



DPEI
n. 1/2024
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, Giuseppe Rotolo, Carlo Ruga Riva, Lucia Russo, Kolis Summerer, Vico Valentini

Comitato di redazione: Luca Baron, Ludovico Bin, Giorgia Bussolin, Gaetano Stefano Califano, Aurora Cangiotti, Giovanni Capozio, Francesco Contri, Rosemary De Maio, Laura De Stradis, Anna Francesca Masiero, Simona Metrangolo, Federica Raffone, Alessandro Sbarro, Emma Turetta

Bologna, luglio 2024

DPEI 1/2024

Rivista semestrale

SOMMARIO

Saggi e approfondimenti

Est modus in rebus: brevi e rapsodiche note sulla recente Proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione
di Gaetano Stefano Califano

p. 4

Intermediazione, somministrazione ed utilizzazione illecita di manodopera: le innovazioni in ambito penale apportate dal d.l. n. 19/2024
di Giovanni Capozio

p. 14

La lunga marcia del diritto penale tributario, dalla periferia al centro del sistema penale
di Federico Consulich

p. 19

La colpa datoriale per l'infezione da Covid-19: l'art. 29-bis quale "guida ragionevole" dell'interpretazione giurisprudenziale
di Cristiano Cupelli

p. 34

Istanze garantiste e necessità di tutela nella gestione dei rischi 'leciti': il caso della colpa generica
di Salvatore Dovero

p. 45

Il traffico illecito di rifiuti: un caso paradigmatico di disarmonia tra il tipo normativo e il tipo criminologico che ha animato il dibattito pubblico
di Enrico Giacomo Infante

p. 58

La responsabilità da reato dell'ente collettivo nel sistema italiano: bilancio e prospettive
di Vincenzo Mongillo

p. 68

Responsabilità degli enti e sistema sanzionatorio
di Valeria Torre

p. 94

Saggi e approfondimenti

Est modus in rebus: brevi e rapsodiche note sulla recente Proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione

di **Gaetano Stefano Califano**

Dottorando di ricerca in diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara

Sommario: 1. Obiettivi, metodo e contenuti della Proposta di direttiva. – 2. Spunti e rilievi critici.

1. Obiettivi, metodo e contenuti della Proposta di direttiva

Del maggio dello scorso anno è la notizia della presentazione, da parte della Commissione Europea, di un nuovo ed ambizioso “pacchetto” di misure sulla lotta alla corruzione, comprensivo di una Comunicazione congiunta – dal carattere prevalentemente programmatico – e di una amplissima Proposta di direttiva¹.

Resta dunque prioritaria, nel contesto della politica penale eurounionale, la volontà di arginare il fenomeno – *lato sensu*² – della corruzione, da sempre avvertito – soprattutto ma certamente non solo – come un grave ed ingombrante ostacolo per lo sviluppo e per la crescita economica dell'Unione Europea³.

¹ *Joint Communication of the European Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee) on the fight against corruption*, disponibile online al link: https://commission.europa.eu/publications/jointcommunication-fight-against-corruption_en; *Proposal for a Directive (of the European Parliament and of the Council) on combating corruption by criminal law, COM(2023), 234 final*, disponibile online al link: <https://home-affairs.ec.europa.eu/proposal-directive-european-parliament-and-councilcombating-corruption-criminal-law>.

² Discutere di “corruzione” nel contesto europeo e sovranazionale obbliga l'interprete ad un preliminare sforzo di, per così dire, “disambiguazione”. Ed infatti, la nozione “sovranazionale” di corruzione non abbraccia soltanto le tradizionali ipotesi criminose caratterizzate dal mercimonio illecito della pubblica funzione da parte del pubblico ufficiale (*bribery*), ma è concetto ben più ampio, identificabile in qualsiasi abuso di potere fiduciario finalizzato all'ottenimento di un vantaggio privato. Tale concetto (*corruption*), dunque, non ricomprende soltanto i delitti di corruzione *stricto sensu* intesi – e cioè, ad esempio, i nostrani artt. 318, 319 c.p. – ma interessa, altresì, tutte quelle fattispecie che determinano una sostanziale strumentalizzazione, da parte del soggetto agente, della propria funzione. Così si spiega la circostanza che – come più diffusamente si avrà modo di illustrare oltre – la Proposta di direttiva, oltre che per le tradizionali figure di corruzione pubblica, prevede specifici obblighi di incriminazione anche, ad esempio, per il peculato, per l'appropriazione indebita, per il traffico d'influenze illecite etc.

³ Anticipando la trattazione di un tema che meglio sarà approfondito nel prosieguo, basti ora segnalare come le preoccupazioni per gli effetti dannosi che i delitti di corruzione producono sull'economia e sul mercato unico dell'Unione europea rivestono un ruolo affatto centrale nell'ambito dei documenti in commento: e ciò vale sia per la Comunicazione congiunta – laddove, ad esempio, si riconosce come «la corruzione è un ostacolo alla crescita economica sostenibile che distrae risorse dai risultati produttivi, compromette l'efficienza della spesa pubblica e inasprisce le disuguaglianze sociali.

La Proposta di direttiva – documento al quale sono specificamente dedicate le presenti annotazioni – sorprende, anzitutto, per la sua notevole estensione: trattasi di un progetto di intervento regolativo, difatti, che non s’arresta alla definizione di svariate figure di reato ed alla previsione delle correlate sanzioni, ma che involge, altresì, fondamentali istituti di parte generale (circostanze, prescrizione etc.), la responsabilità delle persone giuridiche, nonché una cospicua congerie di disposizioni processuali.

Forse meno in grado di sorprendere, al contrario, è il tempismo della stessa Proposta, laddove si consideri la strettissima contiguità temporale di quest’ultima con – le parole sono tratte dal quotidiano *Le Figaro* – «di gran lunga la più grave vicenda politico-finanziaria che abbia infangato l’Assemblea di Strasburgo», e cioè il ben noto scandalo *Qatargate*⁴.

Un tempismo, questo, che sembra prestarsi a lettura quantomeno duplice: entusiastica l’una; l’altra – verso la quale, fors’anche per natura, riteniamo di dover propendere – realistica e certo maggiormente disincantata. Ed infatti, se, per un verso, la desta reazione della Commissione restituisce una immagine “proattiva” dell’Unione Europea, intransigente e severa nella lotta alla corruzione, meno edificante, per altro verso, a noi pare l’evidente assegnazione – certo non infrequente, ma non per questo legittima – al diritto penale di una indebita funzione simbolico-comunicativa, che, distorcendone le naturali funzioni, ne intorbida la stessa essenza.

