma.

Tale ottica, incentrata sul rispetto del principio di maggioranza, implica che solo le condotte di simulazione o di frode che determinano un ribaltamento dei rapporti tra maggioranza e minoranza possano assumere rilievo ai fini dell'integrazione della fattispecie. Proprio l'inquadramento della norma, eguale posta a presidio di condotte lesive del corretto funzionamento degli organi sociali, esclude che il reato si circoscriva alla sola tutela delle minoranze azionarie se non, addirittura, al solo interesse del singolo socio.

Nel caso in esame il Tribunale ha ritenuto sussistente la fattispecie di cui all'art. 2636 c.c. solamente nella forma tentata in quanto l'evento, cioè l'influenza illecita dell'assemblea dei soci e la coartazione della volontà dei singoli soci, non può dirsi essersi verificato.

Difatti, le operazioni volte alla raccolta delle deleghe bianche, attuata attraverso un'organizzata rete tra le direzioni territoriali, le filiali e i centri esterni, hanno permesso di ampliare il numero di votanti, i quali, senza tali modalità fraudolente non avrebbero mai espresso il loro voto.

Per tale reato è tuttavia intervenuta, con riferimento ad alcuni imputati, sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione e per altri sentenza di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*

2. Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (ex art. 2638, comma 1 e 2, c.c.)

La vicenda processuale oggetto del presente commento concerne, in larga misura, l'asserito ostacolo alla vigilanza operato dai vertici della UBI, in violazione dell'art. 2638 c.c..

Tale norma prevede due fattispecie alternative a forma vincolata, connotate entrambe da una finalità specifica, cioè ostacolare le funzioni di vigilanza¹.

¹ E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016.

Nelle comunicazioni alle Autorità di vigilanza previste in base alla legge rientrano l'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economico-patrimoniale dell'ente, ovvero l'occultamento con mezzi fraudolenti in tutto o in parte di fatti che i soggetti attivi qualificati avrebbero dovuto comunicare sulla medesima situazione².

Il delitto di false informazioni all'autorità di vigilanza è dunque un reato di mera condotta, che si consuma nel momento in cui viene posta in essere una delle due condotte tipiche alternativamente previste dalla disposizione incriminatrice, celandosi così all'organo di vigilanza la realtà economica, patrimoniale o finanziaria dei soggetti sottoposti al controllo³.

Per quanto attiene il primo comma, l'interesse protetto è il corretto funzionamento degli organi pubblici di vigilanza posti dalla legge a tutela del mercato e del risparmio.

L'elemento soggettivo è dato dal dolo specifico, secondo un modello di tutela anticipata del bene giuridico trattandosi di un reato di pericolo concreto.

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto deve ritenersi configurabile il reato anche nel caso in cui la falsità sia contenuta in giudizi estimativi delle poste di bilancio, atteso che dal novero dei fatti materiali, indicati dall'attuale norma incriminatrice come possibile oggetto della falsità, vanno escluse soltanto le previsioni o congetture prospettate come tali, vale a dire quali apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo. Invero, l'espressione, riferita agli stessi fatti, ancorché soggetti a valutazione, va intesa in senso concessivo, per cui, in ultima analisi, l'oggetto della vigente norma incriminatrice viene a corrispondere a quello della precedente, che prevedeva come reato la comunicazione all'autorità di vigilanza di fatti non corrispondenti al vero⁴.

Riguardo poi alla seconda modalità di realizzazione del delitto di false informazioni all'autorità di vigilanza, deve essere subito precisato che non si tratta di una condotta omissiva. È necessario, infatti, che la condotta di occultamento sia corredata dal ricorso a mezzi fraudolenti e non si risolva nel mero silenzio sull'esistenza dei fatti da comunicare; fatti che devono poi chiaramente essere rilevanti per la situazione economico-patrimoniale della società.

² R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017.

³ A. ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Milano, 2012; N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 2018; A. ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002; F. CONSULICH, *Il caso Antonveneta: abuso di informazioni privilegiate e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, I, Bologna, 2015.

⁴ M. GAMBARELLA, *I delitti di false informazioni e di ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Giustizia insieme*, 2017; 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 *Arch. Pen.*, n. 3, 2020.

Questa figura criminosa, a differenza di quella prevista al primo comma, è a forma libera: il legislatore non descrive infatti le modalità di realizzazione della stessa limitandosi ad prevedere che sono puniti gli agenti qualificati che in qualsiasi forma ne ostacolano le funzioni⁵.

La condotta tipica è polarizzata sull'evento naturalistico (l'ostacolo), ed è costituita dal realizzare, comunque, un ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza. L'evento di ostacolo può essere dunque integrato con qualsiasi comportamento anche omissivo, che impedisce alla Autorità di vigilanza di esercitare le proprie funzioni⁶.

Il reato previsto dal comma 2 dell'art. 2638 c.c. è dunque un delitto di evento, che richiede la verifica di un effettivo ostacolo alle funzioni di vigilanza, quale conseguenza di una condotta che può assumere qualsiasi forma anche omissiva⁷.

In pratica, la condotta vietata è identificata soltanto attraverso il nesso eziologico con l'impedimento alle funzioni di vigilanza, includendovi anche ipotesi di carattere omissivo⁸.

Ne deriva che, mentre il delitto di cui al comma 1 dell'art. 2638 c.c. è un reato di mera condotta, il reato previsto dal secondo comma è un delitto di evento, che richiede la verifica di un effettivo e rilevante ostacolo alla funzione di vigilanza, quale conseguenza di una condotta che può assumere qualsiasi forma⁹.

Per quanto invece concerne i rapporti tra l'art. 2638 c.c. e l'art. 170-bis TUF è opportuno fare una breve precisazione.

L'art. 170-bis TUF contiene una clausola di riserva esplicita; infatti, prescrive il legislatore che lo stesso trova applicazione “fuori dai casi previsti dall'art. 2638 c.c.”.

Il problema è individuare quindi, quali sono i casi in cui il 2638 c.c. non si considera applicabile.

Rispetto all'elemento oggettivo, va sottolineato che l'art. 170-bis T.U.F. è una fattispecie di danno, poiché ai fini della sua configurazione il legislatore richiede il verificarsi di un ostacolo¹⁰.

⁵ Sul punto la Corte di Cassazione (cass. pen., sez. V, 29/05/2019, n.29377) ha stabilito che: “l'evento del reato previsto dall'art. 2638, comma 2, c.c. Può essere integrato, oltre che dall'impedimento "in toto" dell'esercizio della funzione di vigilanza, dall'effettivo e rilevante ostacolo frapposto al dispiegarsi della funzione, con comportamenti di qualsiasi forma, comunque tali da determinare difficoltà di considerevole spessore o un significativo rallentamento - e non il mero ritardo - dell'attività di controllo. (in motivazione, la corte ha richiamato la necessità di fornire della disposizione in esame un'interpretazione conforme al canone costituzionale di offensività e sistematicamente coerente con le previsioni degli artt. 187-quinquiesdecies d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58 e 306 d.lg. 7 settembre 2005, n. 209).

⁶ A. NISCO, *Il caso Bnl-Unipol: abuso di informazioni privilegiate e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *op. Cit.*, Bologna, 2015.

⁷ Cfr. *Sub. art. 2638 c.c.*

⁸ A. SALERNO, *La sentenza sulla banca popolare di vicenza sui delitti di aggio, ostacolo alle funzioni di vigilanza e falso in prospetto*, in *Dir.pen.eco.imp.*, 2021.

⁹ M. GAMBARELLA, *op. Cit.*

¹⁰ S. SEMINARA, voce *Reati societari (le fattispecie)*, in *Enc. Dir.*, annali, IX, Milano, 2016; F.M. FRASCHETTI, *La natura dei reati di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza e di aggio manipolativo*, in *Cass. Pen.*, 2014.

Da ciò si ricava che il vero ambito di sovrapposizione con l'art. 2638 c.c. si riferisce esclusivamente al suo secondo comma, essendo il primo una fattispecie di pericolo¹¹.

Premesso ciò, i casi che possono essere ricondotti alla norma del T.U.F. ricomprendono quelle condotte attuate da soggetti non qualificati e quindi non rientranti nel novero dei soggetti della norma codicistica, o quelle condotte che sono imputabili a titolo di dolo eventuale che non possono costituire, per gli argomenti già esposti sopra, reato ai sensi dell'art. 2638 c.c.¹².

Orbene la sentenza in esame ha fatto buon governo dei principi dettati dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa la configurabilità del reato in esame.

Se difatti il perno della prospettazione accusatoria formulata dal Pubblico Ministero si basava sull'esistenza di un patto parasociale a tempo indeterminato tra i coimputati che avrebbe avuto lo scopo celare, alle autorità preposte, il reale funzionamento del Comitato Nomine ancora improntato ai principi di pariteticità e alternanza e di garantire ai vertici della UBI il controllo del gruppo in maniera difforme dalla documentazione societaria ed in contrasto con le disposizioni in materia, nonché la possibilità di influenzare l'assemblea dei soci, il Tribunale ha ritenuto insussistente tale accusa, rilevando che il sistema di governo di UBI è rimasto, di fatto, aderente al principio di pariteticità tra le derivazioni, anche a seguito delle modifiche dell'art. 49 dello Statuto sociale.

Ad aggiungersi che, se davvero si fosse voluto occultare la pariteticità per il tramite di un patto parasociale celato, non avrebbe avuto senso alcuno confermarne la vigenza nel testo del regolamento del Comitato Nomine, cioè in un atto societario di pronto reperimento per qualsiasi Autorità pubblica.

La mancata esistenza del patto parasociale e quindi il conseguente venire meno dell'elemento cardine intorno al quale avrebbe ruotato il meccanismo dell'ostacolo ovvero della omessa comunicazione alle Autorità di vigilanza, ha quindi portato il Tribunale ad assolvere gli imputati dai capi B), C) e D) perché il fatto non sussiste.

Con riferimento invece al capo E) è stata affermata la penale responsabilità di uno degli imputati, sempre in relazione agli artt. 2638 c.c. e 170-*bis* TUF, per avere omesso di comunicare alla CONSOB delle informazioni inerenti dei finanziamenti disposti dalla UBI a società per delle edificazioni su delle proprietà a lui riconducibili.

3. Illecita influenza sull'assemblea (ex art. 2636 c.c.)

¹¹ F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004.

¹² B. ALBERTINI, *sub. art. 2638 c.c.*, in A. LANZIE E A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari*, Padova, 2007; L. CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Giur. Comm.*, 2017.

Il secondo macro-tema affrontato nella sentenza in esame è relativo al delitto di influenza illecita sull'assemblea disciplinato dall'art. 2636 c.c.

Con la riforma del diritto penale societario, di cui al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, il legislatore ha sostituito la precedente fattispecie di illecita influenza sulla formazione della maggioranza assembleare, prevista dall'abrogato 2630, comma 1, n. 3, c.c., con la nuova fattispecie di cui all'art. 2636 c.c.

La norma in commento è volta alla repressione delle condotte tese all'inquinamento della volontà assembleare, quale momento centrale della vita societaria.

La riforma del 2002 ha introdotto espressamente il concetto di atti simulati o fraudolenti, comportando che il nucleo dell'illecito è ora da ricondursi al mendacio, ossia ad un falso che, in tanto è incriminato, in quanto produca effetti distorsivi sulla determinazione delle maggioranze assembleari.

Da ciò discende che la dottrina¹³ maggioritaria ritiene che il bene protetto vada rintracciato nel ruolo della verità o della trasparenza nel processo di formazione delle maggioranze assembleari.

Nella nuova formulazione, l'art. 2636 c.c. si rivolge, non tanto alla violazione di norme (penali, civilistiche, statutarie), quanto al particolare disvalore della condotta connotata da fraudolenza, simulazione e idoneità ingannatoria, causa del formarsi della maggioranza.

Il ricorso ai mezzi illeciti, nella previgente disposizione, quale formula di chiusura comprensiva di ogni altra ipotesi non specificatamente descritta, era parso di portata troppo ampia e generica, considerato l'elevato numero di violazioni che nella pratica societaria configurano comportamenti sì illeciti, ma non fraudolenti¹⁴.

Pertanto, durante la vigenza dell'abrogata fattispecie, era stato sollevato dagli interpreti il problema della delimitazione della fattispecie, chiedendosi se la condotta di determinazione dovesse essere valutata in modo autonomo rispetto ai parametri di illiceità propri del diritto civile¹⁵.

L'attuale art. 2636 c.c. configura un reato comune, che può essere commesso da chiunque ed, in particolare, da tutti i soggetti i cui interessi si intersecano con il piano dell'agire societario¹⁶.

¹³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I reati e illeciti amministrativi, societari e bancari. La responsabilità degli enti*, C.F. GROSSO (a cura di), Milano, 2007; M. ZANCHETTI, *Illecita influenza sull'assemblea*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *op. cit.*

¹⁴ V. NAPOLEONI, *I reati societari*, Milano, 1992; L. FOFFANI, *Violazioni di obblighi concernenti le funzioni di amministrazione attiva nella società di capitali e cooperative*, in N. MAZZACUVA (a cura di), *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*, Torino, 1990.

¹⁵ L.D. CERQUA, F. CERQUA, *L'illecita influenza sull'assemblea*, in L. CANZIO, D. CERQUA, L. LUPARÀ (a cura di), *Diritto penale delle società, accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Milano, 2016; A. MANGIONE, *Illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 c.c.)*, in A. GIARDA, S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002.

¹⁶ Cfr. sub. art. 2636.

La condotta tipizzata dall'art. 2636 c.c., richiede – rispetto al previgente art. 2630, comma 1, n. 3, c.c. – un elemento di frode integrato da comportamenti artificiosi, aventi carattere simulatorio idonei a realizzare un inganno, sicché il precetto sanzionato si configura come reato a forma vincolata; inoltre – essendo il reato posto a tutela dell'interesse al corretto funzionamento dell'organo assembleare – per la sua consumazione è necessario che la condotta abbia effettivamente inciso sulla formazione della maggioranza, trattandosi di fattispecie criminosa costruita come reato di evento posto che per la consumazione del reato è richiesta l'effettiva determinazione della maggioranza nell'assemblea, ed è preordinato a tutelare l'interesse al corretto funzionamento dell'organo assembleare .

La nozione di atti simulati assume quindi una portata più ampia dell'accezione civilistica, per la ragione che essa non evoca soltanto l'istituto della simulazione regolato dagli artt. 1414 c.c. e ss., ma include qualsiasi operazione che artificialmente permetta di alterare la formazione delle maggioranze richieste per l'approvazione delle deliberazioni assembleari e di conseguire, così, risultati vietati dalla legge o dallo statuto della società.

Nella nozione di atti fraudolenti, invece, confluiscono sia le altre condotte prima espressamente tipizzate, e cioè l'avvalersi di quote non collocate o il fare esercitare sotto altro nome il diritto di voto spettante alle proprie azioni o quote, sia le rimanenti condotte prima qualificabili come alti mezzi illeciti.

Ai fini della sussistenza del reato si richiede quindi che il soggetto agente abbia posto in essere un comportamento obiettivamente idoneo ad ingannare e soggettivamente orientato dall'agente al conseguimento di tale obiettivo che determini, ai fini della consumazione del delitto, un risultato assembleare diverso.

Ne consegue che integra il delitto di cui all'art. 2636 c.c. ogni operazione che consenta di addivenire a risultati vietati dalla legge o contrari allo statuto, assumendo rilievo il risultato che aggira tali disposizioni.

In dottrina¹⁷, per quanto riguarda la condotta, è stato evidenziato, innanzitutto, come il nucleo centrale dell'incriminazione rispetto al passato sia costituito dal fatto che la maggioranza deve determinarsi in assemblea, richiedendo, la norma in maniera univoca e chiara, la presenza di un evento e cioè che la maggioranza assembleare si formi (artificialmente) per effetto della condotta illecita.

Si è perciò indicato, come punto di riferimento, il meccanismo descritto nell'art. 1414 c.c. per la simulazione contrattuale e in generale, anche nella ricostruzione della nozione di frode, un rinvio alle categorie civilistiche.

¹⁷ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007; P. ARDIA, *La tutela penale dell'assemblea*, in A. ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005.

Pertanto, nei casi di interposizione reale, non fittizia, ci si troverebbe di fronte atti formalmente leciti ed orientati ad un fine a sua volta lecito, sottratti all'applicazione della fattispecie.

Nel novero degli atti fraudolenti rientrerebbero, invece, le condotte di fraudolenta elusione delle disposizioni civilistiche che regolano l'esercizio del diritto di voto, come ad esempio, l'impiego di azioni o quote non collocate, condotta peraltro già rilevante in base alla precedente disposizione¹⁸.

Una delle novità a seguito della riforma del 2002 è la chiara delineazione della natura di reato di evento dell'illecita influenza, che si realizza con l'effettiva determinazione, tramite il compimento di atti simulati o fraudolenti, di una maggioranza assembleare, diversa da quella che si sarebbe verificata senza l'impiego della simulazione o della frode.

A seguito delle suesposte modifiche, l'evento naturalistico deve quindi essere esclusivamente riconducibile a una condotta di determinazione connotata dalla fraudolenza o dalla simulazione, caratterizzazioni che esprimono il nucleo di disvalore penale. Occorre, in altri termini, che si dimostri la sussistenza del nesso causale tra gli atti simulati e fraudolenti e l'alterazione della maggioranza assembleare¹⁹.

Il reato di cui all'art. 2636 c.c., in definitiva, si caratterizza oggi, per essere un reato comune di evento, a forma vincolata, punibile a titolo di dolo specifico.

Orbene nel caso *de quo* il collegio giudicante, oltre a rilevare l'intervenuto termine di prescrizione per il reato in parola, ritiene che l'evento non si sia verificato.

Difatti lo schema logico per dimostrare la consumazione del reato è quello della prova di resistenza della maggioranza sospetta: dai voti favorevoli a una certa delibera devono, idealmente, essere detratti tutti i voti imputabili alle condotte illecite (figli, cioè, di simulazione o frode) e ciò al fine di verificare se, nonostante tale sottrazione, la maggioranza assembleare che si assume viziata si sarebbe ugualmente formata.

Se la risposta è positiva, la prova dell'evento è fallita e si apre il tema del tentativo, in caso contrario il reato può dirsi consumato.

Come evidenziato in precedenza, l'art. 2636 c.c. è configurato come un reato di evento la cui compatibilità con il tentativo è, sul piano dogmatico, incontrovertibile.

Si avrà quindi tentativo in presenza di atti idonei e diretti in modo non equivoco a determinare, con atti simulati o fraudolenti, la maggioranza in assemblea.

¹⁸ S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, I, Torino, 2018; G. MARTIELLO, *Illecita influenza sull'assemblea*, in F. GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, 2002.

¹⁹ F. MUCCIARELLI, *Aggiotaggio*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *op. cit.*; C. CARRARA, *Il delitto di illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 c.c.)*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3, 2010.

Trattandosi poi di reato di evento a forma vincolata, sono esecutivi e dunque punibili a titolo di tentativo solo quegli atti che realizzano, anche solo in forma parziale, la condotta tipica e che abbiano messo in pericolo il nucleo di interessi presidiati dalla norma incriminatrice.

Deve altresì precisarsi, sempre in via generale, che nella fattispecie tentata l'evento è elemento negativo di fattispecie: ne consegue che, se l'evento del reato si verifica, non c'è tentativo ma consumazione configurandosi al contrario la fattispecie tentata ogni qualvolta l'evento delineato dalla norma non si verifica per fattori estranei alla condotta dell'agente.

Orbene nel caso in esame il Tribunale ritiene che sussista l'art. 2636 c.c. nella forma tentata, ma essendo spirato il termine di prescrizione ha doverosamente pronunciato, per alcuni imputati, sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione e, per altri, sentenza di assoluzione *ex art. 129 c.p.p.* in quanto risultati, sulla base del compendio processuale raccolto, all'evidenza estranei da ogni profilo di collegamento probatorio con l'azione tipica.

4. La responsabilità dell'ente

L'insussistenza dei fatti di reato ascritti alle persone fisiche comporta, di per sé, l'insussistenza dell'illecito amministrativo ascritto all'ente collettivo, rispetto al quale, tuttavia, il Tribunale offre alcune precisazioni.