Al netto di più o meno indebiti simbolismi, le ragioni dell’intervento paiono, invece, almeno in parte condivisibili. A mezzo della Proposta, in effetti, s’intende ripensare – aggiornandolo – l’*acquis* comunitario in materia di lotta alla corruzione: una regolazione, cioè, oramai datata, nonché disomogenea e frammentaria⁵.

A questo fine – si legge nel documento – varie le strade che, dal punto di vista metodologico, si profilavano innanzi alla Commissione: a) una azione non legislativa a livello dell’UE o a livello nazionale; b) una Proposta che recepisce le disposizioni della Convenzione di Mérida (UNCAC)⁶; c) una Proposta che recepisce le disposizioni della Convenzione di Mérida, ma al contempo ne superasse – a breve spiegheremo in che termini – in parte le previsioni; d) una Proposta che definisse autonomamente i diversi elementi di tutti i possibili reati di corruzione, nonché i requisiti di misure preventive come le norme sull’attività di *lobbying* e i conflitti di interessi⁷.

Ostacola il funzionamento efficace e regolare del mercato unico, crea incertezze nel fare impresa e frena gli investimenti»; sia per la Proposta di direttiva, che rivela come «per la sua stessa natura la corruzione è un fenomeno difficile da quantificare, ma finanche stime prudenziali indicano che il suo costo per l’economia dell’Unione è pari ad almeno 120 miliardi di EUR all’anno».

⁴ A. ROVAN, *L’onde du choc du «Qatargate» ébranle le Parlement européen*, in *Le Figaro*, disponibile online al link: <https://www.lefigaro.fr/international/soupcous-de-corruption-le-parlement-europeen-perquisitionne-ce-lundi-20221212>.

⁵ Così, L. SALAZAR-F. CLEMENTUCCI, *Per una nuova anticorruzione europea: eu-rbi et orbi*, in *SP*, 7-8, 2023, p. 70 e ss.

⁶ *United Nation Convention against Corruption*, 31 october 2003.

⁷ P. 15 proposta di direttiva.

Tra simili strategie d'intervento, la Commissione opta per la via, per così dire, “mediana” (punto c): sceglie, cioè, di modellare la Proposta sulla scorta della Convenzione di Mérida, andando allo stesso tempo oltre gli obblighi di incriminazione dalla stessa previsti.

Ed infatti – come a diverso riguardo abbiamo già avuto modo di precisare⁸ –, la Convenzione di Mérida, sotto il profilo del grado di vincolatività delle relative disposizioni, staglia nitidamente la distinzione tra c.d. “*mandatory offences*” – e dunque reati per i quali sussiste un obbligo cogente di incriminazione per gli Stati firmatari – e reati, c.d. “*non mandatory offences*”, per i quali lo strumento pattizio delinea una mera facoltà per gli Stati di procedere alla criminalizzazione, una mera raccomandazione – vale a dire – a prenderne in considerazione la previsione⁹.

La Proposta di direttiva mira, in buona sostanza, al superamento della descritta dicotomia, puntando – ed in questo essenzialmente sta il *novum* dell'intervento – a sancire obblighi di penalizzazione per quelle incriminazioni che, nell'ambito della Convenzione di Mérida, erano concepite come meramente “facoltative”, e che – con semplificazione funzionale ad un più rapido decorrere – corrispondono a quelle fattispecie, per così dire, “ancillari” rispetto ai reati di corruzione in senso stretto, e cioè, tra le altre, l'abuso d'ufficio, il traffico d'influenze illecite etc.

Opzione metodologica, dunque, decisamente conservativa, ma non per questo immune da rischi: il risultato della scelta di foggare il progetto normativo sul paradigma di Mérida è che, proprio di simile Convenzione, la Proposta ripete – la dottrina lo ha lucidamente evidenziato¹⁰ – specularmente vizi e virtù, sui quali focalizzeremo l'attenzione nel secondo paragrafo del presente scritto.

Ciò chiarito sotto il profilo degli obiettivi e del metodo, pare ora opportuno considerare – pur telegraficamente e senza alcuna pretesa di esaustività – gli aspetti contenutistici, afferenti al diritto penale sostanziale, maggiormente caratterizzanti la Proposta; documento – giova premettere alla trattazione delle singole disposizioni – le cui basi giuridiche sono state individuate dalla Commissione negli artt. 83 (par. 1), 83 (par. 2) e 82 (par. 1-d) del TFUE.

Ancor prima di entrare nel merito delle disposizioni specificamente penalistiche, vale la pena però di segnalare una significativa novità – appunto, “extrapenale” – nel panorama della disciplina europea in materia di corruzione: alle consuete norme di carattere definitorio (art. 2), difatti, seguono

⁸ L. STORTONI-G.S. CALIFANO, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 2023, pp. 2 ss.

⁹ Più in dettaglio, la Convenzione di Mérida prevede un obbligo cogente di penalizzazione per la “corruzione di pubblici ufficiali nazionali” (art. 15), la “corruzione di pubblici ufficiali stranieri e di funzionari di organizzazioni internazionali pubbliche” (ma solo per quanto attiene al versante “attivo” del *pactum sceleris*, art. 16 c.1), la “sottrazione, l'appropriazione indebita od altro uso illecito di beni da parte di un pubblico ufficiale” (art. 17), il “riciclaggio dei proventi del crimine” (art. 23), l’ostacolo al buon funzionamento della giustizia” (art. 25); meramente “facoltativa”, invece, l'incriminazione della “corruzione di pubblici ufficiali stranieri e di funzionari di organizzazione internazionali pubbliche” (art. 16, c.2), del “millantato credito” (art. 18), dell’abuso d'ufficio” (art. 19), dell’arricchimento illecito” (art. 20), della “corruzione nel settore privato” (art. 21), della “sottrazione di beni nel settore privato” (art. 22), della “ricettazione” (art. 24).

¹⁰ V. MONGILLO, *Strengths and weaknesses of the Proposal for a EU directive on combating corruption*, in *SP*, 7, 2023, p. 4.

due disposizioni (artt. 3 e 4), che ricalcano in larga misura le disposizioni dell'UNCAC, esplicitamente disciplinanti il profilo della prevenzione della corruzione. Disposizioni, segnatamente, con le quali oltre a fornire indicazioni – più che altro – di principio – come, ad esempio, assicurare “il massimo livello di trasparenza e responsabilità nella pubblica amministrazione” o, comunque, garantire “il libero accesso alle informazioni di interesse pubblico” – la Proposta impone anche e soprattutto agli Stati membri la previsione di organismi *ad hoc*, ovvero di unità organizzative specializzate, nello specifico settore della prevenzione della corruzione.