Decisivo risulta infatti la nozione di interesse e vantaggio, presupposto per affermare la penale responsabilità della persona giuridica.

L'analisi dei fatti porta il Tribunale ad affermare che il vantaggio non sia neppure ipotizzato, risolvendosi nella stessa consumazione del reato: esso non ha infatti una autonoma descrizione, ma costituisce una mera contestualizzazione del fatto.

Così ricostruito la vicenda, appare invero assai arduo ravvisare un qualsiasi legame tra il reato ritenuto in forma tentata dal Collegio e una qualsivoglia situazione favorevole per l'ente.

Al più deve evidenziarsi che gli imputati hanno agito in contrasto con l'interesse della banca, la quale appare atteggiarsi quale vittima dell'illecito, piuttosto che beneficiata dello stesso.

Correttamente, quindi, il Tribunale ha pronunciato sentenza di assoluzione nei confronti della persona giuridica per difetto di interesse dell'ente.

Collegamenti con altre pronunce

1. Con riferimento all'art. 2638 c.c.

Cass. pen., Sez. V, 29.05.2019, n. 29377

Trib. Vicenza, Sez. pen., 2020, n. 348

Cass. civ., Sez. II, 05.04.2017, n. 8855

Cass. pen., Sez. I, 07.12.2017, n. 15537

Cass. pen., Sez. V, 08.01.2016, n. 6916

Cass. pen., Sez. V, 29.05.2019, n. 2937

2. Sull'art. 2636 c.c.

Cass. pen., Sez. V, 29.05.2019, n.29377

Cass. pen., Sez. V, 21.05.2013, n.17939

Cass. pen., Sez. I, 03.03.2009, n.17854

3. In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi

Cass. pen., SS. UU., 25.09.2014, n.11170

Cass. pen., Sez. V, 28.11.2013, n.10265

DPEI 2/2023

Frodi, marchi e sicurezza alimentare e del prodotto

Sequestro preventivo e contraffazione di vini pregiati. Un vaglio critico in punto di diritto sostanziale

di **Francesco Camplani**

Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata

Nota a Tribunale di Pavia, Giudice del riesame, Ordinanza 15 dicembre 2021, n. 50 I. M. C. R.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Premessa al caso. Il *fumus commissi delicti*. – 3. Il caso. Il contesto giuridico. – 4. Le questioni sollevate dall'istanza e la soluzione del Tribunale del riesame. – 5. Sull'astratta configurabilità del reato di contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari. – 5.1. Considerazioni sulla plurioffensività eventuale del reato contestato. – 5.2. Le condotte rilevanti ai fini dell'art. 517-*quater* c.p. – 5.3. I beni esposti a lesione. I beni giuridici strumentali ricavabili dal dettato normativo. – 5.4. (*segue*) Il bene giuridico dell'economia pubblica e i relativi beni giuridici strumentali. – 5.5. (*segue*) I beni giuridici della salute pubblica e privata. – 5.6. Prime conclusioni sull'astratta configurabilità del fatto di reato. 6. La cantina come plausibile soggetto attivo dell'illecito. Osservazioni.

1. *Considerazioni introduttive*

L'istituto del sequestro preventivo pone interrogativi, per certi versi, a cavallo fra il diritto penale sostantivo e quello processuale, nella cui codificazione il legislatore italiano, distinguendosi dagli omologhi europei, lo ha collocato. La somiglianza dei suoi effetti con quelli dell'istituto pienamente sostanziale della confisca – rispetto al quale si distingue soprattutto per la collocazione logico-temporale nelle vicende del giudizio penale e, conseguentemente, per la natura provvisoria – poggia su tre elementi di fondo in comune: il nesso di pertinenzialità fra una cosa e il reato¹, l'applicabilità per equivalente e l'effetto della privazione della disponibilità della stessa².

La stessa *ratio* dei due istituti presenta più similitudini che differenze: entrambi gli istituti mirano alla prevenzione di ulteriori conseguenze del fatto per cui si procede o si è proceduto, compresi ulteriori fatti di reato. Da questo punto di vista, la differenza di maggior rilievo sembra

¹ Il nesso di pertinenzialità quale elemento di collegamento concettuale fra sequestro preventivo e confisca è evidenziato, tra gli altri, ad esempio, anche da M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, IX ed. 2022, p. 1074 nonché da V. GREVI- M. CERESA-GASTALDO, *Misure cautelari*, in G. CONSO- V. GREVI- M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, X ed., 2020, p. 413.

² Per un commento ampio ed aggiornato all'istituto si fa riferimento, innanzitutto, a F. D'ALESSIO, sub *Art. 321 cod. proc. pen.*, in G. LATTANZI-E. LUPO-P. BRONZO-E. GALLUCCI, *Codice di procedura penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2020, pp. 1239 ss.

essere resa, alla fine, dalla discussa natura sanzionatoria della confisca. Non è un caso, d'altronde, che l'art. 321 co. 2 cod. proc. pen. richiami i presupposti che consentono o rendono obbligatoria la confisca.

L'ordinanza del Tribunale di Pavia qui in commento rappresenta un esempio paradigmatico dell'importanza della vicenda fattuale e del relativo giudizio sostanziale, dal momento che il giudice, come ha dichiarato il collegio sin dalle premesse della ricostruzione, è chiamato ad «*avere riguardo all'astratta configurabilità del reato*» - affermazione che, come si preciserà a breve, costituisce una presa di posizione sul contenuto della decisione che prelude al sequestro preventivo - basandosi chiaramente su risultanze probatorie provvisorie, tuttavia «*accertando se il fatto si possa sussumere nell'ambito di una determinata ipotesi di reato e sia attribuibile all'indagato*», pur senza vagliare sino in fondo la fondatezza dell'accusa.

Il caso oggetto del giudizio cautelare verteva su una vicenda nella quale la principale fattispecie di reato ipotizzata era la contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari, prevista e sottoposta a sanzione dall'art. 517-*quater* cod. pen. Si tratta, in particolare, della fattispecie che ha condotto il Giudice per le indagini preliminari ad emettere il decreto di sequestro preventivo, avente ad oggetto due conti correnti appartenenti a due amministratori di una cantina cooperativa. Su di essa si appunta la contestazione del *fumus commissi delicti* che costituisce il primo motivo dell'istanza di riesame.

La presenza di una società vinicola apre, peraltro, un ulteriore filone di ricerca consistente nell'analisi del suo eventuale coinvolgimento nelle vicende fattuali. L'intento di profitto che avrebbe animato i soggetti attivi, infatti, potrebbe aver rappresentato un vantaggio per essa o – disgiunzione resa necessaria da consolidata giurisprudenza – essere stato perseguito nel suo interesse. Conseguenza pratica di un simile coinvolgimento è la possibilità di far valere il principio di sussidiarietà del sequestro preventivo, evocato anche – in onore al concetto processualcivilistico – come *beneficium excussionis*. Anche tale profilo è stato puntualmente oggetto dell'istanza di riesame della difesa, quantunque in via subordinata.

Nel commento che segue, si è ritenuto utile ricorrere agli istituti di diritto processuale penale quale spunto per una riflessione focalizzata soprattutto sul diritto sostanziale. Chi scrive ritiene che la sussumibilità dei fatti provvisoriamente accertati nella figura di reato ai sensi dell'art. 517-*quater* cod. pen. e il coinvolgimento “personale” della Cantina siano l'oggetto fondamentale della discussione, a fronte di istituti processuali il cui contenuto non sembra essere posto in discussione dalla sentenza.

Conviene, pertanto, cominciare ricapitolando sinteticamente i fatti – diffusamente ripercorsi nell’ordinanza del Giudice delle indagini preliminari – enucleandone la sostanza, per poi procedere ad una discussione critica sui due gangli problematici testé individuati.

2. Premessa al caso. Il fumus commissi delicti

Prima di entrare nel vivo della sintesi del caso e della decisione, appare opportuno precisare per quale motivo l’affermazione del Tribunale del riesame costituisca una precisa presa di posizione rispetto ai due orientamenti in campo sul presupposto del cd. *fumus commissi delicti* e per quale motivo, a nostro avviso, i nodi problematici possano essere ricercati altrove.

Com’è noto, i presupposti del sequestro preventivo sono individuati (i) nel sospetto, surrogato da indizi³, di commissione di un reato, come testé menzionato in formula latina; (ii) nel pericolo almeno astratto che nell’attesa della definizione del giudizio (*periculum in mora*) la cosa venga utilizzata – giusta la disposizione dell’art. 321 co. 1 cod. proc. pen. – per «aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati»⁴.

La *ratio* dell’istituto, come suggerito dal suo stesso *nomen* e dalla definizione appena riprodotta, è quella di giocare d’anticipo scongiurando una simile probabilità, pur al costo di imporre un vincolo reale in carico ad un soggetto la cui colpevolezza non è ancora stata accertata al di là di ogni ragionevole dubbio, o addirittura in capo ad un soggetto terzo⁵. Da questo punto di vista, com’è noto, il sequestro preventivo si distingue radicalmente dall’omonima misura cautelare del sequestro conservativo, volta a mantenere la garanzia patrimoniale per le sanzioni pecuniarie e le eventuali statuizioni in favore della parte civile, nonché dal mezzo di ricerca della prova del sequestro probatorio, inteso alla ricerca di elementi di prova sul cd. corpo del reato⁶.

È fondamentale soggiungere che il concetto del *fumus* non è espressamente menzionato dall’art. 321 cod. proc. pen., posto che potrebbe essere considerato immanente nel concetto di

³ Come puntualizzato con vigore da P. TONINI- C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, XXII ed., 2021, p. 511.

⁴ Cfr. P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 511-512.

⁵ Cfr. F. D’ALESSIO, sub *Art. 321 cod. proc. pen.*, cit., p. 1255. Nella dottrina più risalente A.M. DE SANTIS, voce *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XIII, Torino, 1997, pp. 264-271, in part. p. 266. In giurisprudenza di legittimità, si segnala l’interessante serie di pronunce vertenti sulle frodi finalizzate ad ottenere i cd. *superbonus* edilizi, nelle quali si è confermato il sequestro preventivo a carico di banche cessionarie del credito d’imposta, quali terzi estranei al reato: Cass., Sez. III Pen., sentenze 28 ottobre 2022, nn. 40866, 40867 e 40869, su www.italgiure.giustizia.it/sncass/ (visto il 31 ottobre 2022).

⁶ Nella giurisprudenza di legittimità recente, si segnala per la limpidezza nel distinguere fra le tre forme di sequestro una sentenza vertente su un caso molto simile a quello in commento: Cass., Sez. III Pen., sentenza 10 dicembre 2019, n. 49889, su www.italgiure.giustizia.it/sncass/ (vista il 30 agosto 2022), che dedica al tema il punto 4 del *Considerato in diritto*. Nella dottrina, si segnala per completezza M. MONTAGNA, voce *Sequestri*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Tomo II, Torino, 2005, pp. 1543-1562.

pertinenza ad un reato ancora in corso di accertamento⁷. La sua estensione rimane tuttavia incerta, dal momento che tale implicito richiamo, a ben vedere, si presta a letture tutt'altro che univoche: non è un caso che abbia consentito la formazione di almeno due orientamenti dottrinali e giurisprudenziali⁸.

Secondo il primo dei due, il giudizio sul *fumus commissi delicti* deve consistere in una «*prognosi di probabile condanna*». Tale soluzione sarebbe argomentabile mercé il richiamo sistematico alle condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari, enumerate dall'art. 273 cod. proc. pen., fra le quali – com'è noto – vi sono i «*gravi indizi di colpevolezza*». Secondo un siffatto orientamento, pur non potendosi raggiungere lo stato di certezza rispetto all'esistenza del fatto richiesto dalla gravità, precisione e concordanza degli indizi, si renderebbe necessaria almeno la configurazione di un quadro complessivo che dia la ragionevole aspettativa di un giudizio di condanna⁹.

I pur nobili intenti garantisti sottesi ad una siffatta tesi si scontrano, da un lato, con l'eccessivo livello di certezza richiesto per un subprocedimento cautelare connotato anche da un'esigenza di prevenzione dei pericoli derivanti dall'attesa – appunto, *periculum in mora* – del raggiungimento della certezza; dall'altro, con il notevole potenziale di pregiudizio che un siffatto livello di probabilità circa la futura condanna porta con sé. Il giudice del procedimento principale, di fronte ad un provvedimento cautelare assunto sulla base di un'aspettativa così forte, potrebbe infatti sopire eventuali dubbi circa la colpevolezza dell'imputato.

Il secondo orientamento dottrinale formatosi al riguardo “isola” le misure cautelari reali dalle condizioni generali di cui all'art. 273 cod. proc. pen., le quali presenterebbero peculiarità che le rendono applicabili alle sole misure cautelari personali¹⁰. Di conseguenza, sembrerebbe accontentarsi di un livello di certezza probatoria ben inferiore: non si pone in campo, infatti, la prognosi circa la probabile condanna, risultando sufficiente la sussistenza di precisi indizi di reato e di colpevolezza, idonei alla configurabilità ipotetica, in astratto, di una fattispecie che possa utilmente fungere da presupposto alla misura. Tanto richiede sia di ipotizzare un fatto sussumibile in una o più norme incriminatrici¹¹, che di individuarne il probabile colpevole. Questo secondo passaggio, in una serie di

⁷ In tal senso P. TONINI- C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 511.

⁸ Cfr. F. D'ALESSIO, sub *Art. 321 cod. proc. pen.*, cit., pp. 1245 ss.

⁹ Cfr. A.M. DE SANTIS, voce *Sequestro preventivo*, cit., pp. 266-267; N. VENTURA, voce *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2004, pp. 750-774, in part. pp. 753-754.

¹⁰ In dottrina cfr. E. ZAPPALÀ-V. PATANÈ, *Le misure cautelari*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2018, p. 398.

¹¹ Puntualizza in merito all'individuazione di profili di tipicità del fatto M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 1068, il quale specifica l'insufficienza del prospettare la mera esistenza del reato o addirittura la mera possibilità. Richiama a tal fine Cass., Sez. VI Pen., sentenza 5 settembre 2012, n. 33883, in *dejure.it* (visto il 30 agosto 2022).

casi tutt'altro che scontato, nella pratica potrebbe tuttavia presentare qualche pericolo connesso all'utilizzo della cosa sottoponibile a sequestro, vanificando così il risultato di prevenzione che si vuole conseguire.

Alla luce di quest'ultimo problema, una corrente interna al secondo orientamento “rinuncia” anche ai gravi indizi di colpevolezza, ritenendo sufficienti i soli gravi indizi di un fatto di reato, il che sgombra il campo dalla necessità di individuare un colpevole cui collegare il fatto¹². Il risultato pratico è quello della massima valorizzazione del potenziale preventivo della misura, problematicamente controbilanciato dal rischio di errare nella valutazione degli indizi e di colpire un soggetto innocente, o addirittura estraneo ai fatti.

Quest'ultima lettura appare essere prevalente nella giurisprudenza di legittimità, nonché financo in quella della Corte costituzionale, la quale l'ha adottata nell'occasione in cui fu promossa questione di costituzionalità circa gli artt. 321 e 324 del cod. proc. pen.¹³.

Va osservato che, nel caso oggetto del giudizio, quest'ultimo livello di analisi non sembra essersi realmente posto, essendo stati individuati tutti i probabili soggetti attivi del fatto, per cui il Tribunale del riesame – individuato nel tribunale del capoluogo della provincia nel quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento (art. 324 co. 5 cod. proc. pen.), sul cui territorio è presumibile si trovasse il bene sequestrato: essendo quest'ultimo il G. i. p. di Pavia, di conseguenza, competente è risultato il Tribunale della stessa Pavia – si è fermato all'affermazione della valutazione, ai fini del *fumus commissi delicti*, dell'astratta sussumibilità degli elementi in concreto emersi.

Tale posizione non è stata oggetto di contestazione da parte della difesa. Come si specificherà a breve, lo sono stati, invece, la valutazione di elementi indiziari che avrebbero concorso al giudizio di astratta configurabilità del reato di contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari – sul punto, la difesa parla di violazione di legge e non di mancata assunzione di prove – nonché una motivazione del decreto di sequestro eccessivamente aderente alla richiesta del Pubblico ministero.

Tanto giustifica, ad avviso di chi scrive, la proposizione di riflessioni in punto di sostanza, pur fruendo di uno spunto di natura processuale, secondo le linee che saranno a breve individuate.

¹² Così in dottrina M. MONTAGNA, voce *Sequestri*, cit., p. 1548; V. GREVI- M. CERESA-GASTALDO, *Misure cautelari*, cit., p. 412.

¹³ Cfr. C. Cost., sentenza 17 febbraio 1994, n. 48, in www.cortecostituzionale.it, punto 6 del *Considerato in diritto*: «... la misura cautelare reale attiene, per sua stessa natura, a “cose” che, nell'ipotesi del sequestro preventivo, presentano un tasso di “pericolosità” che giustifica l'imposizione della cautela: da qui il rilievo che la misura, pur raccordandosi ontologicamente ad un reato, inteso questo nella sua realtà fenomenica, può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di “colpevolezza”, proprio perché la funzione preventiva non si proietta necessariamente sull'autore del fatto criminoso ma su cose che, postulando un vincolo di pertinenzialità col reato, vengono riguardate dall'ordinamento come strumenti la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo».

3. Il caso. Il contesto giuridico

La vicenda fattuale, come anticipato, ha quale proprio teatro un’impresa plurisoggettiva dedita alla produzione artigianale di vino, vale a dire una cantina. Quale “progetto aziendale” si presentava la produzione di vini pregevoli, etichettabili secondo le indicazioni e denominazioni disciplinate dal Regolamento (UE) n. 1308/2013¹⁴ – il quale è stato preceduto dal Regolamento (UE) n. 1151/2012¹⁵, concernente i prodotti agroalimentari con l’eccezione delle bevande alcoliche e spiritose (Articolo 1, in part. § 2); ad entrambi si affianca, per quanto concerne le pratiche di commercializzazione e il finanziamento, il Regolamento (UE) n. 1306/2013 – e dal Testo Unico Vini (di seguito, TUV) di cui alla legge 12 dicembre 2016 n. 238. Quest’ultimo atto sarebbe dotato, a sua volta, di un impianto sanzionatorio amministrativo, il quale tuttavia ha assunto un ruolo del tutto recessivo in relazione alla vicenda in esame anche in virtù delle clausole di riserva che aprono le disposizioni¹⁶.

Le indicazioni geografiche e le denominazioni, va precisato, non sono da confondersi coi marchi intesi in senso tecnico, né individuali né collettivi, né segni distintivi. Esse non identificano il titolare della proprietà industriale del prodotto, esistendo tutt’al più consorzi di *tutela* della loro genuinità, né sono dotati di «un’attitudine differenziatrice» rispetto ad altri prodotti simili¹⁷. In quanto tali, essi non rientrano nell’ambito di applicazione dell’art. 473 cod. pen., il che ha condotto alla necessità della norma *ad hoc* dell’art. 517-*quater* del medesimo codice¹⁸.

Si tratta, infatti, tuttavia, di simboli o testi dotati di un messaggio, di valore informativo. Essi individuano – o “evocano”, secondo l’espressione argutamente usata da recente dottrina – la

¹⁴ Sulle cui vicende cfr. P. BORGHI, *Le nuove indicazioni geografiche dei vini: i vini DOP e IGP*, in L. COSTATO *et al.*, *Compendio di diritto alimentare*, Milano, IX ed., 2019, pp. 297-304.

¹⁵ Sostitutivo del Regolamento (CE) 510/2006, il cui vigore è cessato in data 2 gennaio 2013 (cfr. *Considerando* n. 14 del Reg. n. 1151/2012). Sul punto, cfr. L. SALVI, *Le DOP, le IGP (e le STG): il regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità degli alimenti*, in L. COSTATO *et al.*, *op. ult. cit.*, pp. 297-304.

¹⁶ Cfr. E. MAZZANTI, *La disciplina sanzionatoria vitivinicola fra sussidiarietà e partecipazione*, in *Diritto agroalimentare*, 2019, n. 3, pp. 461-475. L’A. denuncia, in linea di tendenza, i rischi di duplicazione, nonché la prevalenza *fattuale e pratica* delle sanzioni amministrative sugli illeciti penali, in una riedizione *contra legem* del principio di sussidiarietà del diritto penale. Il che sarebbe anche da salutarsi con favore, se non fosse che alla base vi è il rischio di «un apparato punitivo a geometrie variabili» del quale l’imprenditore vitivinicolo rimarrebbe in balia (p. 474). Nella vicenda giudiziaria in commento, si è di fronte ad un caso in cui, per esempio, la clausola di riserva ha operato appieno.