Di misura certamente minore sono le innovazioni per ciò che attiene alla descrizione delle singole fattispecie di reato (artt. 7-13), che si rivelano evidentemente plasmate sul modello – come detto – di Mérida, o, comunque, di precedenti atti normativi di matrice eurounionale¹¹.

Con plastica simmetria tra fenomenologia criminale, per così dire, “pubblicistica” e “privatistica”, il documento, più in dettaglio, prevede obblighi di penalizzazione per i delitti di corruzione pubblica e privata (artt. 7-8); di appropriazione indebita (art. 9), volta a punire le condotte appropriative e distrattive sia del pubblico agente (c.1), che della «persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un'entità del settore privato» (c.2); di abuso d'ufficio (art. 11): norma anch'essa caratterizzata dal segnalato dualismo – pubblico (c.1) e privato (c. 2) – delle incriminazioni già menzionate. Il catalogo dei delitti si completa – dipoi – con la previsione di obblighi d'incriminazione anche per le fattispecie di traffico d'influenze illecite (art. 10), di intralcio alla giustizia (art. 12) e di arricchimento illecito (art. 13).

Fattispecie, tutte queste, per le quali la Proposta delinea, altresì, un articolato apparato sanzionatorio (art. 15): oltre ad un nutrito inventario di pene accessorie, difatti, e per ciò che attiene alle pene principali, il documento sancisce l'obbligo di previsione della sanzione detentiva – in relazione al massimo edittale – non inferiore a 6 anni per la corruzione nel settore pubblico e l'intralcio alla giustizia, 4 anni per l'arricchimento illecito e, infine, 5 anni per le residuanti incriminazioni.

Non estranea, inoltre, alla Proposta è la previsione di una fittissima rete di circostanze attenuanti ed aggravanti (art. 18), così come l'individuazione di specifici termini di prescrizione per ciascuna delle figure di reato tipicizzate (art. 21), individuati in 15 anni per la corruzione e l'intralcio alla giustizia; 8 anni per l'arricchimento illecito; 10 anni per le altre fattispecie oggetto di disciplina.

Completano, infine, il quadro normativo, disposizioni in punto di giurisdizione (art. 20), così come la previsione della responsabilità delle persone giuridiche (artt. 16-17), la quale in nulla si discosta dal tradizionale modello comunitario, basato: *i*) sulla commissione del reato da parte di un

¹¹ Basti pensare, ad esempio, alla definizione della corruzione privata, che riprende in larga misura la nozione della medesima incriminazione fornita dalla Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003; o, ancora, il peculato, la cui condotta tipica risulta – fatto salvo per il profilo della necessaria lesione degli interessi finanziari dell'Ue – pienamente sovrapponibile alla descrizione apprestata dalla Direttiva PIF 2017/1371.

soggetto in posizione apicale nell'organizzazione; ovvero *ii*) sull'incapacità di detti soggetti di vigilare sulle condotte penalmente rilevanti poste in essere dai dipendenti della stessa persona giuridica¹².

2. Spunti e rilievi critici

A compendio e specificazione delle sintetiche considerazioni sino ad ora formulate, vale la pena, conclusivamente, focalizzare l'attenzione sulle principali – e maggiormente evidenti – “zone d'ombra” della Proposta, che pur paiono, per larghi tratti, attraversare il documento oggetto d'analisi. Un cenno al metodo: non s'intendono, in questa sede, porre in rilievo i nodi critici o, comunque, i difetti tecnici emergenti dalle singole disposizioni che compongono l'atto; ciò che s'intende, piuttosto, segnalare – e tentando d'assumere una veduta necessariamente d'insieme – sono quegli errori, per così dire, “prospettici” della Proposta, che sembrano aver – ed a monte – negativamente condizionato gli stessi contenuti del documento.

Vediamo in che termini.

Ci pare opportuno muovere dalla considerazione delle, per così dire, “*rationes*” dalle quali pare ispirato il progetto d'intervento regolativo: nel testo, in effetti, s'afferma, ed a più riprese, che i “delitti di corruzione” (con ciò intendendosi – rammentiamo – non soltanto la corruzione in senso stretto, ma anche l'abuso d'ufficio, il traffico d'influenze illecite etc.) costituiscono una grave minaccia per la “democrazia”, la “stabilità e la sicurezza della società”, i “valori universali su cui si fonda l'Unione Europea”, lo “Stato di diritto”.

Particolarmente icastico, sul punto, il richiamo al primo dei considerando della Proposta: «La corruzione è ancora un grave problema a livello dell'Unione in quanto minaccia la stabilità e la sicurezza delle società, fra l'altro favorendo la criminalità organizzata e altre forme gravi di criminalità. La corruzione mina le istituzioni democratiche e i valori universali su cui si fonda l'Unione, in particolare lo Stato di diritto, la democrazia, l'uguaglianza e la tutela dei diritti fondamentali».

Il risultato di simile – certo “pindarica” – catalogazione è che si finisce con l'innalzare a *ratio* giustificatrice dell'intervento la necessità di fornire protezione a interessi indeterminati ed impalpabili, dalla vaghezza tale, da indurre alla sostanziale inconsistenza concettuale; e ciò, beninteso, anche tenendo conto del fisiologico coefficiente di generalità e programmaticità che consuetamente caratterizza la normazione europea.

Il modulo è certo ben noto – anche se, a nostro avviso, simile “cronicizzazione” non ne costituisce affatto giustificazione – al legislatore comunitario, ma anche al frasario tipico degli strumenti internazionali e pattizi in tema di corruzione, e indubbiamente si iscrive, più in generale,

¹² V. MONGILLO, *Strengths and weaknesses of the Proposal for a EU directive on combating corruption*, cit., p. 15.

nella diffusa tendenza alla enfattizzazione della diffusione e della pericolosità degli effetti del fenomeno corruttivo. Retorica – lo si rilevi *per incidens* – senz’altro alimentata ed, altresì, oltremisura accentuata dai criticatissimi “indici di percezione” della corruzione; dati (para)quantitativi, questi, che – come ampiamente noto – restituiscono una dimensione distorta e perciò stesso falsante della diffusione di un determinato fenomeno criminale, e alla cui menzione – per quanto qui rileva – non si sottrae neanche la Proposta di direttiva in commento¹³.

Sullo sfondo, una *arrière-pensée*: «se la corruzione rappresenta, realmente, una minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia, [...] i valori etici e la giustizia, [...], insomma se finisce per riassumere tutti i mali del presente, non si vede come si possa rinunciare a dare prova di estrema fermezza, reagendo con misure extra-ordinarie o emergenziali»¹⁴. Punto vero, quindi, è che addurre – in funzione quasi per così dire, “auto-legittimante” – la necessità di proteggere la “democrazia”, i “valori universali dell’Unione” *et similia*, oltre che inutile – poiché preclude di effettuare un controllo critico sulle scelte d’incriminazione – risulta, in buona sostanza, aprire la strada ad un intervento penale sostanzialmente illimitato¹⁵.

E questo in quanto, nel diritto come altrove, la risposta (sanzionatoria) dipende sempre, ed è necessariamente condizionata, dalla domanda (di tutela).

Sempre sotto il profilo delle ragioni ispiratrici dell’intervento, altrettanto scarsamente persuasivo ci pare, ancora, il riferimento alla necessità di fornire protezione a beni di natura economica, quali, tra gli altri, la “crescita economica sostenibile”, “l’efficace e regolare funzionamento del mercato unico”, etc.

Nessuno dubita del fatto che i reati presi in considerazione dalla Proposta – e ciò naturalmente vale anche per i delitti contro la pubblica amministrazione – possano astrattamente offendere interessi aventi connotazione economicistica.

V’è, però, da considerare che nella maggior parte dei delitti tipicizzati – pensiamo, esemplificativamente, proprio al traffico d’influenze illecite o, ancora all’abuso d’ufficio – l’offesa a detti beni economici si rivela puramente eventuale ed, al più, mediata, trattandosi di delitti la cui offesa è – di contro – univocamente diretta alla legale esplicazione della pubblica funzione.

¹³ Ed infatti, ad esempio, a p.1 della Proposta si legge come: «I dati dell’indagine Eurobarometro 2022 segnalano che il 68% dei cittadini dell’UE e il 62% delle imprese con sede nell’UE ritengono che la corruzione sia diffusa nel loro paese».

¹⁴ V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del “tipo d’autore” e derive emergenziali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 2020, p. 982.

¹⁵ Sulla dimostrazione di come la sussistenza di un contesto – più o meno posticciamente – emergenziale funga da legittimazione ad una risposta penale particolarmente severa, o comunque derogatoria rispetto ai principi fondamentali, la letteratura è vastissima. Per una recente riflessione sul delicatissimo problema del bilanciamento tra esigenze punitive e garanzie nell’emergenza pandemica, cfr. D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell’emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *LP*, 2020, pp. 6 ss.

Tutto ciò a tacere il dato che per altre incriminazioni – e cioè, ad esempio, l'intralcio alla giustizia – addurre la necessità di proteggere beni economici può apparire financo incomprensibile.

Ciò chiarito sul piano degli obiettivi di tutela, conviene ora dedicarsi alla considerazione di un ulteriore – e indubbiamente non trascurabile – profilo critico interessante il documento in analisi. Profilo, per altro, strettamente interconnesso a quanto rilevavamo a proposito degli interessi giuridici a cui l'intervento mira a fornire protezione.

Dicevamo – poc'anzi – della incertezza degli stessi obiettivi del documento: ebbene, pare – in larga misura – proprio a ciò addebitabile, quello che risulta essere il principale vizio della Proposta, vale a dire la realizzata, indebita, sovrapposizione tra fenomenologie criminali radicalmente dissimili.

Nel testo, difatti, trovano disciplina – secondo il descritto modello d'(im)perfetta specularità – la corruzione pubblica e quella privata; il peculato e l'appropriazione indebita; l'abuso d'ufficio pubblico ed il suo corrispondente privato.

Nulla di male – sia chiaro – a disciplinare in un medesimo documento normativo le elencate fattispecie, ed anzi, al contrario, ben venga un intervento di regolazione con caratteri di omogeneità e razionalità.

Il problema – “serio”, perché di rilevanza costituzionale – si pone poiché la Commissione procede alla equiparazione delle rispettive coppie di incriminazioni sia dal punto di vista sanzionatorio, che dal punto di vista dei relativi termini di prescrizione: discorso che vale sia per l'appropriazione indebita (art. 9) che per l'abuso d'ufficio (art. 11).

In breve: le condotte appropriative e/o distrattive del pubblico funzionario risultano punite alla stessa stregua delle medesime condotte poste in essere dalla «persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un'entità del settore privato»; lo stesso dicasi per l'abuso d'ufficio, laddove per «l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio» v'è un eguale trattamento sanzionatorio, sia nell'ipotesi di commissione del fatto da parte del pubblico ufficiale, che del privato.

Non dissimili aporie – senza soluzione di continuità – investono anche la disciplina della prescrizione: nella Proposta di direttiva, infatti, il peculato soggiace al medesimo termine di prescrizione dell'appropriazione indebita, così come l'abuso di funzione del pubblico ufficiale si prescrive nello stesso termine del corrispondente delitto commesso dal privato.

Banale – ma forse non superfluo – rammentare la evidentissima diversità tra le fenomenologie criminali poste equivocamente a raffronto, non foss'altro per la difformità di beni giuridici sui quali rispettivamente incidono: beni pubblicistici nell'uno caso; meramente privatistici, nell'altro.

Evidenti, dunque, ci paiono le frizioni con i principi di uguaglianza, offensività e proporzionalità sanzionatoria.

L'ultimo profilo sul quale s'appuntano le nostre censure afferisce ad un fenomeno – per vero sempre più incidente sullo statuto penale della pubblica amministrazione¹⁶ – verso il quale pare nettamente tendere anche la Proposta di direttiva in commento.

Alludiamo – più in particolare – alla progressiva ed inesorabile “processualizzazione” delle incriminazioni e, più in generale, degli istituti e delle categorie dogmatiche del diritto penale: troppo efficace per non essere rammentata – sul punto – la emblematica metafora del “servo” / “muto” – “servo” / “loquace”¹⁷.