¹⁷ Cfr. A. ALESSANDRI, voce *Tutela penale dei segni distintivi*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XIV, Torino, 1999, pp. 432 ss., in part. p. 439.

¹⁸ Cfr. F. CINGARI, *La contraffazione dei marchi industriali e agroalimentari (DOP e IGP)*, in *Diritto agroalimentare*, 2022, n. 1, pp. 93-111, in part. p. 104. V. *amplius infra*, § 5. Nella dottrina non penalistica cfr. D. IULIANO, *Marchi collettivi, denominazione d’origine e menzioni tradizionali nel settore vitivinicolo: il caso Amarone della Valpolicella e il ruolo chiave della percezione del consumatore*, in *Il Diritto dell’Agricoltura*, 2021, n. 1, pp. 29-64.

provenienza geografica e i metodi di produzione dei prodotti sulla cui confezione siano riportati, suggerendo indirettamente anche determinate caratteristiche e qualità¹⁹.

L'ordinanza, in particolare, fa riferimento a due categorie di indicazioni e denominazioni: la *denominazione di origine controllata*, ad oggi sottoinsieme “tradizionale” e di diritto interno della più ampia categoria di origine comunitaria della *denominazione di origine protetta* (art. 28 TUV), e l'*indicazione geografica tipica*. Dall'Articolo 93 § 1 del Regolamento (UE) n. 1308/2013 si evince che la prima denominazione, disciplinata dalla lett. a), oltre che ad un fattore geografico, si lega alla circostanza che le peculiarità del prodotto alimentare «sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico, inclusi i fattori naturali e umani», alla provenienza esclusiva degli uvaggi – i quali devono essere interamente frutti della *Vitis vinifera* – dall'area di origine²⁰ e ad un “disciplinare” particolarmente rigoroso²¹. La seconda, disciplinata dalla lett. b), indica prodotti vitivinicoli il cui disciplinare che non richiede il medesimo livello di rigore, ma che presentino comunque legami con un territorio ben delimitato: si tratta, nella specie, dei vitigni utilizzati, i quali possono appartenere sia alla specie *Vitis vinifera* che a specie analoghe e devono provenire dal luogo di cui all'indicazione *almeno all'85%*, della vinificazione e dei relativi metodi, che deve svolgersi nell'area di riferimento²², nonché della conservazione in botte e (laddove previsto) invecchiamento²³.

Il procedimento penale è stato aperto a seguito di una segnalazione, mediante la quale venivano portate all'attenzione degli inquirenti pratiche tali da far sospettare che dietro una sì rispettabile facciata si celassero pratiche di contraffazione, con il risultato della messa in commercio di vini marchiati – con le relative pretese in termini di prezzo – prodotti tuttavia in spregio alle regole che presidiano alla spendibilità delle marchiature suddette e, nel complesso, di qualità inferiore. Le violazioni risultanti dalle indagini e in particolare dalle informazioni conferite da un enologo che operava consulenze per la cantina, allo stato dell'emissione del decreto di sequestro preventivo,

¹⁹ Cfr., oltre alla dottrina menzionata nella nota precedente, V. VALENTINI, *Il diritto penale dei segni distintivi*, Pisa, 2018, pp. 7-8 e ss., con una parziale rivisitazione nell'ottica della giurisprudenza eurounitaria in Id., *Luxury food e giustizia penale*, in *Arch. Pen.*, 2022, n. 2-web, pp. 1-4 dell'estratto; F. LEONARDI, *Evocazioni di provenienza e tutela giuridica della “italianità”*, in *Il Diritto dell'Agricoltura*, 2019, n. 2, pp. 169-183.

²⁰ Cfr. P. BORGHI, *Le nuove indicazioni geografiche dei vini: i vini DOP e IGP*, cit., p. 299. Si segnala la parziale differenza di definizione rispetto a quella di altri prodotti alimentari contrassegnati con l'indicazione DOP, per i quali si richiede che tutte le fasi di produzione si siano svolte nell'area di origine (Salvi, *Le DOP, le IGP (e le STG)*, cit., p. 288).

²¹ Un esempio, in termini ufficiali, può essere offerto dall'atto MINISTERO DELLE POLITICHE AGRICOLE E FORESTALI, Decreto 18 dicembre 2014, Prot.92085 del 18/12/2014, con cui si è concessa al vino “Nizza” l'etichettatura “denominazione di origine controllata e garantita”.

²² P. BORGHI, *Le nuove indicazioni geografiche dei vini: i vini DOP e IGP*, cit., p. 299. Si segnala la parziale differenza di definizione rispetto a quella di altri prodotti alimentari contrassegnati con l'indicazione DOP, per i quali si richiede che *almeno una* delle fasi di produzione si siano svolte nell'area di origine (Salvi, *Le DOP, le IGP (e le STG)*, cit., pp. 288-289).

²³ Cfr. V. VALENTINI, *Il diritto penale dei segni distintivi*, cit., pp. 120-121.

andavano dal mescolamento di vini e vitigni, all'uso di sostanze il cui uso nella vinificazione è illecito, opportunamente celate tramite false dichiarazioni nelle bolle di carico dei fornitori.

La vinificazione fraudolenta sarebbe stata assistita da pratiche contabili “di settore” scorrette. Per la sua rilevanza nel contesto delle informazioni fornite dal già citato enologo, si segnalava in particolare l'ammacco di cantina, consistente nel dichiarare nei registri telematici per il settore vitivinicolo quantità di vino pregiato *superiori* rispetto alla giacenza in cantina. Tali pratiche sono evidentemente volte a favorire, in contemporanea, l'elusione dei controlli degli ispettori e delle forze dell'ordine – i quali, in caso, avrebbero riscontrato l'effettiva presenza di partite di vino pregiato nella cantina – e lo stoccaggio del vino contraffatto accanto al vino pregiato per colmare la differenza fra giacenza effettiva e dichiarata.

La circostanza dell'ammacco sarebbe stata non solo confermata, ma addirittura aumentata nella sua quantità a seguito del procedimento di cd. conciliazione amministrativa – procedura volta a tentare di riallineare la contabilità – da parte degli ispettori regionali dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari (ICQRF).

Nel corso delle indagini emergevano ulteriori indizi di reato, consistenti – riassumendo – in una serie di pratiche volte a falsare la quantità di vino pregiato effettivamente presente nella cantina, in modo da favorire falsi conferimenti e le vinificazioni in spregio al disciplinare, cui pure le indicazioni e le denominazioni riportate nelle etichettature insistevano nel fare riferimento.

Il profitto delle operazioni di messa in commercio transitava per i conti della società cooperativa ed era in essa reinvestito. Tale prassi è durata sino all'estromissione degli indagati dalla gestione della società cooperativa, in concomitanza con l'avvio del procedimento penale.

Le vicende fattuali testé ripercorse davano quindi luogo alla richiesta di applicazione del sequestro preventivo da parte del Pubblico ministero, alla quale il Giudice per le indagini preliminari ha aderito con una certa fedeltà.

4. Le questioni sollevate dall'istanza e la soluzione del Tribunale del riesame

Prendendo le mosse dal decreto di sequestro preventivo, l'impugnazione della difesa si è concentrata, a fronte dell'articolazione in due motivi, su almeno tre punti, uno dei quali tipicamente processuale e altri due a cavallo fra sostanza e procedura.

Con il primo motivo, si sono impugnatate la violazione di legge e il vizio di motivazione. La prima si riferiva soprattutto alla corretta valutazione del *fumus commissi delicti* per quanto concerne l'art. 517-*quater* cod. pen.: nello specifico, la difesa allegava la mancanza di perizie e analisi di laboratorio sul vino la cui qualità è contestata. Il vizio di motivazione, invece, sarebbe inerente alla

valutazione del percorso argomentativo seguito nel decreto, ad opinione della difesa eccessivamente aderente alla richiesta del Pubblico ministero e quindi, in quanto tale, illegittimo ai sensi degli artt. 125 co. 3 e 321 cod. proc. pen., dal momento che sarebbe mancato un vaglio critico autonomo e si sarebbe versato in una tipica situazione di motivazione apparente, così come enucleata dalla giurisprudenza di legittimità²⁴.

Con il secondo motivo, si impugnava la violazione del principio di sussidiarietà concernente il cd. *beneficium excussionis*, per cui prima di ricorrere ad un sequestro preventivo per equivalente sui conti dei singoli soggetti attivi si dovrebbe tracciare il denaro direttamente frutto delle pratiche criminose, coinvolgendo le società di cui fanno parte. Le considerazioni essenziali sono così riassumibili: (i) la società vinicola non è un soggetto estraneo al reato in questione, dal momento che vi avrebbe avuto interesse e ne avrebbe tratto cospicuo profitto, (ii) come prova la circostanza che il denaro ricavato dalle pratiche criminose è transitato per i conti della stessa e, anzi, in gran parte sarebbe ivi rimasto, fatte salve le cifre reinvestite nell'attività cantiniera.

Il tribunale del riesame ha rigettato il primo motivo, mentre ha accolto il secondo. Con un'ampia citazione delle motivazioni del decreto, il collegio ha ritenuto, quanto alla valutazione del *fumus commissi delicti*, che le evidenze investigative sul reato fossero tali da non risultare superabili sulla base della doglianza della mancata perizia sul vino.

Quanto all'asserito vizio di motivazione, lo stesso Tribunale ha affermato che la pur evidente "fedeltà" alle richieste della pubblica accusa sarebbe comunque frutto di un autonomo convincimento del Giudice per le indagini preliminari, come suggerito dall'attenta rivalutazione delle risultanze probatorie. Tale affermazione è d'altronde surrogata da ampia giurisprudenza di legittimità, anche recente²⁵.

In punto di sostanza, il Tribunale si sofferma del tutto *en passant* sulla valutazione del *fumus commissi delicti*, dando atto della condivisione del giudizio di astratta configurabilità del reato formulato dal Giudice per le indagini preliminari. Parimenti sintetica è la valutazione del *periculum in mora*, giustificato sulla base del carattere obbligatorio della confisca che ne dovrebbe conseguire e – con qualche ondeggiamento concettuale, ma se non altro con un risultato piuttosto lineare – dell'irrelevanza dell'aspetto oggettivo della futura capacità di corrispondere eventuali sanzioni pecuniarie.

Proprio dal rapido rilievo dell'astratta configurabilità del reato, tuttavia, il collegio trae i necessari spunti ai fini dell'accoglimento del secondo motivo di ricorso. Il fatto che i proventi del

²⁴ Cfr. Cass., Sez. III Pen., sentenza 3 luglio 2015, n. 28241, CED Cass. Rv. 264011.

²⁵ Cfr. *inter alia*, in relazione a casi di sequestro probatorio per reati di contraffazione, Cass., Sez. III Pen., sentenza 20 marzo 2019, n. 12270, su www.italgiure.giustizia.it/sncass/ (consultato il 30 agosto 2022).

supposto reato siano transitati dai conti della società cooperativa e in parte reinvestiti nello sviluppo della medesima suggerisce il coinvolgimento della stessa. In primo luogo, occorre precisare, allo stato del procedimento, tale coinvolgimento non è stato formalizzato in una contestazione di responsabilità amministrativa da reato nei confronti della cantina. Tuttavia, il Tribunale per il riesame – ricollegandosi ad un orientamento giurisprudenziale affermatosi soprattutto grazie ad una sentenza delle Sezioni Unite²⁶ – ha affermato la collocabilità del suo sviluppo imprenditoriale tra le finalità del reato basandosi su una sua “astratta idoneità” a costituire ente imputabile di responsabilità amministrativa da reato, quindi potenziale corresponsabile del sistema dei profitti illeciti.

Conviene dunque orientare la critica proposta dal presente lavoro a questi due temi fondamentali in punto di diritto sostanziale, giocando sulla loro stretta parentela con le questioni processuali: l’astratta configurabilità del reato ai sensi dell’art. 517-*quater* cod. pen., giustificativo della misura in sé, e il profitto della società, con diretta influenza sulla scelta del titolare dei beni da sequestrare preventivamente.

5. *Sull’astratta configurabilità del reato di contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari*

5.1. *Considerazioni sulla plurioffensività eventuale del reato contestato*

L’analisi dell’astratta configurabilità della fattispecie ai sensi dell’art. 517-*quater* cod. pen. rende utile premettere alcune considerazioni sulla natura e sulle finalità della figura delittuosa. In adesione all’orientamento prevalente sul *fumus commissi delicti*, si ritiene opportuno limitare l’analisi al fatto tipico (oggettivo), tralasciando quindi le questioni sulla colpevolezza, affidate al procedimento principale (posto che è evidente che si rende necessario il dolo, generico per la fattispecie di cui al I co., specifico per quella di cui al II²⁷).

Il reato di contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari, previsto e punito dall’art. 517-*quater* cod. pen. – articolo, come preannuncia il sottonumero, inserito dall’art. 15 della legge 23 luglio 2009 n. 99 – si colloca coerentemente in un filone di diritto penale agro-alimentare dal carattere eminentemente ‘postclassico’. Si tratta, infatti, di un reato a più fattispecie di pericolo astratto-potenziale, dal carattere preventivo²⁸ e quindi

²⁶ Cfr. *infra*, § 6.

²⁷ Cfr. N. MAZZACUVA, *Delitti contro l’economia pubblica*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Milano, VII ed. 2016, pp. 470-471; P. GUALTIERI, sub art. 517-*quater*, in E. DOLCINI- G. MARINUCCI- G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, Tomo III, Milano, 2021, p. 539.

²⁸ Sulla distinzione fra prevenzione e precauzione nel diritto penale agroalimentare si fa riferimento a D. CASTRONUOVO,

fortemente anticipatorio della tutela. Si tratta, inoltre, di un illecito eventualmente plurioffensivo, in grado di porre a repentaglio una pluralità di beni giuridici adespoti ad elevato grado di astrazione²⁹. Si tratta di una figura ben lontana dallo schema ‘classico’ del reato mono-fattispecie, di evento, offensivo e dannoso nei confronti di un unico bene giuridico ben delimitabile attribuibile ad uno o più soggetti passivi, agevolmente individuabili come persone offese.

Conviene sin d’ora discutere la qualità della eventuale, potenziale – volgendo al negativo, si potrebbe dire “non necessaria” – plurioffensività del delitto in esame. Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali differenti, quali se ne sono formati in materia, tendono a riconoscere attitudini offensive verso beni assai diversi nella loro consistenza, sia per quanto riguarda beni giuridici intermedi che per quanto concerne beni giuridici finali a forte grado di astrazione, quali – si anticipa sin d’ora – l’economia e la salute *pubbliche*³⁰, potendosi naturalmente affiancare al secondo bene la salute o incolumità *individuale*³¹.

Per danneggiare direttamente siffatti beni si renderebbe necessario il mantenimento ripetuto e seriale di condotte come quelle descritte dalla gran parte delle norme incriminatrici, facendo eccezione solamente per eventi “macroscopici”³².

Gli stessi, a nostro avviso, *non* si pongono in rapporto di scalarità fra loro, trattandosi – appunto – di beni di rango finale e presenti nel dettato costituzionale, restando bensì «*il substrato di una protezione differenziata, che non li avvince in un nesso normativamente indissolubile*»³³. La presenza di una pluralità di beni esposti fa sì che l’offesa ad uno solo di essi non privi il fatto di

Principio di precauzione e generazioni future, in L. FOFFANI, A. DOVAL PAIS, D. CASTRONUOVO, *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione, repressione*, Milano, 2014, pp. 519-536, in part. pp. 522-523. L’A. ricollega il principio di precauzione, in particolare, all’impiego di OGM in quanto sostanze il cui impatto sulla salute è incerto. Il reato e la vicenda in esame fanno riferimento, invece, a rischi il cui decorso causale è epistemologicamente piuttosto noto.

²⁹ Cfr. A. NATALINI, *La circostanza aggravante per frodi concernenti alimenti o bevande con denominazione o specificità protetta (art. 517-bis c.p.). Contraffazione di IGP o DOP agro-alimentari (art. 517-quater e 517-quinquies c. p.)*, in A. GARGANI (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, vol. di F. PALAZZO-C.E. PALIERO-M. PELISSERO, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2021, pp. 235-260, in part. pp. 239-241; per un quadro più generale, L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, in *Dir. pen. cont.- Trim.*, 2013, n. 4, pp. 272-310, in part. pp. 279-280.

³⁰ Sulla possibilità di un “binomio di plurioffensività” fra due beni apparentemente piuttosto diversi si esprimeva già D. CASTRONUOVO, *Depenalizzazione e modelli di riforma penale: il paradigma del sistema di illeciti in materia di alimenti*, in *Ind. Pen.*, 2001, n. 1, pp. 295-324, in part. p. 299.

³¹ Cfr. A. GARGANI, *L’evoluzione del diritto punitivo nel settore agro-alimentare*, in *Id.*, *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, cit., pp. 3-20.

³² Cfr., con riguardo al diritto penale degli alimenti, D. CASTRONUOVO, *Brevi note sull’atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1997, fasc. 3, pp. 637-663, in part. 642-646.

³³ Cfr. V. MONGILLO, *Considerazioni in tema di reati plurioffensivi e di applicazione delle attenuanti di cui all’art. 62 n. 4 c.p. al delitto di rapina*, in *Cass. pen.*, 2002, n. 6, p. 2112.

rilevanza penale e che è sufficiente che il soggetto attivo si rappresenti uno solo di essi, quello individuabile come “principale”, ai fini dell’elemento soggettivo³⁴.

Dal momento che nel caso di specie si tratta, peraltro, di reati di pericolo astratto-potenziale e di beni finali ad elevato grado di astrazione, non è ovviamente necessaria la *lesione* di nessuno di essi, essendo sufficiente la sola *minaccia*. Il fatto concreto, come si preciserà a breve, deve comunque denotare un potenziale offensivo per potersi ritenere corrispondente al fatto tipico (oggettivo).

A tal proposito, può essere d’aiuto l’individuazione di uno o più beni giuridici intermedi, strumentali alla tutela di uno o più beni giuridici di rango finale. Di tale categoria concettuale, la cui esistenza ed utilità non sono pacifiche, si sostiene in questa sede l’importanza per individuare un bene giuridico connotato dalla maggiore prossimità alla condotta del soggetto attivo e da un minore grado di astrattezza, non dotato di rilevanza costituzionale ma in diretto rapporto di “presupposizione” con beni di tal rango³⁵. Si potrebbe sostenere – anche con l’aiuto di una certa frammentazione delle posizioni dottrinali sul tema – che la plurioffensività del reato in esame si espliciti, per certi versi, già a tale livello.

Una sintetica analisi della norma dell’art. 517-*quater* c. p. potrà dunque essere d’aiuto ai fini della circoscrizione dei plurimi beni esposti, indagine strumentale ad un’argomentata valutazione sull’astratta configurabilità del reato sulla cui base si è fondata la misura cautelare reale applicata.

5.2. Le condotte rilevanti ai fini dell’art. 517-*quater* c.p.

Le condotte rilevanti ai fini del co. I, chiaramente mutate dalle ben più storiche ipotesi criminose poste a tutela della fede pubblica, in particolare l’art. 473 cod. pen.³⁶, sono individuate dal legislatore nella contraffazione, consistente nella riproduzione abusiva del simbolo o del testo facente

³⁴ Cfr. V. MONGILLO, *Considerazioni in tema di reati plurioffensivi*, cit., p. 2114.

³⁵ A sostegno di questa posizione, già sostenuta dallo scrivente nel proprio saggio *Tutela anticipata dell’ambiente e teoria del bene giuridico. Il ruolo fondamentale dei beni giuridici intermedi*, in *Lexambiente*, 2021, n. 3, pp. 16 ss., in punto di dogmatica generale del diritto penale, si possono richiamare almeno due Autori. Il primo è F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, Vol. XIV, Torino, 1973, pp. 7-93, in part. p. 16, da cui è tratto il concetto di “presupposizione”. In secondo luogo, è d’obbligo segnalare A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, in part. p. 798, laddove espone – seppur con argomenti piuttosto succinti – alcuni dei portati della teoria della “seriazione”. Con specifico riferimento ai reati in materia agroalimentare cfr. ancora D. CASTRONOVO, *Brevi note sull’atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, cit., pp. 648 ss., in part. p. 651.

³⁶ Al cui commento gran parte degli Autori che saranno citati nelle note seguenti fanno riferimento, per cui riteniamo opportuna la diretta citazione del commento al suddetto art. 473, recante il reato di contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di modelli o disegni (*nomen*, peraltro, frutto delle riforme delle l. 689/1981 e 99/2009): G. COCCO, sub *art. 473 cod. pen.*, in M. RONCO- B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012, p. 2297, nonché la giurisprudenza ivi citata; P. GUALTIERI, *loc. ult. cit.*, che rinvia a ID., sub *art. 473 cod. pen.*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI-G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, Tomo III, cit., pp. 17-20. Cfr. ancora V. VALENTINI, *Il diritto penale dei segni distintivi*, cit., p. 119.

riferimento alle indicazioni geografiche, e nell’alterazione, vale a dire l’ipotesi – ormai invero di rara ricorrenza e decisamente poco adatta alle indicazioni geografiche, spesso immanenti nella denominazione o riportate testualmente – di manomissione diretta del simbolo o del testo predetti³⁷. Affinché simili condotte risultino offensive, i segni in questione dovrebbero essere connotati dalla presenza di «*caratteri simili di assai notevole rilievo*» tali da ingannare un “soggetto passivo-modello” – individuabile nel consumatore medio – anche nel caso in cui esperisca personalmente un esame diligente degli stessi³⁸.

Ora, il problema della contraffazione e dell’alterazione non ha tanto a che vedere con i segni in sé (che pur possono esserne oggetto, come testé precisato), diversamente da quanto avviene in relazione ai marchi e ai brevetti. Appare piuttosto fondamentale focalizzarsi sul loro contenuto. Quantunque una tecnica legislativa discutibile non lo lasci dedurre con sufficiente chiarezza³⁹, infatti, il disvalore della condotta si pone soprattutto in relazione alla violazione del disciplinare da essi “riassunto” e simboleggiato, venendo così indicato al pubblico⁴⁰: tant’è che oggetto materiale del reato e quindi dell’indagine, come suggerito anche dall’ordinanza in commento, è innanzitutto la qualità del vino e la presenza nello stesso di additivi vietati.

Le condotte del comma I, coerentemente con la natura dell’illecito, sono rilevanti a prescindere dalla concreta messa in commercio – rilevante, però, ai fini del co. II⁴¹ – o dell’avvenuto inganno di uno o più consumatori. Tanto consente di classificare le fattispecie in esame fra i reati di pura condotta, di norma coincidenti con quelli di pericolo astratto⁴². In questo senso, può apparire

³⁷ Cfr. A. NATALINI, *La circostanza aggravante per frodi concernenti alimenti o bevande con denominazione o specificità protetta (art. 517-bis c.p.). Contraffazione di IGP o DOP agro-alimentari (art. 517-quater e 517-quinquies c. p.)*, cit., pp. 248-249.

³⁸ Oltre alla dottrina di cui alle note precedenti, cfr. V. VALENTINI, *Il diritto penale dei segni distintivi*, cit., p. 121-122, laddove si parla di “abbinamento” di un segno confondibile a quelli genuini.

³⁹ A. D’ANDREA, *Contraffazione di indicazioni geografiche o denominazione di origine dei prodotti agroalimentari*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale*, Tomo II, Torino, 2022, parla efficacemente (e con linguaggio ammirevolmente forbito) di «un’incidenza contenutistica ben maggiore di quanto non possa giusta prima sembrare».

⁴⁰ Cfr. A. ROSSI, *Reati contro l’ordine economico*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Milano, 2016, p. 346; A. NATALINI, *La circostanza aggravante per frodi concernenti alimenti o bevande con denominazione o specificità protetta (art. 517-bis c.p.). Contraffazione di IGP o DOP agro-alimentari (art. 517-quater e 517-quinquies c. p.)*, cit., pp. 246-247. Cfr. inoltre C. ROSSI-G. TAMASI-A. MAGNANI, *La determinazione dell’origine geografica degli alimenti. Un nuovo strumento scientifico a disposizione per i processi di certificazione*, in *Diritto agroalimentare*, 2022, n. 1, pp. 113-127, in part. p. 115, laddove gli AA. menzionano le pratiche del mescolamento di prodotti e della fortificazione di alimenti non autorizzata.

⁴¹ Cfr. A. NATALINI, *La circostanza aggravante per frodi concernenti alimenti o bevande con denominazione o specificità protetta (art. 517-bis c.p.). Contraffazione di IGP o DOP agro-alimentari (art. 517-quater e 517-quinquies c. p.)*, cit., pp. 249-250.

⁴² Cfr. A. NATALINI, *La circostanza aggravante per frodi concernenti alimenti o bevande con denominazione o specificità protetta (art. 517-bis c.p.). Contraffazione di IGP o DOP agro-alimentari (art. 517-quater e 517-quinquies c. p.)*, cit., p. 241.

pienamente fisiologico il fatto che l'ordinanza non menzioni l'avvenuto smercio delle partite di vino la cui etichettatura è oggetto di sospetta contraffazione.

5.3. I beni esposti a lesione. I beni giuridici strumentali ricavabili dal dettato normativo

Conviene, a questo punto, chiedersi a cosa debba essere orientato il pur potenziale pericolo di offesa, giustificando peraltro la scelta del legislatore di prevedere forme di sanzione che vadano ben al di là di quelle già esistenti nel diritto civile, contrattuali – nella specie, quelle connesse alla vendita *aliud pro alio* ai sensi dell'art. 1495 cod. civ. – o aquiliane, o nel diritto della proprietà industriale, quali l'azione di contraffazione e l'inibitoria⁴³, aventi carattere tipicamente patrimoniale ed intersoggettivo, nonché eventualmente della pur più agevole scelta discrezionale dell'illecito amministrativo punitivo.

Il contenuto della norma, indipendentemente da considerazioni di sistema, induce ad attribuire rilievo alla protezione di almeno un bene giuridico intermedio, la sicurezza alimentare⁴⁴, autorevolmente riassunta nella triade «igiene, genuinità e integrità-purezza»⁴⁵. Essa è posta a repentaglio da tutte quelle condotte che mirino a presentare informazioni false sugli ingredienti e i sistemi produttivi dei prodotti agroalimentari, così potenzialmente nascondendo il ricorso a sostanze nocive o di bassa qualità, o comunque di qualità inferiore rispetto a quanto la denominazione o l'indicazione promettano.

L'atto normativo che ha interpolato la disposizione nel codice penale – in particolare la rubrica dell'art. 15 l. 99/2009, “*Tutela penale dei diritti di proprietà industriale*” – e la collocazione sistematica suggerirebbero un illecito inteso alla protezione della proprietà industriale⁴⁶, quindi, nello specifico, del diritto di monopolio sulle indicazioni geografiche e sulle denominazioni, peraltro in

⁴³ Cfr. sul punto la sintetica ed efficace trattazione, che pur omette una puntuale analisi dell'art. 517-*quater* c. p., di F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi e dei segni distintivi*, Milano, 2018: a p. 10 si richiama la lesione, *inter alia*, di tali interessi, specificando poi alle pp. 159-161 quali possano essere i limiti che gli strumenti di tutela civilistici incontrerebbero in termini di capacità preventiva del fatto e di deterrenza, nonché di protezione di soggetti terzi quali i consumatori.

⁴⁴ Cfr. L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare*, cit., p. 279; M. DONINI, *Il progetto 2015 della commissione Caselli*, in *Dir. pen. cont. – Trim.*, 2016, n. 1, pp. 4-30, in part. 18-22. Sulla natura di bene giuridico strumentale e “di categoria” della sicurezza alimentare, così come di ogni altra forma di sicurezza, cfr. l'affermazione di M. DONINI, *Introduzione. Le ragioni e i risultati di una ricerca*, in M. DONINI-D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, pp. IX-XIV, in part. p. XIII.

⁴⁵ Cfr. D. CASTRONUOVO, *Tecniche di tutela e principio di precauzione*, in A. GARGANI, *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, cit., pp. 73 ss., in part. p. 82.

⁴⁶ Cfr. F. MAZZACUVA, *Delitti contro l'economia pubblica*, cit., p. 469. Anche F. CINGARI, *La tutela*, cit., pp. 10-11 cita la tutela del «titolare del diritto di esclusiva industriale» - problema che sarebbe da volgersi, per il caso di specie, ad in termini di titolare della denominazione o indicazione di provenienza, con le criticità che saranno a breve evidenziate - fra i plurimi beni esposti a lesione.

coerenza con il testo dell'art. 1 del codice della proprietà industriale, che enumera le indicazioni geografiche e le denominazioni nello stesso novero di «*marchi ed altri segni distintivi, (...), disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, segreti commerciali e nuove varietà vegetali*». Ora, se da un lato è fondamentale tenere conto di questo esplicito suggerimento fornito dal diritto positivo e dell'eventuale esistenza di consorzi di tutela dei segni DOP e IGP, dall'altro appare ben chiaro che le questioni di fondo della tutela siano da rinvenirsi altrove.

Infatti, per quanto riguarda indicazioni e denominazioni appare decisamente complesso argomentare l'esistenza di un titolare dei diritti di proprietà industriale, dal momento che esse fanno riferimento ad un contesto agroalimentare locale plurisoggettivo. Inoltre, l'eventuale esistenza di un soggetto di tal fatta implicherebbe, peraltro, un suo riconoscimento quale “despota” del bene giuridico protetto e quindi persona offesa dal reato, conseguentemente abilitata a costituirsi parte civile nel procedimento.

5.4. (segue) Il bene giuridico dell'economia pubblica e i relativi beni giuridici strumentali

La sicurezza alimentare, per quanto concerne i profili della genuinità e integrità-purezza del prodotto, e (soprattutto) la proprietà industriale possono essere riconosciuti quali beni intermedi strumentali alla tutela di un bene ultimo quale l'economia pubblica, connotato da un forte grado di astrazione, che si ritiene possa essere lesa dal ricorso ripetuto, massiccio ed incontrollato a pratiche commerciali di gravità particolarmente rilevante, che pongano questioni che oltrepassano la mera concorrenza fra commercianti debordando nella sistematica alterazione dell'ordine pubblico economico, dirigendosi ad un insieme di operatori economici plurale e tendenzialmente indeterminato⁴⁷.

In un simile quadro, in coerenza con la tutela finale di quest'ultimo bene, sembra consequenziale ravvisare, per il tramite dell'art. 517-*quater* cod. pen., anche una forma di tutela dell'affidamento commerciale del pubblico dei consumatori – considerati, in questo caso, quale soggetto passivo indeterminato, diversamente da quanto avviene per i reati contro il patrimonio – dalle truffe presenti nelle etichettature⁴⁸. Nello specifico, un vino che goda di denominazioni di

⁴⁷ Cfr. N. MAZZACUVA, *Delitti contro l'economia pubblica*, cit., pp. 439-442.

⁴⁸ Muove in tal senso un orientamento dottrinale che si potrebbe assumere come maggioritario: così M. LOMBARDO, sub art. 517-*quater*, in M. RONCO-B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 2439; M. DOVA, *La tutela penale dell'economia pubblica*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, Torino, 2013, pp. 269-270; L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare*, cit., p. 285; F. CINGARI, *La tutela*, cit., p. 10, il quale parte proprio da tale bene giuridico (intermedio) ai fini della trattazione degli effetti della contraffazione; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Padova, VI ed. 2019, pp. 261-263; P. GUALTIERI, sub art. 517-*quater*, cit., p. 538; G. EBNER, sub art. 517-*quater*, in G. LATTANZI- E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IV,

origine ed indicazioni geografiche che ne sottolineino il pregio, sia in termini di materie prime che di disciplinare, genera un certo tipo di aspettative nel pubblico dei consumatori⁴⁹, cui si affiancano dei costi di produzione ed un prezzo di mercato più elevato rispetto a vini di minor pregio: colui che applica mendacemente tali marchiature mira ad aumentare il margine di profitto abbattendo i primi, contemporaneamente mantenendo elevati i secondi.

Non manca chi, sempre in potenziale coerenza con la tutela dell'economia pubblica, individui un ulteriore bene giuridico intermedio nella struttura produttiva agricola italiana (e locale) e della corrispondente nicchia di mercato delle produzioni tipiche e nel collegato interesse dei produttori ad usare le indicazioni geografiche e le denominazioni a tale struttura collegate⁵⁰, godendo dell'avallo di parte della giurisprudenza di legittimità⁵¹.

Tale tesi valorizza apprezzabilmente il legame fra indicazione, da un lato, e agricoltura locale e disciplinare, dall'altro, in base alla normativa recata già dai regolamenti europei in materia, consentendo inoltre di far rientrare nell'ottica della tutela anche la già menzionata proprietà industriale, peraltro con un'apprezzabile correzione della focalizzazione. Nello specifico della vinificazione, nel momento in cui i regolamenti escludono che i vini prodotti con materiali e tecniche diverse da quelli utilizzabili in una data area geografica possano recare una certa indicazione, si crea una vera e propria corrispondenza biunivoca fra denominazione del prodotto e agricoltura del luogo, di per sé idonea a tutelare i vinificatori locali da chi ricorra ad imitazioni artificiali tanto *in loco* quanto in contesti geografici del tutto diversi.

La medesima tesi, laddove si focalizzi *unicamente* su tale bene, potrebbe presentare la criticità, a nostro sommo avviso, di porre in secondo piano gli aspetti commerciali e di informazione al pubblico immanenti nelle stesse indicazioni. Tanto sembra essere dimostrato, d'altronde, dalle applicazioni pratiche della giurisprudenza che si colloca in tale orientamento, che riconoscono un ruolo del tutto recessivo all'idoneità decettiva delle indicazioni riportate⁵².

Milano, 2022, p. 1366. Inoltre A. D'ANDREA, *Contraffazione*, cit., a p. 4260 parla (ad avviso di chi scrive, non del tutto condivisibilmente) di una fattispecie che «*incide direttamente sul sistema economico nazionale*».

⁴⁹ Cfr. V. VALENTINI, *Il diritto penale dei segni distintivi*, cit., pp. 122-123.

⁵⁰ Cfr. D. CARCANO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2010, p. 646; V. MANCA, *I reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in G. COCCO (a cura di), *Trattato breve di diritto penale, Parte Speciale II. I reati contro i beni economici*, Padova, 2015, pp. 380-381. Cfr. anche A. NATALINI, *La circostanza aggravante per frodi concernenti alimenti o bevande con denominazione o specificità protetta (art. 517-bis c.p.)*. *Contraffazione di IGP o DOP agro-alimentari (art. 517-quater e 517-quinquies c.p.)*, cit., p. 240, che si basa in particolare sulla «*prima giurisprudenza di legittimità*» in quanto, a suo giudizio, particolarmente aderente «*alla sistematica, alla struttura e alla natura dell'incriminazione in disamina*», in contrapposizione alla dottrina da lui stesso riconosciuta come maggioritaria.

⁵¹ Cfr. Cass., Sez. III Pen., sentenza 8 luglio 2016, n. 28354, CED Cass. 267455.

⁵² Nella sentenza si cui alla nota precedente, al punto 1 del *Considerato in diritto*, si afferma che «*Tale nuova figura di reato afferma in maniera esplicita la rilevanza penale della contraffazione e dell'alterazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari, fornendo una tutela anche più ampia di quella riconducibile all'art. 517 c.p.*, perché l'art. 517 quater c.p. non richiede l'idoneità delle indicazioni fallaci ad ingannare il pubblico dei

5.5 (segue) I beni giuridici della salute pubblica e privata

Il bene giuridico intermedio della sicurezza alimentare sembra richiedere, quanto al profilo dell'igiene del prodotto, di esaminare seriamente anche la questione della tutela *anticipata* della salute privata-individuale e pubblica-collettiva, quest'ultima – in particolare – confinante con il bene giuridico collettivo dell'incolumità pubblica⁵³. Si tratta di una considerazione non scontata, dal momento che ai fini dell'integrazione della fattispecie – la cui soglia di punibilità, si ribadisce, è anticipata al pericolo astratto-potenziale – la successiva verifica di un danno alla salute dei consumatori dei prodotti, di per sé, non ha rilevanza a fini applicativi.

Si tratta, inoltre, di un bene giuridico la cui trattazione è resa utile e necessaria da un dato normativo sovranazionale e da uno, per così dire, 'storico-sistematico'. Per quanto concerne il primo, la tutela della salute del pubblico dei consumatori dei prodotti alimentari è un obiettivo fatto proprio financo dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che dedica il Titolo XV – composto dal solo art. 169 TFUE (ex art. 153 TCE⁵⁴), il cui § 1 menziona esplicitamente la salute – e dal diritto derivato in materia⁵⁵; tuttavia, si segnala il fatto che un siffatto obiettivo non venga menzionato dal Regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità degli alimenti, mentre nel contesto del

*consumatori, orientando la tutela verso gli interessi economici dei produttori M. ad utilizzare le indicazioni geografiche o le denominazioni d'origine». A conclusioni analoghe giunge la già menzionata sentenza Cass. 49889/2019. Sul punto si veda la critica di A. GARGANI, *L'evoluzione del diritto punitivo nel settore agro-alimentare*, cit., pp. 17 ss.*

⁵³ In tal senso, nella manualistica, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, VI ed. 2021, pp. 742-743. In dottrina, in prospettiva più generale, L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare*, cit., pp. 285-287. Valorizza il dato della tutela della salute e dell'incolumità pubbliche anche M. DONINI, *Il progetto 2015*, cit., pp. 18-22. Di un'attitudine offensiva *anche* verso l'"incolumità individuale" parla anche F. CINGARI, *La tutela*, cit., p. 10.

⁵⁴ Fonte cui fa riferimento la trattazione di D. CASTRONUOVO, *La normativa europea in materia di tutela della salute dei consumatori e dei lavoratori*, in M. DONINI-D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, cit., pp. 3-8, in part. p. 4, proponendo osservazioni utilmente traslabili al diritto vigente.

⁵⁵ Si opta per la menzione degli atti in questa sede con l'obiettivo di non appesantire il discorso. Per quanto riguarda la fonte regolamentare, immediatamente vigente negli Stati membri, il diritto vigente pone l'interprete del 2022 di fronte ad uno stato non dissimile da quello già "fotografato" nel 2007 da D. CASTRONUOVO, *La normativa europea*, cit., p. 5. Un ruolo di primazia deve essere naturalmente riconosciuto al Regolamento CE n. 178 /2002, che da titolo «*stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare*», menzionando l'obiettivo della tutela della salute fra gli obiettivi generali definiti dall'Articolo 5, nonché fra i fondamenti dell'analisi del rischio (sul cui stato dell'arte *amplius* L. SALVI, *L'analisi del rischio*, in L. COSTATO et al., *Compendio*, cit., pp. 81-86) e dell'adozione del principio di precauzione agli Artt. 6 e 7, oltre che in numerosi *Considerando*. In secondo luogo, merita una menzione il Regolamento CE n. 1830/2003, «*concernente la tracciabilità e l'etichettatura di organismi geneticamente modificati e la tracciabilità di alimenti e mangimi ottenuti da organismi geneticamente modificati*», che riconosce il rischio per la salute di tali prodotti fin dall'Articolo 1. Infine, è opportuno ricordare il Regolamento CE n. 852/2004 (e relativa rettifica), espressamente dedicato ad un tema centrale della sicurezza alimentare (v. *supra*, § 5.3) come l'igiene dei prodotti alimentari. L'ordinanza in esame richiede di aggiungere il Regolamento UE n. 1169/2011 concernente le informazioni sugli alimenti, disciplina che giusta Articolo 3 § 1 Reg. cit. «*tende a un livello elevato di protezione della salute*» (sul punto *amplius* S. RIZZIOLI, *Il regolamento (UE) n. 1169/2011 e le informazioni sugli alimenti*, in L. COSTATO et al., *Compendio*, cit., pp. 173 ss.).

Regolamento (UE) n. 1308/2013 – di fondamentale interesse per la materia vitivinicola – assume un ruolo del tutto secondario.