Ebbene, un fulgido esempio di siffatta tendenza nell'ambito del documento in analisi è rappresentato dalla fattispecie di arricchimento illecito, descritta come “l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni da parte di un funzionario pubblico nella consapevolezza che derivano dalla commissione di uno dei reati di cui agli articoli da 7 a 12 e all'articolo 14, che il funzionario sia stato coinvolto o meno nella commissione del reato”. Un reato, dunque, di mero “possesso”, la cui compatibilità con i principi fondamentali del diritto penale appare – s'è condivisibilmente rilevato¹⁸ – quantomeno dubbia.

Se così è, allora, non può certamente stupire che – come riportato dalla stessa Proposta – soltanto i sistemi penali di 8 Paesi, tra i vari Stati membri, risultano corredati da una incriminazione assimilabile al descritto delitto¹⁹.

Ma anche al di là dei possibili rilievi tecnici sulla fattispecie, il dato sul quale vale la pena di focalizzare l'attenzione – e che si riconnette a quanto poc'anzi rammentato a proposito della progressiva “processualizzazione” del diritto penale – è la giustificazione che la stessa Proposta fornisce per l'introduzione della norma in questione.

Si legge nel documento: «Il reato di arricchimento si basa sulle norme che disciplinano il reato di riciclaggio di cui alla direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio. Riguarda i casi in cui la magistratura ritiene che il reato o i reati di corruzione non possano essere provati. Come nel caso del reato presupposto del riciclaggio, l'onere della prova è di natura diversa»²⁰.

¹⁶ L. STORTONI, *A proposito di leggi...miracolose!*, in *Ius17@ unibo.it* – Studi e materiali di diritto penale, 3, 2012, p. 52.

¹⁷ T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità*, in *Ind. pen.*, 2, 1999, p. 528.

¹⁸ Con riguardo, infatti, al *ne bis in idem*, la dottrina ha rilevato: «The most problematic hypothesis from the point of view of the constitutional principles of the Member States, however, concerns the incrimination of the mere “possession” of an asset derived from an offence when the same public official who holds it is the perpetrator of the predicate crime. Such a scenario is contrary to the substantive principle of *ne bis in idem*: imagine the case of a public official punished twice for the same facts, in particular on the one hand for passive bribery and on the other hand for unlawful possession of the bribe obtained». Così, V. MONGILLO, *Strengths and weaknesses of the Proposal for a EU directive on combating corruption*, cit., p. 13.

¹⁹ Pp. 12-13 Proposta di direttiva.

²⁰ P. 25 Proposta di direttiva.

O ancora: «Per questo reato i pubblici ministeri avrebbero unicamente l’obbligo di provare il legame tra il bene e il coinvolgimento nella corruzione, nello stesso modo in cui dovrebbero provare la corruzione come reato presupposto del riciclaggio»²¹.

Fattispecie, dunque, costruita non solo e non tanto per finalità processuali, ma dichiaratamente probatorie, con – dunque – non certo trascurabile, rinnovata, distorsione delle funzioni della norma penale.

A voler tirare le fila del discorso, quindi, plurimi paiono – e certamente sono – gli aspetti quantomeno rivedibili della Proposta, la cui eccessiva spinta verso una – forse indiscriminata, come visto – criminalizzazione, induce a chiedersi se il progetto d’intervento, nel suo complesso, possa dirsi effettivamente “sussidiario” e “proporzionato”, così come imposto dall’art. 5 TUE.

Fors’anche animata da buone intenzioni – l’aggiornamento del (datato) quadro europeo in materia di corruzione – la Proposta, nel farlo, si spinge forse troppo oltre; l’adagio delle vie dell’inferno, con quel che segue, potrà suonare tanto provocatorio, quanto però – lo si consenta – “dannatamente” calzante.

DPEI 1/2024

²¹ P. 19 Proposta di direttiva.

DPEI 1/2024

Intermediazione, somministrazione ed utilizzazione illecita di manodopera: le innovazioni in ambito penale apportate dal d.l. n. 19/2024

di **Giovanni Capozio**

Dottore di ricerca in diritto e procedura penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'

A distanza di otto anni dall'intervento normativo che aveva condotto alla depenalizzazione di alcune delle fattispecie di reato in materia di intermediazione, somministrazione ed utilizzazione illecita di manodopera, racchiuse all'interno del d.lgs. n. 276/2003, il legislatore ha impresso un'inversione di rotta, conferendo *ex novo* rilevanza penale a taluni dei predetti comportamenti, in virtù dell'introduzione del d.l. 2 marzo 2024, n. 19, entrato in vigore in pari data, proteso a dettare ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Appare quindi utile analizzare le molteplici innovazioni apportate sul versante penalistico, enucleate dall'art. 29, co. 4 del predetto atto normativo di fonte governativa, che ha novellato la disciplina sancita dall'art. 18, d.lgs. n. 276/2003.

1. In primo luogo, la lett. a) dell'art. 29, co. 4, ha disposto la modifica del co. 1 dell'art. 18, riallocando nella sfera del penalmente rilevante la condotta consistente nell'**esercizio non autorizzato dell'attività di somministrazione di risorse lavorative**, tramite la previsione di un illecito contravvenzionale punito con la pena dell'arresto fino ad un mese o dell'ammenda di euro 60 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro.

Sotto il profilo dell'evoluzione storica, giova rilevare che nella versione originaria del d.lgs. n. 276/2003 tale comportamento era assoggettato alla sanzione penale dell'ammenda pari ad euro 5 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata lavorativa; successivamente, la predetta condotta è stata espunta dal catalogo dei reati per effetto della previsione dettata dall'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 8/2016 che, nel contesto di un più ampio disegno di depenalizzazione, ha decretato la degradazione ad illecito amministrativo di quelle violazioni punite con la sola pena della multa o dell'ammenda, sancendo altresì l'assoggettamento alla sanzione amministrativa pecuniaria dei fatti commessi in epoca anteriore all'entrata in vigore del predetto decreto delegato, salvo che gli stessi fossero già stati giudicati in via definitiva tramite l'emissione di una sentenza ovvero di un decreto penale di condanna.

Analogo mutamento normativo è intervenuto, stante la previsione delineata dalla medesima lett. a) dell'art. 29, co. 4, del d.l. n. 19/2024, in relazione alle condotte di **esercizio, in assenza di**

previa autorizzazione amministrativa, delle attività di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale, a cui è stato parimenti conferito il rango di illeciti contravvenzionali, assoggettati alle pene dell'arresto fino a tre mesi ovvero dell'ammenda da euro 900 ad euro 4.500.