Per quanto concerne il secondo dato, è d'uopo ricordare che il diritto penale in materia agroalimentare lega ampiamente le sue origini alla tuttora vigente legge 30 aprile 1962 n. 283 (pur con le successive modifiche e con le parziali abolizioni di cui, da ultimo, al recente d. lgs. 2 febbraio 2021 n. 27), il quale reca la disciplina “igienica” in materia di sostanze alimentari e bevande, assistita da un apparato di norme punitive penali-contravvenzionali di cui agli artt. 5, 6 e 12, improntate ad una tutela di pericolo astratto-presunto o astratto-potenziale del bene giuridico finale della salute⁵⁶. Un simile grado di anticipazione ha sempre contraddistinto tali fattispecie dalle norme codicistiche in materia di salute pubblica, di natura delittuosa ed improntate al pericolo concreto⁵⁷.

Lo stesso non può dirsi con riguardo al reato di cui all'art. 517-*quater* cod. pen., anch'esso anticipato al pericolo astratto-potenziale. La ragione della prevalenza di quest'ultimo nella formulazione dell'imputazione può essere individuata, innanzitutto, nella natura delittuosa della fattispecie in esame, laddove le previsioni contravvenzionali di cui alla l. n. 283/1962 esordiscono con una clausola di riserva. In secondo luogo, provando a guardare oltre un siffatto dato formale, un'ulteriore ragione potrebbe essere rinvenuta nel criterio di specialità in astratto, reso dalla presenza degli elementi tipici delle indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti quali oggetto della condotta, i quali non sono menzionati dalle figure contravvenzionali di cui alla legge n. 283/1962. Un ultimo argomento utile può essere rappresentato dalle considerazioni che seguono in punto di bene giuridico tutelato, sia intermedio che finale⁵⁸.

Tanto premesso, si potrebbe infatti osservare che la messa in pericolo alla salute o il danno appare quale un bene piuttosto *prossimo* alle condotte incriminate da gran parte dei reati previsti dal codice penale e ricollegabili alla tutela della sicurezza alimentare. Invece, in relazione al reato di contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari, l'idoneità offensiva nei confronti della salute potrebbe apparire – non a torto – un problema tutto sommato meno drammatico rispetto a quello degli extraprofiti ottenuti mediante le truffe delle etichettature.

A ben vedere, proprio casi come quello dell'ordinanza in commento consentono di ipotizzare agevolmente l'uso di sostanze dannose per la salute al fine di ottenere un effetto gustativo simile a

⁵⁶ Cfr. D.CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, in M. DONINI-D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, cit., pp. 21-39, in part. pp. 27-30. Nella dottrina più recente cfr. L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare*, cit., pp. 290 ss.

⁵⁷ Cfr. D. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., pp. 30-32.

⁵⁸ A conclusioni analoghe mirano, seppur in relazione all'art. 516 cod. pen., le considerazioni di P. ZARRA, *I delitti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio*, in A. GAMBERINI-N. MADIA- L. DELLA RAGIONE, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2022, pp. 987-1014, in part. p. 1014.

quello dei vini pregiati: tale è, per esempio, l'uso dello zucchero invertito nella vinificazione, idoneo sia a modificare il sapore che ad aumentare artificiosamente il grado alcolico del prodotto (essendo lo stesso alcol, com'è noto, uno zucchero).

Tuttavia, la considerazione testé svolta costituisce un utile banco di prova per quanto sostenuto con riguardo all'astrazione del bene giuridico e alla necessaria serialità delle condotte. Sembra agevole constatare che, salvo condizioni personali particolari, la consumazione occasionale di vino contraffatto possa avere conseguenze piuttosto limitate sulla salute individuale e pubblica, considerando d'altronde che anche la consumazione di vino pregiato prodotto a regola d'arte, se assunto in quantità superiori a determinate soglie, avrebbe comunque una pur più contenuta incisione comunque sullo stato di salute del consumatore.

Se ne potrebbe concludere che la salute individuale e collettiva sia un bene giuridico finale *esposto* a lesione rispetto alle condotte criminalizzate di cui all'art. 517-*quater* c. p., tuttavia piuttosto astratto rispetto ad esse e recessivo rispetto ai profili di tutela dell'affidamento commerciale dei consumatori, della struttura agricola nazionale e (laddove sia possibile ravvisarla) della proprietà industriale, quindi – in ultima analisi – del bene giuridico finale dell'economia pubblica. In questa misura, si presta ad essere quel bene secondario che, nel contesto di un reato eventualmente plurioffensivo, *può non* essere offeso e rimanere fuori dalla rappresentazione del soggetto passivo⁵⁹.

La stessa ordinanza in commento, d'altronde, sembra incentrata soprattutto sull'aspetto dei profitti attuali e potenziali del reato piuttosto che su di un possibile danno alla salute dei consumatori a seguito della messa in commercio delle partite di vino contraffatto, oggetto di considerazioni piuttosto secondarie nel testo del provvedimento, nonché della richiamata ordinanza del Giudice per le indagini preliminari.

5.6. Prime conclusioni sull'astratta configurabilità del fatto di reato

Il discorso fin qui svolto in punto di sostanza, volto ad individuare possibili profili di offensività del fatto che sembra emergere dalle prove raccolte dagli inquirenti, richiede ora di essere raccordato con l'applicazione del sequestro preventivo, secondo la concezione pacificamente adottata sia dal G. i. p. che dal Tribunale del riesame. In particolare, pare interessante soffermarsi sulla censura mossa dalla difesa, la quale ha affermato che, in assenza di un'analisi della qualità del vino rinvenuto nella cantina, il quadro indiziario è carente.

Sembra possibile affermare che l'analisi biochimica del vino recante le indicazioni che si assumono come contraffatte o alterate risulterebbe senz'altro necessaria ai fini di una condanna al di

⁵⁹ Cfr. V. MONGILLO, *loc. ult. cit.*

lità di ogni ragionevole dubbio. Solo la prova del fatto che le confezioni destinate al commercio presentassero il doppio elemento (i) di indicazioni o denominazioni ben specifiche sull’etichetta, (ii) comprovatamente contraddette dalla qualità del vino contenuto, potrebbe integrare quella contraffazione che il legislatore, con tecnica discutibile, focalizza soprattutto sulle indicazioni stesse. D’altronde, come poc’anzi specificato, oggetto materiale del reato – e conseguentemente delle indagini – dovrebbe essere innanzitutto la qualità del prodotto, in questo caso del vino, piuttosto che il simbolo o il testo dell’indicazione. In tal senso, pertanto, dovranno muovere le ulteriori indagini volte a giungere alla sentenza che definisce il primo grado di giudizio.

Tuttavia, dal momento che il provvedimento in commento è un’ordinanza emanata in relazione ad un subprocedimento cautelare, peraltro in relazione ad una misura cautelare reale e non personale, il compendio indiziario raccolto appare più che sufficiente a ritenere astrattamente configurabile la fattispecie concretamente individuata nel reato di contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari.

Dalla prospettiva teorica di un sostanzialista, nel giudizio della corretta applicazione del sequestro preventivo si potrebbero applicare – ricorrendo ad una lieve eterodossia – gli stessi requisiti di giudizio che si usano per quella figura generale di pericolo (astratto-potenziale⁶⁰) che è il tentativo. Gli ammanchi di cantina, il falso reso, l’acquisto di partite di ingredienti vietati nella vinificazione quali lo zucchero invertito: a quali altri scopi si potrebbero prestare (*univoca direzione*), se non alla produzione di vini alterati, recanti indicazioni ingannevoli per i consumatori, prodotti e commercializzati con pratiche sleali rispetto a quelle seguite dai produttori “regolari” e talora financo dannosi per la salute (*idoneità*)? Sembra quantomeno legittimo un fondato sospetto, in quanto tale idoneo ad argomentare un giudizio di astratta configurabilità della concreta fattispecie dell’art. 517-*quater* c. p. e, quindi, il ricorso ad un provvedimento cautelare reale.

Già si potrebbe dubitare dell’adeguatezza di un simile sospetto, quindi dei requisiti idonei a fondare l’astratta configurabilità di una fattispecie concreta, per valutare la sussistenza dei «*gravi indizi di colpevolezza*» richiesti ai fini di una misura cautelare personale, potendosene infine senz’altro escludere l’attitudine a giustificare una sentenza di condanna.

In tal misura, sembra possibile esprimere un giudizio positivo sulla valutazione del Tribunale del riesame, senza con ciò togliere alla difesa il merito di aver individuato un punto che dovrà essere immancabilmente chiarito nel corso del procedimento principale.

⁶⁰ Il termine, che lo scrivente preferisce al più invalso “astratto-concreto”, è un omaggio all’espressione tedesca *Eignungsdelikte*, categoria concettuale che ha avuto, fra i primi teorizzatori, cfr. A. HOYER, *Die Eignungsdelikte*, Berlin, 1987, in part. pp. 16-18.

6. La cantina come plausibile soggetto attivo dell'illecito. Osservazioni

Del pari positivo è il giudizio sull'accoglimento del secondo motivo di ricorso, pienamente centrato dalla difesa. Anche a tal riguardo è possibile esprimere osservazioni a cavallo fra diritto sostanziale e procedura, cogliendo lo stretto legame fra il *beneficium excussionis* e l'interesse o vantaggio dell'ente coinvolto nei fatti.

Va specificato che il *beneficium* in questione è un tipico caso di istituto 'pretorio', la cui applicabilità è stata affermata per la prima volta dalle Sezioni Unite nel 2014, nella specie in relazione al profitto derivante dalla commissione di reati tributari⁶¹. Va precisato che si tratta di un orientamento che, ai fini dell'applicazione del *beneficium excussionis*, prescinde da una contestazione formale di responsabilità amministrativa da reato all'ente i cui soci sono indagati nel procedimento: si tratta, quindi, di uno strumento esegetico ed applicativo da usare ed analizzare con notevole attenzione. Infatti, esso ricorre ad una tecnica estensiva che ricorda un'*analogia iuris*, ammissibile nel diritto processuale penale ma che richiede una cauta valutazione per le sue possibili implicazioni sostanziali, quale *in primis* le possibili (seppur non necessarie) ricadute in termini di successiva confisca dei beni sequestrati.

Base della logica 'pretoria' in commento è la specifica previsione del sequestro preventivo in seno al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, nella disposizione dell'art. 53: tale disposizione, tuttavia, non specifica alcunché riguardo all'ordine da seguire nel sequestro dei beni, diversamente da quanto avviene per la confisca (art. 19: «*Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato (...)*»): il che ha dato adito ai dubbi preannunciati da (scarna) dottrina⁶², riportati nell'ordinanza di rinvio alla massima composizione della Suprema Corte⁶³.

⁶¹ Cass., Sez. Un. Pen., sentenza 5 marzo 2014, n. 10561, in *dejure.it*, con nota di V. MONGILLO, portale *Il Penalista*, 16 giugno 2015. Il punto 2.10 del Considerato in diritto enuclea tre principi: «*È consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica*».

«*Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio*».

«*Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato*».

⁶² Cfr. A. FRAIOLI, *L'estensione soggettiva della confisca ex art. 19 d.lg. n. 231 del 2001 nei rapporti persona fisica - ente e nei rapporti tra enti*, in *Giur. mer.*, 2010, n. 6, pp. 1740 ss.

⁶³ Cass., Sez. III Pen., ordinanza 22 novembre 2013, n. 46726, su *dejure.it* (visto il 30 agosto 2022).

Le affermazioni contenute nella suddetta decisione, tuttavia, sono agevolmente estensibili ben al di là di tale casistica, dal momento che se ne ricava – nel quadro di un ordinamento che da oltre 20 anni conosce la responsabilità amministrativa da reato degli enti – la necessità di dare precedenza al patrimonio di un ente rispetto a quello dei suoi membri allorquando si addivenga ad un provvedimento di sequestro preventivo⁶⁴. Le ragioni di fondo di un simile orientamento sono condivisibili e rassomigliano, *mutatis mutandis*, a quelle che giustificano la responsabilità “dei padroni e dei committenti” di cui all’art. 2049 cod. civ., come ricordato nell’ordinanza in commento: è lecito supporre, in linea di massima, che le casse della società siano più capienti rispetto ai patrimoni personali dei singoli soci. Qualora così non sia, questi risponderanno in via sussidiaria.

La conclusione è tanto più valida laddove si consideri che il delitto ai sensi dell’art. 517-*quater* cod. pen. è previsto dall’art. 25-*bis*.1 d. lgs. n. 231/2001 quale reato imputabile all’ente a titolo di illecito amministrativo. Tale disposizione è stata interpolata nel ben noto decreto dalla già menzionata legge n. 99/2009, con una (invero infrequente) apprezzabile attenzione al coordinamento fra i due sistemi e con una (altrettanto infrequente) razionale scelta di politica criminale, in considerazione del fine di profitto che per lo più orienta i soggetti attivi alla commissione del fatto.

Naturalmente, il requisito del *fumus commissi delicti* dovrà consistere in una forma di *astratta configurabilità* delle ragioni che giustificano l’imputabilità dell’ente: ovvero, la commissione da parte di soggetti apicali o para-apicali, accompagnato da un interesse dell’ente alla commissione del reato o da un vantaggio tratto dallo stesso.

Nel caso di specie, essendo stati all’epoca dei fatti gli indagati soci della società *cooperativa* che gestisce la cantina, il primo requisito è pacificamente integrato. Quanto al secondo requisito, il Giudice per le indagini preliminari ha oppugnabilmente affermato che il profitto fosse comunque stato gestito dagli indagati, con ciò ridimensionando la circostanza – decisiva – che il profitto del reato fosse passato dai conti della società, nella quale è stato anche in parte reinvestito.

Il Tribunale per il riesame, pertanto, correttamente ha deciso nell’accogliere il secondo motivo di doglianza, affermando che il suo preteso superamento non fosse sorretto da ragioni né normative né – tantomeno – giurisprudenziali.

⁶⁴ Nella giurisprudenza recente di legittimità cfr. Cass., Sez. V Pen., sentenza 18 febbraio 2021, n.6391, in *dejure.it* (vista il 30 agosto 2022). Il caso dedotto innanzi alla S. C. verteva su fatti di false comunicazioni sociali delle società quotate (art. 2622 cod. civ.) in concorso con l’ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 cod. civ.), sottoposti alle regole per la confisca di cui all’art. 2641 cod. civ. Il ricorrente, indagato per tali reati, faceva valere con successo il *beneficium excussionis*, ignorato sia dal G. i. p. che dal Tribunale per il riesame, ottenendo un annullamento con rinvio.

Dalla giurisprudenza di legittimità

Esposizione ad amianto e responsabilità penale: un tentativo di individuazione della corretta criteriologia per la scelta della legge di copertura e di riordino dei dubbi sull'accertamento del nesso causale

di **Francesco Contri**

Dottorando di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara

Nota a Cassazione penale, Sez. IV, 17 dicembre 2021 (ud. 24 novembre 2021), n. 46154

1. Premessa. – 2. La classica tripartizione delle patologie asbesto-correlate ed i relativi problemi di accertamento causale. – 3. La corretta (e unanime) criteriologia per la scelta della legge scientifica di copertura: un obiettivo irraggiungibile? – 4. Concludendo: l'irragionevole connubio tra la responsabilità penale per reati di evento dannoso alle persone e *toxic cases*.

1. Premessa

La sentenza in commento si inserisce nell'ampio filone di pronunce che, a partire dagli inizi degli anni '90 del secolo scorso, tenta di dar risposta al fenomeno dei danni da esposizione ad amianto mediante la contestazione dei reati di omicidio e lesioni personali nei confronti dei (presunti) responsabili degli stessi¹.

In particolare, nel caso in esame, venivano contestati agli imputati i pregiudizi (talvolta rivelatisi fatali) subiti dai lavoratori di un impianto industriale petrolchimico, i quali, nell'ambito della propria attività lavorativa, erano stati costretti ad inalare particelle di amianto contenute nei materiali messi loro a disposizione, sviluppando patologie asbesto-correlate quali il mesotelioma pleurico, le placche pleuriche, l'asbestosi ed il tumore polmonare o alla laringe.

In relazione a tali pregiudizi, venivano individuati obblighi di protezione relativi al rischio di dispersione di asbesto in capo ad una pluralità di soggetti che avevano ricoperto tra gli anni Sessanta del Novecento e il 2012 differenti mansioni di responsabilità nel polo industriale in questione².

¹ Per una disamina più approfondita si veda L. SIRACUSA, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra "caos" e "logos"*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, pp. 975 ss.; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, pp. 54 ss.

² Nello specifico, venivano individuate posizioni di garanzia in capo ai soggetti che nello stabilimento avevano ricoperto le cariche di amministratore delegato, vicepresidente, presidente, direttore di stabilimento, responsabile per la sicurezza e dell'igiene del lavoro, responsabile del servizio tecnico di sicurezza.

Nondimeno, il Tribunale di Ravenna aveva riconosciuto la responsabilità del Direttore di stabilimento, del Responsabile per la sicurezza e l'igiene del lavoro, del Responsabile del servizio tecnico di sicurezza e del soggetto che, nel corso di diversi periodi, aveva ricoperto la carica di Amministratore delegato, Vicepresidente e Presidente esclusivamente per le lesioni derivanti dall'insorgenza di asbestosi in danno di un solo lavoratore; mentre – ad eccezione invero delle contestazioni di lesioni colpose riferite all'insorgere di placche pleuriche in capo a un altro lavoratore, per le quali veniva riconosciuto l'avvenuta estinzione del reato per prescrizione – aveva assolto gli altri imputati in virtù della mancata prova del nesso causale.

La Corte di Appello di Bologna aveva confermato poi gli esiti a cui era pervenuto il giudice di prima istanza, modificando solamente la formula assolutoria impiegata per il delitto di omicidio colposo con riguardo ai decessi intervenuti a causa dell'insorgenza di mesotelioma pleurico in capo a numerosi lavoratori. In particolare, il collegio giudicante aveva avvertito la necessità di variare la formula assolutoria – da “perché il fatto non sussiste” a “per non aver commesso il fatto” – per evidenziare l'impossibilità di individuare i garanti responsabili nelle ipotesi, come in quella in esame, di successione diacronica degli stessi.

La Corte di Cassazione ha, infine, dapprima dichiarato l'estinzione del reato contestato al Responsabile per la sicurezza e l'igiene del lavoro a causa dell'intervenuto decesso del medesimo e successivamente, pur ritenendo la pronuncia impugnata immune da censure, riconosciuto l'intervenuta estinzione del reato di lesioni colpose riferite all'insorgenza della patologia asbestosi per prescrizione.

In ogni modo, nel prosieguo l'attenzione verrà segnatamente riservata all'esame di due particolari (e quantomai discussi) profili problematici, tipici della responsabilità per reati di evento dannoso alle persone nel settore dei *toxic cases*: l'accertamento della causalità, nonché (a monte) la scelta della legge scientifica di copertura. Invero, le peculiarità delle patologie suscettibili di venire in rilievo in questo settore hanno fatto emergere importanti criticità sul piano dell'individuazione dei soggetti garanti, dell'accertamento del nesso causale e della colpa, le quali hanno portato la giurisprudenza e la dottrina ad approfondire lo studio dei predetti istituti di dogmatica generale, nonché a ricercare un diverso paradigma di imputazione³.

³ Il riferimento è al c.d. “cambio di paradigma”: locuzione utilizzata in dottrina per far riferimento alla sussunzione, in particolare a partire dal processo Eternit, di tali fatti nelle fattispecie di comune pericolo contro l'incolumità pubblica di cui al titolo VI del c.p. Per una approfondita disamina delle problematiche annesse a tale orientamento giurisprudenziale, ed in particolare rispetto alla utilizzazione della fattispecie di “altro disastro” di cui all'art. 434 c.p. in funzione di disastro ambientale innominato, v., senza pretesa di esaustività, D. CASTRONUOVO, *Il caso Eternit. Un nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche?*, in *Leg. Pen.*, 2015; A. GARGANI, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in *Leg. Pen.*, 2020, pp. 2 ss.; A. GARGANI, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in S. TORDINI CAGLI cur., *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità. Un esempio emblematico: il disastro ambientale*, Bologna, 2017, pp. 67 ss., p. 73; A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005, pp. 485 ss.; A. GARGANI, *La protezione*

Particolarmente difficoltoso risulta, infatti, in primo luogo indentificare, a distanza di decenni, le specifiche mansioni esercitate – anche in via di fatto – da un soggetto al fine di potergli attribuire la qualifica di garante, nonché, nei casi di successione diacronica degli stessi, indentificare quelli responsabili per la verifica di un determinato evento lesivo⁴.