In tal guisa, è stata ripristinata la rilevanza penale anche di tali tipologie di comportamenti, contemplata nella versione originaria del d.lgs. n. 276/2003, e poi cessata in forza dell'intervento di depenalizzazione di cui al d.lgs. n. 8/2016.

Di contro, immune agli interventi di riforma succedutesi nell'arco dell'ultimo ventennio si profila la condotta di **esercizio abusivo dell'attività di intermediazione**, in quanto posta in essere da un soggetto che non risulti iscritto presso l'apposito albo delle agenzie per il lavoro istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Ad essa, difatti, era stato conferito il rango di illecito penale sin dal testo originario del d.lgs. n. 276/2003, con la comminatoria della sanzione edittale cumulativa dell'arresto, fino a sei mesi, e dell'ammenda da € 1.500 a € 7.500, sicché l'intervento di depenalizzazione apportato dal d.lgs. n. 8/2016 non ha inciso su tale fattispecie criminosa, proprio in ragione del fatto che, sulla scorta di quanto sancito dall'art. 1, co. 1, ad essere espunti dal tessuto normativo penale furono soltanto gli illeciti puniti con la sola pena pecuniaria.

Al contempo, il co. 4, lett. a), n. 2) del d.l. n. 19/2024 ha rimodulato il trattamento sanzionatorio previsto per la **circostanza attenuante speciale** tipizzata dall'art. 18, co. 1, d.lgs. n. 276/2003, relativa all'ipotesi in cui **l'abusivo esercizio dell'attività di intermediazione sia stato posto in essere in assenza dello scopo di lucro**, prevedendo in tale ipotesi la comminatoria della pena dell'arresto fino a due mesi o dell'ammenda da euro 600 a euro 3.000 (così sostituendo la previgente previsione sanzionatoria, che implicava la pena dell'ammenda da euro 500 ad euro 2.500).

Analoga innovazione è stata apportata in relazione alle condotte di esercizio non autorizzato delle attività di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale, le quali, ove realizzate in assenza del dolo specifico connotato dal perseguimento di uno scopo di lucro, implicano l'applicazione di un trattamento sanzionatorio più mite, che si sostanzia nella pena dell'arresto fino a quarantacinque giorni o dell'ammenda da euro 300 a euro 1.500.

2. Il legislatore ha inoltre ripristinato la **rilevanza penale della condotta dell'utilizzatore che faccia ricorso all'attività di somministrazione di forza lavoro da parte di soggetti che non risultino iscritti nell'apposito albo delle agenzie di somministrazione** istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, originariamente sanzionata con la pena dell'ammenda di 5 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, successivamente depenalizzata dal d.lgs. n. 8/2016 e, da ultimo, ricondotta nell'alveo degli illeciti contravvenzionali, con la previsione

della pena alternativa dell'arresto fino a un mese o dell'ammenda di euro 60 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione.

3. Ulteriore innovazione apportata dal recente intervento legislativo ha riguardato le conseguenze sanzionatorie in materia di **appalto e distacco illeciti**.

Invero, l'art. 4, lett. c), del d.l. n. 19/2024, nel modificare il co. 5-bis dell'art. 18, d.lgs. n. 276/2003, ha previsto che nelle ipotesi di appalto che non soddisfino i requisiti di cui all'art. 29, co. 1 del predetto decreto legislativo e di distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30, co. 1 del medesimo decreto delegato, sia il soggetto che utilizza i lavoratori sia colui che li abbia somministrati, siano puniti con la pena dell'arresto fino a un mese o dell'ammenda di euro 60 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, così rimodulando la previgente comminatoria edittale, che implicava la sola pena dell'ammenda pari ad euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, risalente al d.lgs. n. 251/2004, che aveva introdotto tale fattispecie criminosa nel corpo del d.lgs. n. 276/2003.

Sul punto, giova rammentare il ventaglio di requisiti disciplinati dallo stesso legislatore che consentono di qualificare lo svolgimento di una determinata prestazione lavorativa alla stregua di un appalto lecito.

In primo luogo, assume rilievo la disciplina civilistica contenuta nell'art. 1655 c.c., secondo cui l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro.

Al contempo, dirimente appare l'indicazione normativa delineata dall'art. 29, co. 1, del d.lgs. n. 276/2003, secondo cui "il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".

Ne discende, pertanto, che ai fini della liceità dell'appalto si richiede la presenza di una pluralità di requisiti, sintetizzabili:

- nell'organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore;
- nell'esercizio, da parte dell'appaltatore medesimo, del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati ai fini dell'esecuzione dell'appalto;
- nell'assunzione, anche in tal caso da parte dell'appaltatore, del rischio d'impresa.

Viceversa, qualora l'imprenditore non si serva di una propria organizzazione produttiva, né assuma i rischi di realizzazione dell'opera o del servizio oggetto del contratto pattuito, appare ragionevole ritenere che ci si trovi al cospetto di un'interposizione illecita di manodopera, che presuppone che l'interposto si limiti a mettere a disposizione dello pseudo committente le prestazioni lavorative dei propri dipendenti, così configurandosi un comportamento meritevole di sussunzione nel perimetro della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 18, co. 5-bis, d.lgs. n. 276/2003.

4. Il recente intervento legislativo ha inoltre interessato la fattispecie incriminatrice della **c.d. somministrazione fraudolenta**, precedentemente disciplinata dall'art. 38-bis del d.lgs. n. 81/2015, il quale, in virtù di quanto previsto dall'art. 29, co. 4, lett. d), d.l. n. 19/2024 è stato abrogato, con contestuale trasposizione del precetto normativo ivi tipizzato nel nuovo comma 5-ter dell'art. 18, d.lgs. n. 276/2003.

In sostanza, pur non avendo apportato modifiche alle componenti strutturali di tale figura criminosa, che si configura qualora la somministrazione di lavoro sia posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore, il legislatore ha innovato il *quantum* sanzionatorio, comminando sia nei confronti del somministratore che dell'utilizzatore le pene alternative dell'arresto fino a tre mesi o dell'ammenda pari a euro 100 per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione, così da prevedere un trattamento punitivo più severo rispetto a quello comminato nel vigore della previgente disciplina, che prescriveva la sola pena dell'ammenda pari ad euro 20 per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione.