Le incertezze sulla monofattorialità o multifattorialità della patologia, sulla sussistenza dell'effetto acceleratore delle esposizioni successive a quella iniziatrice del processo etiopatologico, oltre che la (discussa) impossibilità di individuazione del c.d. periodo di induzione, rendono quantomai arduo pervenire ad una attribuzione oggettiva dell'evento nel rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio enucleato all'art. 27 Cost.

La rilevanza in questo campo di studi epidemiologici e la loro assunzione a leggi scientifiche di copertura sono, infatti, controverse: oltre a subire critiche in dottrina per la naturale incapacità di tali studi di individuare gli anelli causali intercorrenti tra l'esposizione al fattore di rischio-sostanza tossica e l'insorgenza della patologia⁵, gli stessi non permettono di formulare giudizi causali con riguardo ai singoli eventi lesivi occorsi, bensì solo, se ben condotti, di attribuire – non senza approssimazioni – una quota degli stessi alle condotte poste in essere da un determinato garante⁶.

Anche nei casi (rari), tuttavia, in cui venga positivamente provato il nesso etiologico tra una determinata condotta ed un evento lesivo senza dover pervenire, a tal fine, ad una corrispondente

immediata dell'ambiente tra obblighi comunitari di incriminazione e tutela giudiziaria, in S. VINCIGUERRA, D. DASSANO cur., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, pp. 403 ss.; G. P. ACCINNI, *Disastro ambientale. (Dall'horror vacui all'horror pleni)*, Milano, 2018, pp. 11 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, pp. 280 ss., 289; F. GIUNTA, *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, p. 3539; A. L. VERGINE, *Il c.d. disastro ambientale: l'involuzione interpretativa dell'art. 434 cod. pen.*, parte prima, in *Ambiente & Sviluppo*, 2013, pp. 534 ss.; e seconda parte p. 644 ss.; G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012, pp. 166 ss.; R. MARTINI, *Il disastro ambientale tra diritto giurisprudenziale e principi di garanzia*, in *Leg. pen.*, 2008, pp. 339 ss. In senso favorevole: L. RAMACCI, *Il "disastro ambientale" nella giurisprudenza di legittimità*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2012, pp. 722 ss.; E. ROSI, *Brevi note in tema di "dis-astro" ambientale. Per una effettiva tutela dell'ambiente è necessaria la sincronia degli strumenti giuridici vigenti*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

⁴ Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, v. D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, cur., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2021, pp. 300 ss.

⁵ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002, pp. 333 ss. L'autore ritiene, infatti, che nella consapevolezza che "il sapere di oggi può diventare la favola di domani" sia necessario avere contezza, al momento del giudizio, di tutti gli anelli causali per poter assumere una teoria scientifica come base del giudizio di causalità, salvo che non si tratti di una teoria causale avente carattere universale e non probabilistico. Esclude la possibilità di utilizzazione di studi epidemiologici al fine di conseguire la prova della causalità generale per la loro natura tendenzialmente probabilistica, tra gli altri, anche E. AGAZZI, *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in AA. VV., *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, pp. 392 ss.

⁶ Per una chiara disamina della metodologia, delle finalità, nonché di una classificazione dei diversi studi epidemiologici rilevanti nel settore di ricerca in esame v., seppur con diverse sfumature, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, pp. 115 ss.; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, pp. 264 ss. Sul punto, si vedano, inoltre: B. V. FROSINI, *Concetti di causa e di spiegazione*, in AA. VV., *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, pp. 704 ss.; D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., pp. 317 ss.

flessibilizzazione di tale istituto, questioni non trascurabili si pongono sul piano dell'accertamento della colpa. Proprio la lunga latenza delle patologie, in combinato disposto con la soltanto parziale conoscenza circa gli effetti patologici dell'amianto, porta, infatti, sovente la giurisprudenza ad adottare moduli decisionali retrospettivi e più vicini alla logica precauzionale che a quella preventiva⁷.

Sul punto è stato, inoltre, attentamente osservato in dottrina che nei casi in esame le condotte incriminate si inserivano all'interno di una attività rischiosa, ma lecita, e spesso rispettosa delle cautele al tempo delle condotte disponibili; di tal che illegittimo – oltre che irragionevole – pare attribuire ai soggetti garanti la responsabilità per la causazione di una quota di eventi lesivi previamente accettati da parte dell'ordinamento stesso⁸.

Sorgono dubbi, inoltre, circa la stessa ipotizzabilità astratta, in queste costellazioni di casi, di una funzione rieducativa della pena che, quando irrogata, vedrebbe come destinatari, a causa del carattere lungo-latente di tali patologie, soggetti molto anziani⁹. La morte di ben due imputati nelle more del giudizio da cui scaturisce la pronuncia in commento pare, in tal senso, quantomai esplicativa.

⁷ Così D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., pp. 340 ss. Diversi Autori ritengono che, al tempo della condotta, debba essere conosciuto il singolo sotto-evento consistente nella specifica patologia, poi insorta, ed il suo decorso etiologico, e ciò anche al fine di permettere all'agente di orientare il proprio comportamento: cfr. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1690 ss.; C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, fasc. 4, pp. 1486 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 487. Ritengono, invece, di poter classificare gli eventi lesivi sulla base della gravità delle loro conseguenze al fine di poter pervenire ad un corretto giudizio sulla prevedibilità, seppur con diverse sfumature: D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, fasc. 4, pp. 1638 ss.; D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, p. 168; D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2021, p. 292; PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 651; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2020, pp. 253 ss. Sulla compatibilità tra quest'ultimo filone di pensiero e le patologie asbesto-correlate v. R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 266 ss. Per una critica dell'uso giurisprudenziale del principio di precauzione – definibile come “criterio di gestione del rischio in situazioni di incertezza scientifica” (cfr. D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, cit., pp. 18-19) – nell'accertamento della colpa nel settore dei *toxic cases*, v. D. NOTARO, *Il caso del Petrochimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e colpa*, in L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO, cur., *Casi di diritto penale dell'economia - Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, Thyssenkrupp)*, Bologna, 2015, pp. 56 ss.; C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, cit., pp. 1486 ss.; A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, pp. 18-19; D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, cit., pp. 132 ss. Sul punto v. anche G.P. ACCINNI, *Amianto: indennizzo delle vittime senza sacrificio degli innocenti?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, fasc. 11, p. 1516; G.P. ACCINNI, *Il dissolvimento della responsabilità per colpa nei processi per esposizione ad amianto*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, fasc. 8, pp. 1096 ss.

⁸ Cfr., da ultimo, D. CASTRONUOVO, *Proiezioni multidirezionali del rischio: criticità nella tutela penale della salute e dell'ambiente*, in *Lavoro e diritto*, 2022, fasc. 2, pp. 379 ss. Il riferimento è, in particolare, alla teoria del rischio consentito che, compatibilmente alla teoria normativa della colpa, si fonda sul principio secondo cui “l'agente modello non è colui che prevede ed evita tutti gli eventi che è possibile prevedere ed evitare, bensì colui che prevede ed evita gli eventi che è doveroso prevedere ed evitare”. Così S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., p. 358. In questo senso già: G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 195 ss.

⁹ Invitano ad una attenta riflessione sulla opportunità di punire per un reato colposo commesso trent'anni prima della pronuncia (eventuale) di condanna M. ROMANO, F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto*.

2. La classica tripartizione delle patologie asbesto-correlate ed i relativi problemi di accertamento causale

Se pur gli esiti a cui perviene la pronuncia in commento nella risoluzione delle citate questioni problematiche paiono essere in linea con l'orientamento giurisprudenziale già affermatosi, nelle motivazioni della stessa paiono rinvenibili elementi di novità meritevoli di attento vaglio.

Tale pronuncia opera la (sovente richiamata) tripartizione delle patologie suscettibili di insorgere a seguito di esposizioni ad amianto: mesotelioma pleurico, tumore polmonare o alla laringe, asbestosi. Malattie che, a causa delle differenze strutturali ed etiologiche che presentano, conducono l'interprete ad intraprendere differenti percorsi argomentativi al fine di vagliare la loro dipendenza dalla condotta tenuta da un particolare garante.

Seguiamo, allora, e in maniera distinta, le argomentazioni svolte dalla Corte con riferimento alle tre diverse patologie.

(i) Per i peculiari, e probabilmente unici, caratteri etiologici dello stesso, il mesotelioma pleurico – rarissimo tumore che colpisce la pleura e sulla cui notorietà delle cause, allo stato attuale delle conoscenze, non pare esservi certezza alcuna¹⁰ – risulta essere la patologia probabilmente più discussa nei processi e negli scritti che affrontano il tema dei danni da esposizione a sostanze tossiche.

Se, tuttavia, l'*impasse* generato dalle incertezze relative alla conoscenza di tutte le cause della predetta patologia pare superabile mediante una corretta applicazione dei criteri enunciati nella sentenza Cozzini¹¹, così come declinati nella pronuncia in commento¹², la dottrina pare divisa sulla possibilità di pervenire ad un corretto accertamento causale in tali ipotesi, ovverosia allorquando non

Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 3, pp. 1152-1153. Per riflessioni, seppure condotte sull'istituto della prescrizione, ma con argomentazioni riproponibili anche in questa sede, v. D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 2015, fasc. 1, pp. 29-30; D. PULITANÒ, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 2016, fasc. 1, pp. 74-75; M. ROMANO, *A proposito di modifiche della prescrizione del reato*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2016, fasc. 3, pp. 906 ss.

¹⁰ Richiamano studi scientifici che dimostrano la mancata notorietà di tutte le cause alternative all'asbesto S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., pp. 71-72; A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, p. 371; F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., p. 347; F. CENTONZE, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, cit., p. 1526; M. ROMANO, F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, cit., p. 1137. *Contra*: R. BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 26.

¹¹ Cass. Pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, in *De Jure*.

¹² Il punto verrà approfonditamente trattato nel prosieguo.

siano noti tutti i fattori causali alternativi. Alcuni autori, infatti, reputano positivamente esperibile il giudizio sulla causalità logica mediante la sola esclusione delle cause alternative note al momento del giudizio, ritenendo che il riferimento all'esclusione di tutte le *possibili* cause alternative debba sottintendere: «allo stato attuale delle conoscenze»¹³; mentre altri, ritenendo (anche) di far così gravare sull'imputato il peso dell'incertezza scientifica – con conseguente violazione del principio di responsabilità penale per fatto proprio –, considerano tale conoscenza indispensabile per poter pervenire ad un giudizio causale coerente con i dettami individuati dalla pronuncia Franzese¹⁴.

Al fine di poter pervenire ad un corretto vaglio circa l'imputazione dell'evento sul piano oggettivo-causale pare, in ogni caso, necessario allontanarsi dalla disputa poc'anzi richiamata ed esplicitare la distinzione, spesso ritenuta implicita sia in dottrina sia in giurisprudenza, tra *cause iniziatrici* (o promotrici) del processo etio-patologico e *cause acceleratrici* dello stesso, le quali ben potrebbero, come noto, biunivocamente non corrispondere¹⁵.

In ossequio, infatti, ai dettami enunciati dalla sentenza Franzese – secondo cui “*il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica (...) si accerti che, ipotizzandosi come realizzata (...) la condotta impeditiva dell'evento “hic et nunc”, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva*”¹⁶ – pare ragionevole porre come oggetto dell'accertamento la sussistenza del c.d. effetto acceleratore

¹³ Cfr. M. ROMANO, F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, cit., p. 1138, i quali, sul punto, precisano che la possibilità di una futura scoperta di nuove cause suscettibili di portare alla verifica del medesimo evento non pare da sola idonea ad «*inficiare l'eventuale validazione dell'ipotesi-base nella situazione data, laddove gli elementi di fatto riscontrati dal giudice consentano di ritenerne positivamente concretizzata la verifica*». In senso analogo v. anche S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., pp. 237-238; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, pp. 395-396.

¹⁴ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, fasc. 12, pp. 4837-4838. Nello stesso senso v. anche A. VALLINI, *Il caso del Petrolchimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e nesso di causalità*, cit., p. 34 il quale osserva come non sia possibile escludere l'incidenza di un determinato fattore nel caso in cui non si conosca quale esso sia; F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, pp. 343-344 il quale individua, nel caso in cui venisse concessa la possibilità di escludere solamente le cause note al momento del giudizio, anche un *vulnus* al principio di presunzione di innocenza; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, fasc. 1, pp. 47-48; R. BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, cit., pp. 26, 29; R. BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, in G. CANZIO, L. LUPARIA, cur., *Prova scientifica e processo penale*, Milano, 2018, in anteprima su *Dir. pen. cont.*, p. 20; D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 2, p. 793.

¹⁵ Cfr. L. SIRACUSA, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra “caos” e “logos”*, cit., p. 991 ss.

¹⁶ Cass. Pen., SSUU, 11 settembre 2002, n. 30328, in *De Jure*.

dell'etiopatogenesi del mesotelioma, più che vagliare la possibilità di escludere i fattori causali iniziatori del decorso tumorale.

Così ragionando parrebbero dissolversi anche le questioni relative alla particolare tenuità della dose di innesco idonea ad avviare il processo etiopatologico (potenzialmente individuabile anche solo in una fibra di asbesto), la quale, nel pensiero di alcuni autori, dovrebbe portare – per l'ubiquitarietà dell'uso dell'amianto al tempo delle condotte in combinato disposto con l'impossibilità di individuare con certezza la dose promotrice – a considerare non escludibile l'inalazione della stessa da parte del lavoratore in ambiente extralavorativo e, conseguentemente, a dichiarare non sussistente la prova del nesso causale oltre ogni ragionevole dubbio¹⁷.

Di preminente importanza, allora, diventa la questione circa la sussistenza del c.d. effetto acceleratore delle dosi di asbesto successive a quella iniziatrice – discussa già in ambito scientifico¹⁸ – alla quale conseguono i dubbi sulla possibile individuazione del periodo di induzione (arco di tempo cessato il quale nessuna rilevanza può essere attribuita ad ogni successiva esposizione)¹⁹.

¹⁷ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., pp. 295 ss. Evidenziano, invece, l'opportunità di tenere in considerazione nell'ambito del giudizio causale non tutte le esposizioni alternative ipotetiche all'amianto, bensì solo quelle meritevoli di essere ritenute "ragionevoli": M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, cit., p. 909; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., pp. 238-239; S. ZIRULIA, *Malattie professionali da amianto: la sezione III della Cassazione annulla le assoluzioni nel caso Montefibre-bis*, in *Sistema Penale*, 2021; G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: reasoning by probabilities*, in G. CANZIO, L. LUPÁRIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Milano, 2018, pp. 15-16.

¹⁸ La teoria del c.d. effetto acceleratore dell'amianto sorge a seguito della constatazione che all'aumentare della portata dell'esposizione aumenta il rischio di ammalarsi. Tutto ciò può essere rappresentato nella formula $I=D \times L$ (I=incidenza, D=dose, L=tempo). Da questa formula base alcuni ricavano che all'aumentare della dose si dovrà corrispondentemente ridurre il tempo per ottenere la medesima incidenza del mesotelioma a livello di popolazione. Altri, invece, ritengono che da questa formula non sia possibile pervenire alla considerazione dell'accorciamento della latenza aumentando la dose di amianto. I primi, infine, ritengono possibile equiparare l'aumento della dose al cumulo di più dosi nel tempo, arrivando a sostenere, appunto, la tesi dell'effetto acceleratore delle plurime esposizioni. Quest'ultimo passaggio risulta essere, probabilmente, il più problematico, visto che viene osservato in oncologia come non sempre la medesima dose di sostanza tossica assunta in un periodo breve o "diluata" per un periodo più lungo risulta avere gli stessi effetti negativi per la salute. Sul punto v. approfonditamente M. MASPERO, *Quando la scienza è "muta" rispetto al diritto penale. Ancora riflessioni sul contrasto fra esperti in tema di mesotelioma da amianto*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2021, fasc. 1-2, pp. 275 ss.; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., pp. 76 ss.; F. CENTONZE, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, cit., pp. 1523 ss.; E. PIRA, C. CIOCAN, *Il mesotelioma: aspetti diagnostici, ruolo dei fattori temporali nell'incidenza della malattia e relative implicazioni medico-legali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2012, p. 1613.

¹⁹ Per una ricostruzione della giurisprudenza degli ultimi vent'anni sul tema v. A. BELL, V. JANN, *L'accertamento del nesso di causa nei processi per patologie asbesto-correlate. Una caotica storia ventennale*, in *DPU*, 2019; L. SANTA MARIA, *Il fallimento del diritto penale nella definizione e nell'accertamento della causalità da amianto*, in *DPU*, 2019; C. BRUSCO, *La scienza davanti ai giudici: il mesotelioma e le conseguenze delle esposizioni all'amianto dopo l'iniziazione della malattia*, in *Questione Giustizia*, 2019, fasc. 4, pp. 112 ss.; A. BELL, L. SANTA MARIA, *La tesi del c.d. effetto acceleratore nei processi per morti da amianto: storia di una "mistificazione concettuale"*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 2017, fasc. 6, pp. 21 ss.

Sul punto, la Cassazione nella sentenza in commento – considerando, in ogni caso, monofattoriale la patologia in esame – ritiene di non poter muovere censure alle argomentazioni addotte dalla Corte di merito rispetto all’adozione della teoria del c.d. effetto acceleratore; ne discende che risulta inevitabile – data l’impossibilità di individuazione del periodo di induzione, se non per mezzo di approssimazioni incoerenti con lo standard di giudizio richiesto per l’accertamento della responsabilità penale – la conclusione della mancanza di prova del nesso causale tra le esposizioni riconducibili ai singoli imputati ed il verificarsi dell’evento lesivo.

Paiono altresì condivisibili le argomentazioni che la Suprema Corte riporta per pervenire a tale soluzione, le quali si fondano – in realtà non senza contraddizioni²⁰ – sulla constatazione che, se anche si dovessero appianare le dispute circa l’effetto acceleratore del mesotelioma, il carattere probabilistico di tale teoria imporrebbe una successiva dimostrazione dell’accelerazione nella concreta vicenda processuale (elemento sostanzialmente impossibile da verificare allo stato attuale delle conoscenze)²¹.

²⁰ Due paragrafi dopo aver enunciato tale condivisibile principio, in particolare, la Corte, richiama la fondatezza della tesi, apparsa in un recente indirizzo giurisprudenziale (v. Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 2019, n. 25532, in *One Legale*), volta a ritenere sussistente il nesso causale – nonostante venga constatata l’impossibilità di risalire alle coordinate cronologiche del periodo di induzione della patologia – solamente nei casi di “unicità del garante”; ovvero nei casi in cui la posizione di garanzia rivestita dall’imputato coincida integralmente o quasi con la durata dell’attività lavorativa della vittima. Tale soluzione, tuttavia, pare prestare il fianco ad una particolare censura: così ragionando, l’attribuzione dell’evento ad un soggetto viene fondata su c.d. “nude statistiche”, ovvero essenzialmente sull’aumento di probabilità che l’etiopatogenesi sia stata accelerata da (quantomeno alcune) dosi di asbesto inalata nell’ambiente lavorativo, ma senza provare che tale accelerazione effettivamente vi sia stata. Utile, a proposito, ricordare l’esempio proposto da un noto autore il quale, volendo porre l’attenzione sulla necessaria individualizzazione del giudizio causale, immagina un caso in cui si abbiano due soggetti esplodenti rispettivamente 99 colpi e 1 colpo verso un altro soggetto. Verificato che la vittima è stata uccisa per l’incisione di un solo proiettile, sembrerebbe potersi asserire, con altissima probabilità, che il colpo mortale sia stato esploso dall’arma del primo soggetto. In realtà, solamente l’esame balistico risulta idoneo a provare dalla pistola di chi è stato esploso il colpo poi risultato mortale per la vittima. Così F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 304-305.

²¹ Cfr., tra gli altri, R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 231 ss.; G.P. ACCINNI, *Amianto: indennizzo delle vittime senza sacrificio degli innocenti?*, cit., pp. 1513 ss. il quale precisa che «*perfino a volersi ipotizzare (in linea strettamente teorica) l’assenza di qualsivoglia discussione scientifica in ordine all’effettiva incidenza causale sul processo cancerogenetico di ogni esposizione ricadente nel periodo di induzione, siffatta circostanza non sarebbe (in ogni caso) di per sé sufficiente a ritenere risolto il problema causale quando appunto “durante il periodo di esposizione rilevante sia necessario distinguere sub-periodi in dipendenza dell’avvicinarsi di diversi garanti, perché in tal caso è necessario poter affermare che proprio nel sub-periodo in considerazione si è determinata (l’insorgenza o) la ulteriore evoluzione del processo morboso”*». Di opposta opinione pare essere, invece, S. TORDINI CAGLI, *Esposizione ad amianto, leggi scientifiche ed accertamento del nesso causale: ancora nessuna certezza*, in *Arch. pen.*, 2018, fasc. 1, pp. 6 ss., la quale ritiene che «*è evidente come ammettere la dose-dipendenza della malattia ha come conseguenza plausibile la possibilità di considerare tutte le dosi influenti sull’evento finale, quanto meno nei termini di una riduzione dei tempi di latenza o di una accelerazione dell’evento malattia o morte (c.d. effetto acceleratore). In tal caso tutte le esposizioni, successive ma anche preesistenti a quella innescante, potrebbero quanto meno avere valore di concause e, dunque, tale valore potrebbero avere tutte le condotte che nel corso del tempo non hanno eliminato o comunque ridotto le esposizioni. E ciò a prescindere dalla possibilità di individuare il tempo esatto della dose innescante, quindi il c.d. tempo di induzione*». Sul punto v. anche S. ZIRULIA, *Mesotelioma da amianto e prova della causalità individuale: a volte è possibile*, in *Sistema Penale*, 2020.

Al solo fine di fornire un contributo di completezza, giova rammentare come in giurisprudenza si sia tentato di individuare il *failure time*²² – così considerando etiologicamente responsabili tutti i garanti precedenti allo stesso – sottraendo la durata media della latenza clinica della patologia (cioè del tempo intercorrente tra la fine del periodo di induzione e l’insorgenza della prima cellula tumorale) al momento della sua diagnosi. Tale soluzione risulta aver ricevuto alterne fortune nella giurisprudenza di legittimità: alcune pronunce l’hanno avallata²³, mentre altre, più coerentemente, ne hanno negato la legittimità evidenziando come la medesima – oltre a non basarsi su di un solido fondamento scientifico – origini da nude aggregazioni statistiche, da sole insufficienti a dimostrare la verifica dell’effetto acceleratore nel caso concreto²⁴.

Pare, in ogni caso, che lo sforzo di individuare il periodo di induzione, all’interno del quale *tutte* le esposizioni ad asbesto dovrebbero avere efficacia causale sul decorso etiologico della patologia, seppur permetterebbe di considerare oggettivamente responsabili tutti i garanti in carica in quell’arco di tempo, altro non sia che un tentativo, difficilmente percorribile allo stato attuale delle conoscenze, di reperire, a partire da una legge scientifica probabilistica, una legge scientifica universale²⁵.

Su di un piano più strettamente dogmatico, poi, sembra opportuno osservare che il sindacato circa l’avvenuta accelerazione nel caso concreto introduca un nuovo paradigma di accertamento della causalità individuale o probabilità logica volto, in particolare, a valutare non tanto se l’evento si sarebbe o meno verificato, ma se si sarebbe verificato in epoca successiva²⁶. Il medesimo paradigma mostrerebbe, quindi, la necessità di accertare la causalità individuale non più mediante un procedimento “in negativo” di esclusione dei fattori causali alternativi, bensì per mezzo di un accertamento “in positivo” consistente nell’individuazione di informazioni cronologiche ovvero della presenza dei fattori (i quali dovrebbero essere necessariamente noti) che nell’esposizione accelerano il processo.

²² Viene definito *failure time* il momento segnante la fine del periodo di induzione e l’inizio della fase di latenza clinica, superato il quale a nulla più rilevano – secondo la teoria dell’effetto acceleratore – le successive esposizioni ad asbesto sull’etiopatogenesi tumorale.

²³ Cfr. Cass. Pen. Sez. III, 5 ottobre 2017, n. 4560, in *One Legale*; Cass. Pen. Sez. III, 19 dicembre 2014, n. 3951, in *One Legale*. Pare aprire a questa possibilità anche la: Cass. Pen., Sez. III, 7 ottobre 2020, n. 10209, in *One Legale*.

²⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 8 luglio 2021, n. 44943, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 29 ottobre 2020, n. 34341, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 2019, n. 25832, in *One Legale*; Sez. IV, 8 ottobre 2019, n. 43665, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 17 gennaio 2018, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 15 maggio 2018, n. 46322, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 21 settembre 2016, n. 5273, in *One Legale*; Cass. Pen. Sez. IV, 3 novembre 2016, n. 12175, in *One Legale*. Sul punto v. S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., pp. 84 ss.

²⁵ Cfr. S. ZIRULIA, *Mesotelioma da amianto e prova della causalità individuale: a volte è possibile*, cit.; S. ZIRULIA, *Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene (tra l’altro) sui criteri di selezione della “scienza nuova”, Sistema Penale*, 2020.

²⁶ Cfr. S. ZIRULIA, *Mesotelioma da amianto e prova della causalità individuale: a volte è possibile*, cit.

Tenta di risolvere, poi, le incertezze concernenti l' idoneità delle esposizioni ad asbesto successive a quella iniziatrice di accelerare il decorso del mesotelioma chi propone l' applicazione a questi casi del paradigma della c.d. causalità addizionale. Valorizzando, infatti, il dato secondo cui anche solo una fibra di amianto risulta suscettibile di fungere da fattore iniziatore della patologia, i sostenitori di questa teoria ritengono possibile accertarne il nesso di causalità con le esposizioni simultanee o di poco successive rispetto a quella promotrice²⁷.

Nondimeno, la mancata considerazione dell' evento *hic et nunc* verificatosi (bensì di un evento generico)²⁸, il troppo ampio margine di discrezionalità lasciato al giudice nell' individuazione delle condotte “di poco successive”, nonché l' impossibilità di individuare con ragionevole certezza il momento di inizio del periodo di induzione (ben potendo, questo, non corrispondere con la prima esposizione alla sostanza) portano a ritenere non condivisibile il predetto orientamento.

Anche da un punto di vista logico, poi, tale orientamento pare non possa andar esente da critiche: concettualmente diverso è, infatti, immettere più dosi di veleno in un bicchiere ed attendere che la vittima le assuma contestualmente, dal caso in cui un soggetto venga costretto ad assumere diverse dosi di veleno a distanza ravvicinata e da diversi soggetti. Nel primo caso, infatti, l' effetto lesivo cumulativo di tutte le singole dosi si esplica in un determinato istante e sinergicamente; nel secondo, invece, le singole dosi agiscono (*rectius*, nel caso di esposizione ad asbesto, risultano idonee ad agire) singolarmente, anche se a distanza di un brevissimo arco di tempo l' una dall' altra.

(ii) La Suprema Corte prosegue confrontandosi con i casi di tumore polmonare o alla laringe occorsi, in particolare, in capo a due lavoratori dello stabilimento del Petrolchimico ove si sono svolti i fatti oggetto della vicenda processuale in esame.

Rispetto ad entrambi, la Cassazione ritiene di dover condividere le conclusioni a cui era pervenuta la Corte bolognese, la quale aveva escluso che nel caso concreto – essendo stati i soggetti, seppur in misura diversa, ambedue fumatori – il tabagismo potesse essere considerato irrilevante sul piano etiologico ovvero quale mero fattore concausale sul prodursi delle predette patologie tumorali; tanto più che rispetto ad un lavoratore non erano stati riscontrati corpuscoli di amianto o corpi ferruginosi nei polmoni, e, rispetto all' altro, la percentuale di fibre rilevata era risultata di molto inferiore a quella che, secondo i criteri di Helsinki, determinerebbe il raddoppio del rischio di comparsa del tumore.

²⁷ L. SIRACUSA, *Causalità e colpa nell' esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra “caos” e “logos”*, cit., pp. 1001 ss.

²⁸ R. BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un' indagine giurisprudenziale*, cit., pp. 28-29.

Anche in questo caso pare che il ragionamento sviluppato dai giudici tanto di merito quanto di legittimità risulti immune da particolari censure, anche se qualche puntualizzazione, con riguardo ad alcuni profili su cui la pronuncia in commento tace, risulta meritevole di essere approfondita.

In primo luogo, nei casi di verifica di patologie quali quelle in esame – su cui pare esservi una convergenza a livello scientifico circa la mancata notorietà di tutte le cause iniziatrici del processo etiopatologico – l'interprete si trova innanzi alla questione or ora richiamata relativa alla possibilità di giungere ad una corretta attribuzione oggettiva dell'evento solamente mediante l'esclusione dei fattori causali noti al momento del giudizio²⁹.

In secondo luogo, anche immaginando di poter dissolvere tali dubbi – come pare implicitamente potersi ricavare dalla pronuncia in esame – mediante la possibile esclusione delle sole cause conosciute al momento del giudizio, difficile risulterebbe poter escludere l'incidenza nel caso concreto di fattori causali alternativi (e di quantomai frequente rilievo nelle concrete vicende processuali), quale, ad esempio, il fumo di sigaretta³⁰: è questa, infatti, la conclusione a cui la Suprema Corte perviene nel giudizio *de quo*.

In terzo luogo, spostando l'attenzione – similmente a quanto avviene nei casi di insorgenza di mesotelioma pleurico – sull'effetto acceleratore dell'asbesto nell'etiopatogenesi tumorale, risulta evidente come l'impossibilità di accertare che nel caso concreto tale accelerazione – desumibile, non senza incertezze, da una legge scientifica probabilistica – sia avvenuta, precluda la possibilità di pervenire ad un corretto accertamento del nesso etiologico.

Un tentativo di superare le criticità relative all'esclusione dei fattori causali alternativi – che i ricorrenti tentano di richiamare nella vicenda in esame³¹ – è stato proposto da chi osserva come

²⁹ V. note 13-14. Ritiene preclusa la prova del nesso causale rispetto alle condotte di esposizione ad amianto, in quanto impossibilitata *ab initio*, R. BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, cit., p. 29.

³⁰ Viene correttamente osservato in dottrina come tale esclusione sia «una circostanza che dall'accusa deve essere provata, non soltanto asserita, perché altrimenti si darebbe vita ad un'inversione dell'onere probatorio che... è inammissibile nel processo penale». Così F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 294. Sulla necessità di prova dell'esclusione delle cause alternative v. anche A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, cit., pp. 378-379; A. MANNA, *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cassazione Penale*, 2009, fasc. 9, pp. 3640-3641. Appaiono, infatti, tesi volte semplicemente ad alleggerire l'onere probatorio a carico dell'accusa quelle che contrastano con tale principio. *Contra*: L. SIRACUSA, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra "caos" e "logos"*, cit., pp. 992 ss., la quale ritiene che «il fatto che in tali situazioni non sia stata conseguita la prova della presenza di cause «altre» rispetto all'azione umana – aventi un ruolo al pari o più di essa preponderante nel cagionamento dell'evento –, non impedisce la formulazione del giudizio causale, atteso che tutto ciò che resta ignoto in processo deve assumersi come «pre-dato». Le circostanze concrete non conosciute e non conoscibili da parte del giudice infatti, proprio perché intrinsecamente estranee al thema decidendum, non possono venire in rilievo ai fini del giudizio causale».

³¹ Il collegio, tuttavia, ritiene di non potersi esprimere sulla validità di tale teoria in quanto l'adozione di una teoria scientifica diversa da quella assunta come base del giudizio causale nella pronuncia di merito consisterebbe in un giudizio esorbitante rispetto alla possibile estensione del sindacato di legittimità.

dall'effetto sinergico tra fumo di sigaretta ed amianto sia possibile dedurre un aumento del rischio di contrazione della patologia³².

Come noto, tuttavia, tale elaborazione ermeneutica si inserisce nell'accertamento della causalità generale; di tal che sarebbe necessario, in sede di causalità individuale, provare che in assenza dell'esposizione al fattore di rischio "asbesto" la malattia non sarebbe insorta, ovvero che, ricavando da tale teoria un aumento del rischio di accelerazione del decorso di etiopatogenesi³³, l'accelerazione nel caso di specie si sia effettivamente avuta³⁴; entrambi accertamenti evidentemente impossibili allo stato attuale delle conoscenze.

iii) Il Collegio, infine, valuta i ricorsi proposti dagli imputati (in appello condannati per il delitto di lesioni colpose aggravate dalla violazione delle norme contro gli infortuni sul lavoro) per lo sviluppo dell'asbestosi da parte di un lavoratore³⁵.

Nonostante riconosca di dover pervenire ad una assoluzione per l'essersi il reato estinto per prescrizione, la Corte di legittimità conferma, nel resto, il percorso argomentativo – sul piano sia oggettivo sia soggettivo – che aveva condotto i giudici di merito a ritenere responsabili gli imputati con riguardo alla poc'anzi richiamata imputazione.

In particolare, il Supremo Consesso dichiara infondati i ricorsi degli imputati, che evidenziavano come l'esposizione all'amianto del lavoratore poi ammalatosi di asbestosi fosse inidonea a raggiungere le soglie minime di fibre per cc/anno contenute nel Protocollo di Helsinki, sulla base della distinzione – pressoché costantemente richiamata in dottrina ed in giurisprudenza – tra probabilità statistica e probabilità logica.

³² Il richiamo è alla teoria del c.d. effetto sinergico tra fumo di sigaretta ed esposizioni ad asbesto. Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 24 maggio 2012, n. 33311, in *One Legale*; Cass., Pen., Sez. IV, 29 novembre 2004, n. 7630, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 9 maggio 2003, n. 37432, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 30 marzo 2000, n. 5037, in *One Legale*. Sul punto v. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, cit., p. 375.; S. VITELLI, *La tematica causale con particolare riguardo ai rapporti fra amianto e carcinoma polmonare in lavoratori fumatori*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4, pp. 81 ss.; CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., pp. 312 ss.

³³ Cfr. in giurisprudenza: Cass. Pen., Sez. IV, 21 novembre 2014, n. 11128, in *One Legale*; Cass. Pen. Sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 20227, in *One Legale*; Cass., Pen., Sez. IV, 29 novembre 2004, n. 7630, in *One Legale*; Cass. Pen. Sez. IV, 17 settembre 2002, n. 988, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 9 maggio 2003, n. 37432, in *One Legale*. In dottrina: S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., p. 68 ss.; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 236-237. *Contra*: A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, cit., p. 375 il quale solleva dubbi sull'accorciamento del tempo di latenza della malattia.

³⁴ Richiede la presenza di concreti segnali dell'accorciamento della latenza: Cass. Pen., Sez. IV, 8 luglio 2021, n. 44943, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 28 marzo 2013, n. 30206, in *One Legale*. Paiono, invece, non richiederlo: Cass. Pen., Sez. IV, 21 novembre 2014, n. 11128, in *One Legale*; Cass. Pen. Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 35309, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 24 maggio 2012, n. 33311, in *One Legale*; Cass. Pen. Sez. IV, 22 marzo 2012, n. 24997, in *One Legale*; Cass. Pen. Sez. IV, 19 aprile 2012, n. 46428, in *One Legale*; Cass. Pen. Sez. IV, 04 maggio 2011, n. 33734, in *One Legale*.

³⁵ L'applicazione della disposizione di cui al co. 3 dell'art. 590 c.p. alle malattie professionali viene tanto indiscussamente fatta propria in giurisprudenza – mediante l'enucleazione del concetto di malattia-infortunio – quanto fortemente criticata in dottrina per il suo evidente contrasto con il divieto di interpretazione analogica in *malam partem*. Così D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., p.

Se anche – asseriscono i giudici di legittimità – la legge scientifica posta alla base del giudizio causale si caratterizzasse per l’aver coefficienti statistici medio-bassi (come nel caso di specie), ad una corretta attribuzione oggettiva dell’evento potrebbe pervenirsi mediante l’esclusione di tutti i fattori causali alternativi suscettibili di aver portato alla verifica dell’evento; di tal che, rilevato che l’asbestosi è causalmente connessa a tutte le esposizioni ad amianto (ognuna delle quali ne abbrevia il decorso etiopatogenetico), ogni garante rimasto in carica – a prescindere dalla durata – nell’arco della vita lavorativa della vittima deve considerarsi responsabile per la verifica dell’evento lesivo³⁶.

A ben vedere, tuttavia, seppur paiono condivisibili gli esiti del giudizio causale a cui perviene la pronuncia in commento, si ritiene che ad essi debba giungersi mediante argomentazioni che prescindono dalla distinzione tra probabilità statistica e logica strettamente intese e così come richiamate dalla stessa Corte.

Se, infatti, il carattere monofattoriale dell’asbestosi³⁷ esclude a monte la questione dell’eliminazione dei fattori causali alternativi poiché, una volta insorta, è sicuro che essa origini dall’inalazione di asbesto, diversi possono essere i fattori suscettibili di accelerarne il decorso etiologico³⁸.

Vero è che la legge scientifica posta alla base della correlazione tra l’insorgere della patologia e l’amianto è di natura probabilistica (non tutti i soggetti esposti al fattore di rischio, infatti, contraggono la malattia)³⁹, ma la sussistenza di una legge scientifica universale che qualifica ogni

³⁶ Pervengono alla medesima soluzione: Cass. Pen., Sez. IV, 28 marzo 2013, n. 30206, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 19 aprile 2012, n. 46428, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *One Legale*, Cass. Pen., Sez. IV, 15 maggio 2009, n. 41782, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 29 ottobre 2008, n. 47380, in *One Legale*. *Contra*: Cass. Pen., Sez. IV, 28 marzo 2013, n. 30206, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 29 ottobre 2008, n. 47380, in *One Legale*, le quali hanno escluso la responsabilità dei garanti rimasti in carica per brevi periodi (rispettivamente 6 e 10/14 mesi) ritenendo le esposizioni avvenute in questi archi di tempo inidonee ad incidere significativamente sui tempi e/o sulle modalità di verifica di un evento comunque destinato ad avverarsi.

³⁷ Cfr. S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., pp. 67-68. A parere di A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d’impresa ai crimini internazionali*, cit., p. 370 questa rappresenta l’unico tipo di patologia suscettibile, *ex post*, di portare ad un esito positivo dell’accertamento del nesso causale e, di conseguenza, ad una possibile condanna per l’imputato. È su quest’ultima opinione che pare essersi – salvo rare eccezioni – imposta la giurisprudenza negli ultimi anni. Così A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d’impresa ai crimini internazionali*, cit., p. 370. In questo senso v. anche A. VALLINI, *Il caso del Petrolchimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e nesso di causalità*, cit., pp. 45-46 secondo il quale risulta difficile, oggi, pensare ad un processo imbastito su malattie non univocamente correlate ad una sostanza tossica. Da segnalare, tuttavia, in senso opposto: Cass. Pen., Sez. IV, 20 gennaio 2020, n. 12151, con nota di S. ZIRULIA, *Mesotelioma da amianto e prova della causalità individuale: a volte è possibile*, cit.; Cass. Pen., Sez. III, 7 ottobre 2020, n. 10209, con nota di S. ZIRULIA, *Malattie professionali da amianto: la Sezione III della Cassazione annulla le assoluzioni nel caso Montefibre-bis*, cit.

³⁸ Tipico è l’esempio del fumo di sigaretta. Così R. BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un’indagine giurisprudenziale*, cit., pp. 26 ss.

³⁹ Nell’opinione di F. D’ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., pp. 337 ss. questi sono gli unici casi in cui risulta possibile pervenire ad un corretto accertamento causale in presenza di una legge scientifica probabilistica seppur risulti mancante la conoscenza di tutti gli anelli causali intercorrenti

esposizione ad asbesto come etiologicamente rilevante per la verifica dell'evento lesivo *hic et nunc* impone di considerare responsabili tutti i garanti succedutisi nell'arco della vita lavorativa della vittima⁴⁰.