5. Ulteriore novità apportata dall'art. 29, co. 4, lett. d), n. 2), del decreto-legge n. 19/2024, che ha condotto all'introduzione del co. 5-quater nel testo dell'art. 18, d.lgs. n. 276/2003, è rappresentata dalla previsione di una peculiare ipotesi di **recidiva**, in quanto si prevede che gli importi delle sanzioni previste dal medesimo art. 18 siano aumentati del venti per cento ove, nei tre anni precedenti, il datore di lavoro sia stato destinatario di sanzioni penali per i medesimi illeciti.

Infine, proprio in relazione all'ammontare dell'importo delle sanzioni comminate dal predetto art. 18, il recente intervento legislativo ha altresì sancito, tramite l'art. 29, co. 4, lett. d), n. 3), che ha introdotto il co. 5-quinquies nel corpo dell'art. 18, che l'importo non possa essere inferiore ad euro 5.000 né superiore ad euro 50.000.

DPEI 1/2024

La lunga marcia del diritto penale tributario, dalla periferia al centro del sistema penale*

di Federico Consulich

Professore ordinario di diritto penale - Università degli Studi di Torino

Sommario: 1. Argomento: il diritto penale tributario tra parte generale e parte speciale. – 2. I temi di parte speciale. – 2.1. La compatibilità limitata tra responsabilità dell'ente e il reato tributario presupposto. – 2.2. I reati tributari entro il reato complesso di bancarotta per operazioni dolose. – 3. I temi di parte generale. – 3.1. Il concorso di persone nel reato proprio e la lettura indeclinabile del reato fiscale in contesti societari. – 3.2. Lo strano caso del mancato versamento del tributo dovuto: la ricostruzione del reato come omissivo 'bifasico'. – 3.3. La non punibilità riscossiva. – 4. Sintesi: scelte "tragiche" per il giudice italiano.

1. Argomento: il diritto penale tributario tra parte generale e parte speciale

L'argomento di queste brevi riflessioni implica, per rimanere nello spazio di competenza, una serie di semplificazioni trancianti e grossolane. Per introdurre il tema entrando al contempo *in medias res*, conviene dunque riprendere il titolo del Convegno, in particolare la suggestione dell'itinerario applicata al diritto penale dell'economia. Ebbene, la disciplina dei reati tributari è, tra i settori del penale commerciale, quella che ha percorso la più visibile distanza rispetto alla sua collocazione topografica originaria: abbandonata l'anonima periferia per lungo tempo abitata, si è trasferita ben al centro della ideale, anzi utopistica, 'cittadella penalistica' (in realtà oggi ben più simile ad una invivibile megalopoli).

Un tempo si trattava di una materia specialistica, guardata con diffidenza e poco praticata dagli studiosi del diritto penale, che la consideravano arida e afflitta da una dimensione formalistica che escludeva ogni riflessione su principi e dogmatica.

Fino agli anni Ottanta il legislatore stesso si è disinteressato di ampie fasce di evasione fiscale, per poi prodursi in una disciplina, la l. 516 del 1982, in cui la simbiosi tra lo *slogan* politico 'manette agli evasori' e il risultato pratico forniva il *case study* perfetto del diritto penale simbolico. Persino la giurisprudenza è stata per lunghi tratti assai rara in questo campo.

Oggi non è più così, anzi per vero non lo è già dall'entrata in vigore del d.lgs. 74 del 2000, che ha rappresentato senza dubbio il punto di svolta. Due esempi, di '*parte speciale*' o comunque attinenti allo specifico settore del diritto penale commerciale, chiariscono l'attuale centralità della materia:

- i) il ruolo dei delitti tributari nell'ambito del sistema di responsabilità da reato degli enti;

ii) il ‘peso specifico’ dell’illecito fiscale nell’ambito della bancarotta societaria, per la precisione entro il concetto di operazione dolosa di cui all’art. 223 comma 2, n. 2 l.f.

Ci sono però ulteriori indici, di ‘*parte generale*’, che confermano il *trend*:

i) rispetto al concorso di persone, con particolare riguardo alla distribuzione della responsabilità nella struttura aziendale, il reato tributario si presenta come una forma indeclinabile di concorso nel reato proprio. Nessuna forma di esenzione per il soggetto qualificato perché la sua qualità formale entro l’organigramma è intesa dalla giurisprudenza come uno stigma immodificabile dall’autonomia privata;

ii) in ordine alla dogmatica del reato omissivo improprio, poiché la giurisprudenza ha dovuto comprendere la conformazione del tipo, dell’antigiuridicità e della colpevolezza di siffatto modello di illecito, a partire della ricorrente allegazione della crisi di impresa come ‘esimente’ rispetto agli artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74 del 2000;

iii) con riguardo alla sistematica, mai come nel campo tributario si sperimenta la non punibilità ‘meritata’, cioè conseguita attraverso un ravvedimento del contribuente.

Vediamo allora di procedere più analiticamente nella riflessione, prendendo le mosse dai profili di carattere settoriale per poi affrontare alcuni argomenti trasversali alla nostra disciplina.

1. I temi di parte speciale

Prendendo le mosse dai profili di parte speciale, l’interprete deve considerare sia il formante legislativo che quello della giurisprudenza. Quanto al primo, una delle più grandi novità degli ultimi anni nel diritto penale dell’economia è stata certamente l’auspicato inserimento degli illeciti penali tributari nel novero dei reati presupposto della responsabilità dell’ente. Quanto al secondo, quello della prassi, il mutamento non è meno rilevante: un ruolo da protagonista in seno alle fattispecie fallimentari (da sempre le più contestate dalle Procure della Repubblica tra i *white collar crimes*) è giocato dalle condotte di infedeltà fiscale quale presupposto del dissesto rimproverabile al *management* aziendale.

1.1. La compatibilità limitata tra responsabilità dell’ente e il reato tributario presupposto

Con riguardo al campo dei reati tributari come illecito presupposto della responsabilità dell’ente, è stato salutato dai primi commentatori con estremo favore l’inserimento dell’art. 25 *quinquiesdecies* nel d.lgs. 231/2001: come per i reati colposi connessi con la disciplina della sicurezza sul lavoro, anche i delitti fiscali costituirebbero il nucleo statistico dell’illegalità di impresa.

Il reato tributario commesso nell'interesse dell'ente è però meno frequente di quanto si pensi¹.

Soprattutto nelle società di piccole dimensioni, l'ente è lo strumento per il conseguimento di un profitto fiscale indebito *esclusivo* del socio unico o di maggioranza. La persona giuridica è insomma impiegata come centro di fatturazione.