Ragionevole risulta, allora, l'osservazione, a cui perviene anche la pronuncia in commento, secondo cui sul piano oggettivo non può assumere rilievo il tempo in cui un determinato soggetto è rimasto in carica, perché, anche nel caso in cui questo fosse stato estremamente breve, avrebbe comunque contribuito ad incidere sul decorso etiologico della patologia. L'esclusione della responsabilità per tali garanti andrà, piuttosto, ricercata sul piano della colpa, e probabilmente nell'assenza della c.d. colpevolezza colposa, ovvero verificando se il comportamento alternativo lecito, valutato alla stregua del parametro dell'agente modello, poteva dirsi in concreto esigibile da parte del soggetto persona fisica⁴¹.

3. La corretta (e unanime) criteriologia per la scelta della legge scientifica di copertura: un obiettivo irraggiungibile?

Un altro profilo a cui la pronuncia in commento riserva particolare attenzione, e che sovente emerge nei processi relativi ai *toxic cases*, riguarda il ruolo del giudice nei casi in cui non vi siano certezze nella comunità scientifica in ordine ai meccanismi causali di spiegazione dell'evento.

Noti sono, infatti, i dubbi circa la reale portata esplicativa della teoria dell'effetto acceleratore del mesotelioma pleurico, i quali si stagliano sia sulla sussistenza di un'accelerazione della patologia a livello di popolazione, sia, *a fortiori*, sulla prova della stessa nei singoli soggetti esposti: teoria che viene ricondotta – nei casi in cui è ritenuta sussistente (anche se non all'unanimità⁴²) – ad uno specifico arco di tempo, al termine del quale a nulla rilevano le esposizioni successive⁴³.

tra la condotta e l'evento. Non lo ritiene, invece, possibile F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., pp. 333 ss.

⁴⁰ Ciò, in realtà, seppure nella manualistica ed in giurisprudenza venga spesso inquadrato tra gli effetti della dose-dipendenza della patologia, andrebbe, più opportunamente, valorizzato nell'ambito della "doppia funzione" (di innesco e accelerazione) del medesimo fattore. La dose-dipendenza della patologia tecnicamente, infatti, si riferisce all'aumento del rischio di insorgenza della medesima all'aumentare delle esposizioni alla sostanza, e non alla funzione acceleratrice delle dosi successive a quella iniziatrice.

⁴¹ Per un'analisi approfondita sul tema della colpa, con particolare attenzione alla c.d. colpevolezza colposa, a cui spesso viene attribuito un ruolo marginale nella ricostruzione normativa della colpa, v. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009; D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir., I tematici*, II, *Il reato colposo*, dir. da M. DONINI, Milano, 2021, pp. 200 ss., in part. pp. 224 s., 226 ss.

⁴² Nel processo in esame da una parte civile viene, infatti, proposta una tesi scientifica – qualificata come maggiormente accreditata – volta a superare la c.d. teoria multistadio del mesotelioma, in base alla quale non avrebbe rilievo la distinzione tra la fase di induzione e quella di latenza, dovendosi ritenere, di contro, tutte le esposizioni etiologicamente rilevanti per lo sviluppo della patologia.

⁴³ Analizzando approfonditamente tutti gli studi scientifici richiamati nei processi in esame, perviene ad una conclusione

Conscia delle problematiche che sarebbero derivate nel caso in cui si fosse riconosciuta l'impossibilità, nelle situazioni prospettate, di pervenire ad una sentenza di condanna da parte del giudice⁴⁴ – conclusione che avrebbe permesso anche ad un minimo dubbio sul sapere scientifico di precludere l'accertamento della responsabilità dell'imputato – la Suprema Corte, con la pronuncia Cozzini (vero e proprio *leading case* in materia), ha adottato una posizione più sfumata. Si è infatti individuato nel giudice un mero fruitore del sapere scientifico, rimettendo, al tempo stesso, al giudice di merito la scelta sul sapere scientifico applicabile alla luce di alcuni criteri che vengono enunciati nella sentenza medesima⁴⁵, in tal modo qualificandolo quale “custode del metodo scientifico”⁴⁶.

Ciò nonostante si ravvisa una disarmante contraddizione nelle pronunce successive alla Cozzini, le quali, pur facendosi tipicamente portavoce dei principi e della criteriologia in tale precedente enunciati, pervengono a risultati diametralmente opposti circa la possibile adozione della teoria dell'effetto acceleratore del mesotelioma⁴⁷. Nondimeno, la giurisprudenza di legittimità pare non avvedersi di tale situazione – evidentemente lesiva del principio di uguaglianza per gli imputati – , bensì osserva che in seno alla medesima non sia dato individuare una esplicita e motivata contrapposizione al modello epistemologico enunciato nella sentenza Cozzini⁴⁸.

Al fine di dirimere il contrasto di vedute sulla sussistenza del c.d. effetto acceleratore nell'attuale momento storico, alcuni autori sono arrivati ad auspicare un intervento delle Sezioni Unite,

di “rigetto” della teoria dell'effetto acceleratore M. MASPERO, *Quando la scienza è “muta” rispetto al diritto penale. Ancora riflessioni sul contrasto fra esperti in tema di mesotelioma da amianto*, cit., pp. 268 ss. Sul punto v. anche S. ZIRULIA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 3, pp. 1301 ss.

⁴⁴ A parere di R. BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, cit., p. 21 questa dovrebbe essere la conclusione se si ragionasse in termini rigorosi.

⁴⁵ Sono tali: «*gli studi (che sorreggono la teoria). Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha riguardato l'elaborazione dello studio, focalizzata sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica... il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica*». Così Cass. Pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, in *De Jure*.

⁴⁶ Sul punto v. R. BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, cit., pp. 22-23; G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 2017, fasc. 2, pp. 27 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Esposizione ad amianto, leggi scientifiche ed accertamento del nesso causale: ancora nessuna certezza*, in *Arch. pen.*, 2018, fasc. 1, pp. 8 ss.; M. ROMANO, F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, cit., p. 1141.; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., pp. 91 ss.; S. ZIRULIA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto. Riflessioni per un rinnovato dibattito sul c.d. effetto acceleratore nei casi di morte per mesotelioma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 3, pp. 1314 ss.

⁴⁷ Cfr. S. TORDINI CAGLI, *Esposizione ad amianto, leggi scientifiche ed accertamento del nesso causale: ancora nessuna certezza*, cit., p. 22; M. ROMANO, F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, cit., p. 1144.; R. BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, cit., p. 24.; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., p. 94.

⁴⁸ Sul punto v. S. M. TORDINI CAGLI, *Esposizione ad amianto, leggi scientifiche ed accertamento del nesso causale: ancora nessuna certezza*, cit., p. 19 ss.

osservando come, in primo luogo, la scelta della legge scientifica di copertura rilevi in un momento precedente rispetto all'accertamento della sua concretizzazione; e, in secondo luogo, che un siffatto pronunciamento consentirebbe di «*orientare le scelte, prima ancora che della giurisdizione di volta in volta investita dei processi, della stessa magistratura requirente*»⁴⁹, con chiaro conseguente risparmio dei tempi della macchina giudiziaria.

Davanti a queste istanze il Supremo Consesso aveva prontamente reagito – non senza suscitare perplessità in dottrina – evidenziando come un giudizio di legittimità risulterebbe sia strutturalmente inidoneo a giudicare della validità di una legge scientifica⁵⁰, sia essenzialmente superfluo, non possedendo, nemmeno le Sezioni Unite, proprie certezze in ordine all'affidabilità della scienza⁵¹.

Meritevoli di attenzione risultano, tuttavia, le osservazioni proposte sul tema da chi, individuando un *vulnus* nelle motivazioni della giurisprudenza di legittimità, riterrebbe giustificata una pronuncia delle Sezioni Unite nel caso in cui l'oggetto della stessa non dovesse consistere tanto in una verifica della validità della teoria dell'effetto acceleratore, quanto, piuttosto, nel sufficiente radicamento in seno alla comunità scientifica della medesima.

Sul punto, in ogni caso, la pronuncia in commento pare conformarsi – quantomeno nelle intenzioni – ad un recente orientamento giurisprudenziale che, seppur esplicitando il proprio ossequio al catalogo di criteri enunciati dal precedente Cozzini, finisce per attribuire un ruolo primario, nonché sostanzialmente dirimente, a quello del grado di consenso che la medesima riscuote tra gli esperti in senso “negativo”, ovvero per escludere la responsabilità dell'imputato⁵².

Nondimeno, se da un lato il Collegio riconosce che la presenza di un “serio dubbio” in seno alla comunità scientifica sul sapere posto alla base del giudizio causale dovrebbe sempre condurre all'assoluzione dell'imputato, non potendo ravvisarsi, in tali ipotesi, uno standard di certezza paragonabile a quello richiesto dall'art. 533 c.p.p.; dall'altro considera esente da censure le motivazioni che spingono la Corte di merito ad adottare la tesi dell'effetto acceleratore, in merito alla validità della quale, nell'attuale momento storico, pare gravare un dubbio più che “serio” tra gli esperti del settore⁵³.

⁴⁹ M. ROMANO, F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, cit., p. 1144.

⁵⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 3 novembre 2016, n. 12175, in *One Legale*.

⁵¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, in *De Jure*.

⁵² Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 7 aprile 2021, n. 32860, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 10 novembre 2017, n. 55005, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2017, n. 16715, in *One Legale*; Cass. Pen., Sez. IV, 15 maggio 2018, n. 46392, in *One Legale*. Sul punto v. S. ZIRULIA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto*, cit., pp. 1311 ss. il quale giustifica la tesi in esame alla luce della contraddizione presente nelle motivazioni della sentenza Cozzini.

⁵³ Sul punto v. approfonditamente M. MASPERO, *Quando la scienza è “muta” rispetto al diritto penale. Ancora riflessioni sul contrasto fra esperti in tema di mesotelioma da amianto*, cit., pp. 268 ss. e S. ZIRULIA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto*, cit., pp. 1311 ss. Vero è che la Corte di legittimità deve limitarsi a giudicare della corretta applicazione dei criteri alla luce dei quali valutare la possibile assunzione di una

Ciò detto, anche se il percorso logico seguito dal Collegio per pervenire alla soluzione enunciata risulta non del tutto esente da critiche, pare che il generale orientamento a cui (quantomeno nelle intenzioni) il medesimo intende conformarsi sia, in ultima analisi, da condividere⁵⁴. Nel caso in cui, infatti, si ritenesse di poter individuare alla stregua dei criteri enunciati dalla sentenza Cozzini la legge scientifica di copertura anche in situazioni di forte contrasto già a livello scientifico sulla validità della stessa, significativo diverrebbe il rischio di pervenire ad esiti processuali differenti per casi oggettivamente analoghi con conseguente violazione del principio di uguaglianza.

A nulla varrebbe, infatti, il tentativo di risolvere il contrasto venutosi a creare all'interno del processo mediante la nomina di un perito *ex officio* chiamato ad individuare la teoria maggiormente rispondente ai criteri dettati dal precedente Cozzini, ben potendo quello nominato in un successivo processo essere di opinione contraria al precedente⁵⁵.

Inevitabile sarà, quindi, in queste situazioni addivenire ad una esclusione della responsabilità dell'imputato fondata, però, non tanto sulla presenza di un dubbio da valutarsi a suo favore, quanto, piuttosto, per dar piena concretizzazione al principio di responsabilità per fatto proprio⁵⁶.

Opportuna risulta, tuttavia, una precisazione: l'adozione di tale teoria, che attribuisce valenza dirimente al criterio del grado di consenso nella comunità scientifica, soprattutto se declinata "in negativo", ovvero per escludere la responsabilità dell'imputato, necessita, al fine di evitare che si possa

legge scientifica a base per il giudizio etiologico, ma nel caso di specie difficile risulta asserire che vi sia stata una corretta applicazione degli stessi, soprattutto se si considera come prevalente il criterio del grado di consenso scientifico.

⁵⁴ Per una analisi della tesi v. S. ZIRULIA, *Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene (tra l'altro) sui criteri di selezione della "scienza nuova"*, cit.; S. ZIRULIA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto*, cit., pp. 1311 ss. Risulta opportuno evidenziare, tuttavia, come l'autore, nelle proprie intenzioni, sembri aderire alla tesi della prevalenza del grado del consenso sia "in positivo" (ovvero quando sia largamente sussistente) che in "negativo" (ovvero quando sia assente). Il medesimo ritiene, inoltre, possibile un intervento delle Sezioni Unite volto a risolvere il seguente quesito: «a fronte di un contrasto tra gli esperti intervenuti nel giudizio, il giudice deve sforzarsi di stabilire qual è la spiegazione attendibile (sempre che ve ne sia una), tenuto anche (ma non solo) conto del "grado di consenso" che ciascuna teoria riscuote nella comunità di riferimento? Oppure deve più semplicemente limitarsi a verificare se la contrapposizione tra gli esperti intervenuti è reale, cioè se riflette un dibattito serio e davvero esistente in seno alla comunità scientifica, ed in tal caso deve dichiarare che la prova della causalità non può essere raggiunta con un grado sufficiente di certezza?»

⁵⁵ Pare aderire a questa tesi, per i casi "intermedi" in cui il consenso non sia né largamente sussistente, né assente S. ZIRULIA, *Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene (tra l'altro) sui criteri di selezione della "scienza nuova"*, cit.; S. ZIRULIA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto*, cit., pp. 1316-1317.

⁵⁶ Cfr. R. BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, cit., pp. 24-25, il quale distingue questa situazione da quella in cui un dubbio in seno alla comunità scientifica non sia stata affrontata in diversi giudizi e con esiti opposti, ma si ponga al giudice per la prima volta. In questo secondo caso il medesimo ritiene ammissibile un vaglio da parte del giudice sulla teoria effettuato mediante la concretizzazione dei criteri Cozzini, anche se con due accorgimenti. «Da un lato, – osserva l'autore – appare evidente che se già all'interno degli stessi gradi del procedimento si viene a creare un contrasto, la Cassazione non può che prendere atto dell'incertezza esplicita. Inoltre, per controbilanciare possibili condanne contraddette da successive scoperte scientifiche, si potrebbe pensare a una ipotesi di revisione del processo pro reo nel momento in cui l'incertezza scientifica risulta essere – per così dire – successivamente confermata.

pervenire costantemente allo stesso esito processuale, di un attento vaglio da parte del giudice – qui sì alla luce di tutti i criteri enunciati dalla Cozzini – sulla “serietà” del dubbio introdotto nel processo e magari – fuori dai casi in cui la risoluzione al quesito si appalesi in tutta evidenza – mediante la nomina di un perito al quale solo su questo punto sia richiesto di esprimersi.

Solamente così, si crede, potrebbe venir data piena attuazione al principio di responsabilità penale per fatto proprio.

4. Concludendo: l'irragionevole connubio tra la responsabilità penale per reati di evento dannoso alle persone e toxic cases

Da quanto esposto pare emergere con assoluta chiarezza come una responsabilità penale, soprattutto per reati di evento dannoso alle persone, ad oggi sia impossibile da ottenere nell'ambito dei *toxic cases*, se non flessibilizzando – e, in ultima analisi, deformando – l'accertamento di istituti cardine quali il nesso causale e la colpa⁵⁷.

Non deve, infatti, sorprendere che gli altri paesi occidentali industrializzati abbiano da tempo abbandonato la via del diritto penale per la ricerca di modalità alternative di ristoro per le vittime dell'amianto⁵⁸.

Nondimeno, risuonano ancora, nella comune opinione, le parole, come di sconfitta, del Procuratore generale presso la Suprema Corte il quale, nella requisitoria finale del processo Eternit così si pronunciava: «*ci sono dei momenti in cui diritto e giustizia vanno da parti opposte; è naturale che le parti offese scelgano la strada della giustizia, ma quando il giudice è posto di fronte alla scelta drammatica tra diritto e giustizia non ha alternativa. Un giudice sottoposto alla legge tra diritto e giustizia deve scegliere il diritto*».

La grande attenzione mediatica che segue tali processi nel nostro paese, oltre che la “fame di giustizia” delle vittime, e la sovente ragionevole certezza – raggiunta mediante la predisposizione di studi epidemiologici – che una quantità di eventi lesivi siano etiologicamente ricollegabili a tale sostanza tossica spingono, così, la giurisprudenza⁵⁹ ed una parte di dottrina⁶⁰ a non “arrendersi” davanti

⁵⁷ Cfr., da ultimo, D. CASTRONUOVO, *Proiezioni multidirezionali del rischio: criticità nella tutela penale della salute e dell'ambiente*, cit., pp. 378-379 ss. il quale evoca – quale via alternativa e slegata dagli stringenti vincoli costituzionali che, al contrario, devono essere rispettati dal diritto penale – la possibilità di assicurare una congrua tutela all'incolumità (e all'ambiente) mediante meccanismi risarcitori ed indennitari.

⁵⁸ Sul punto v. G.P. ACCINNI, *Amianto: indennizzo delle vittime senza sacrificio degli innocenti?*, cit., pp. 1516 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Esposizione ad amianto, leggi scientifiche ed accertamento del nesso causale: ancora nessuna certezza*, cit., pp. 22-23; T. PADOVANI, *La tragedia collettiva delle morti di amianto e la ricerca di capri espiatori*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2015, fasc. 2, pp. 383 ss.

⁵⁹ V. nota 2.

⁶⁰ Il riferimento è, nello specifico a S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018; L.

alle questioni poc'anzi enunciate, ricercando, sempre nel settore penale, paradigmi diversi di imputazione ovvero promuovendo interpretazioni innovative di fattispecie tradizionalissime quali i reati di omicidio e lesioni.

Sebbene a modesto parere di chi scrive – sulla scorta peraltro della dottrina maggioritaria⁶¹ – queste ultime teorie non risultino condivisibili, non si può ugualmente escludere *in toto* un intervento del diritto penale in materia in ragione della particolare rilevanza dei beni giuridici in gioco.

Una soluzione *de lege ferenda* – atta a conciliare l'esigenza di tutela di interessi di rilievo primario con il rispetto dei canoni costituzionali vigenti in materia penale – potrebbe, ad esempio, individuarsi nell'introduzione di un *delitto di mera condotta e di pericolo per un numero indeterminato di persone*. Più in particolare, verrebbe a configurarsi una norma avente ad oggetto l'incriminazione di esposizioni di lavoratori, o terzi, a sostanze considerate come generalmente pericolose per la salute collettiva sulla base dei dati epidemiologici⁶².

Con l'anticipazione della soglia di punibilità sopra ipotizzata sarebbero di conseguenza risolte le problematiche inerenti all'accertamento del nesso causale, anche se ovviamente un arretramento siffatto della rilevanza penale verrebbe giocoforza a richiedere cornici di pena più basse rispetto a quelle previste per i reati di evento dannoso alle persone⁶³.

Solo così sarà possibile pervenire ad una condanna per i fatti di esposizione a sostanze tossiche nel rispetto dei canoni costituzionali

MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007; L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica. Perché nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d'evento*, in *Questione Giustizia*, 2017; L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca della qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in *Dir. pen. cont.-Riv.Trim.*, 2014, fasc. 3/4, pp. 343 ss.; F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.-Riv.Trim.*, 2013, fasc. 3, pp. 380 ss.

⁶¹ Per alcune critiche alle tesi dottrinali innovative prospettate in tema di accertamento causale, v. A. GARGANI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, cit., pp. 3-4.; A. PROVERA, «L'epidemiologia è importante ma non basta» per l'accertamento del nesso causale. Considerazioni a margine di una sentenza del GUP di Rovereto, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2015, fasc. 2, pp. 593 ss.; A. MANNA, *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, fasc. 9, pp. 3642-3643; P. ASTORINA MARINO, *Causalità e fragilità epistemica: spunti per una riflessione sul valore normativo e politico criminale dei limiti del diritto penale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2017, fasc. 2, pp. 458 ss.; A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, pp. 357 ss. Mostra dubbi anche D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., pp. 321-322.

⁶² Cfr. A. GARGANI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Leg. pen.*, 2016, p. 17. Ritengono, invece, opportuna l'introduzione di un reato di evento collettivo di danno qualificato dal pericolo per altri soggetti G. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 2, pp. 692 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali III*, Milano, 2010, pp. 703 ss.; in senso favorevole a questa tesi pare essere anche D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., p. 322.

⁶³ Cfr. A. GARGANI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, cit., p. 17.