Ciò vale nei casi di spoliazioni societarie di piccolo cabotaggio: si pensi all'inesistenza soggettiva della fattura, riferita a prestazioni che vanno a beneficio esclusivo della persona fisica del socio o dell'amministratore e che invece viene fatta gravare sul patrimonio dell'ente in una fenomenologia di appropriazione solo un poco più sofisticata del prelevamento diretto di contante dalle casse della società.

Lo stesso è a dirsi nei casi di più crassa infedeltà fiscale: è il caso della 'cartiera'. Naturalmente ci riferiamo a un'ipotesi di struttura organizzativa non completamente fittizia, priva di risorse, mezzi e dipendenti, ma che, accanto allo svolgimento di attività di impresa effettiva, emetta però indubbiamente un gran quantitativo di fatture per operazioni oggettivamente inesistenti. Se si trattasse invece di un ente intrinsecamente illecito scatterebbe la 'pena di morte' della persona giuridica, per il tramite di una interdizione perpetua dall'attività caratteristica (art. 16 comma 3 d.lgs. 231/2001).

Fuori però da quest'ultimo caso, la compresenza di fatturazione falsa con attività effettiva implica che l'ente non è certo il centro di interessi del reato fiscale (quale beneficio potrà mai trarre dall'accumulare insostenibili debiti con l'Erario?). Esso, almeno in parte, è solo lo schermo di un progetto criminale individuale (o associativo) di un gruppo di persone fisiche verso cui confluisce il profitto. A ben vedere in questi casi l'interdizione alla prosecuzione dell'impresa sarebbe sproporzionata per eccesso ove vi sia un margine non esiguo di operatività reale dell'organizzazione.

Dunque, occorre estrema prudenza nell'applicazione del d.lgs. 231 *in parte qua*, dovendosi sempre rigorosamente verificare *ex ante* il nesso oggettivo di cui all'art. 5, senza darlo per scontato in ragione di un transito di risorse, sotto forma di indebito abbattimento dell'imponibile, dalla società quale soggetto fiscale in prima battuta coinvolto.

Anche ove si ritenesse che il nesso di strumentalità tra l'ente e il proprio beneficiario economico (persona fisica) giustifichi la sanzione in capo alla persona giuridica, la reazione punitiva dovrà accomodarsi in senso coerente alla proporzione rispetto al soggetto collettivo. Quest'ultimo, infatti, si trova spesso privo di un qualsiasi vantaggio, all'esito dell'operazione illecita, dunque ogni sanzione dovrà tendenzialmente evitare l'*overdeterrence* di un'interdizione cumulata alla sanzione pecuniaria.

* È il testo della relazione esposta al Convegno dell'associazione DPEI dal titolo "Economia, intervento penale e itinerari giurisprudenziali", tenutosi a Bologna, il 10 febbraio 2023.

¹ Per una approfondita riflessione sul rapporto tra interesse della persona fisica e quello dell'ente, con riguardo ai reati tributari F. MUCCIARELLI, *I reati tributari nel 'catalogo 231'. Un nuovo (ma imperfetto) strumento di contrasto alla criminalità d'impresa*, in *Sist. pen.*, 28 marzo 2022, 4.

1.2. *I reati tributari entro il reato complesso di bancarotta per operazioni dolose*

I reati tributari sono oramai i gemelli siamesi della bancarotta per operazioni dolose, formula quest'ultima che si è prestata agevolmente per qualificare tutte le forme di *noncompliance* fiscale realizzata per mantenere in vita strutture aziendali in situazione di tensione finanziaria o crisi conclamata.

I reati fiscali, ma anche gli illeciti tributari sotto soglia, che dunque non giungano ad integrare di per sé una qualche fattispecie di cui al d.lgs. 74 del 2000, sono infatti la forma più ricorrente di realizzazione della bancarotta della società commerciale.

In particolare, un ruolo da protagonista viene giocato dalle fattispecie di omesso versamento del tributo, dunque dagli artt. 10 *bis* e 10 *ter*, con la conseguenza di flettere in chiave omissiva il termine *operazione*, che di per sé ha un campo semantico pienamente *commissivo*. A ciò si aggiunga che oggi *ubi omissio, ibi dolus*, stando alla lettura della giurisprudenza di legittimità sulla rilevanza degli omessi versamenti, che solo in rari casi vengono ritenuti incolpevoli².

La connessione tra reato fiscale omissivo e bancarotta per operazioni dolose è in effetti imposta dalla fenomenologia della crisi aziendale. Il primo è reato prodromico della seconda ogni qual volta l'imprenditore non sia pronto ad attivare procedure di risoluzione della crisi e dunque non adotti misure protettive rispetto alla pretesa fiscale. Inoltre, l'omessa corresponsione del tributo è di assai agevole realizzazione, non richiedendo alcuna particolare competenza nell'ottimizzazione fiscale illecita ed è anzi quasi un meccanismo riflesso dell'imprenditore medio in crisi quello di finanziarsi ai danni dell'Erario profittando della lentezza di questo a proporsi come creditore attento alle proprie ragioni.

Il risultato inesorabile è che in tutti i casi in cui la crisi non sia transitoria, l'omissione si rivela quanto meno concausale rispetto al dissesto, qualificabile come minimo come fattore del suo aggravamento. La sentenza di fallimento (o il provvedimento di ammissione al concordato preventivo)

² La tematica dell'omissione fiscale in contesti di crisi di impresa, come noto, ha avuto un grande *exploit* a fronte di una certa fortuna applicativa delle esimenti della forza maggiore, dello stato di necessità o della mancanza di dolo, ma a seguito delle sentenze delle Sezioni Unite n. 37424 del 28/03/2013 Ud. (dep. 12/09/2013) Rv. 255758 - 01, per l'art. 10 *ter*, e n. 37425 del 28/03/2013 Ud. (dep. 12/09/2013) Rv. 255760 - 01, in relazione all'art. 10 *bis* d.lgs. 74/2000, può dirsi sopita. Si è infatti affermata nella giurisprudenza di legittimità la lettura per cui non può essere invocata l'assenza di liquidità, a meno che si dimostri l'intervento di fattori imprevedibili e imponderabili che dunque attestino la mancanza di una qualsiasi possibilità di scelta. Dopo l'intervento delle Sezioni Unite, la lettura si è stabilizzata nella giurisprudenza di legittimità, come evidente in Cass., III, n. 23796 del 21/03/2019 Ud. (dep. 29/05/2019) Rv. 275967 - 01, secondo cui in tema di reato di omesso versamento dell'IVA, la colpevolezza del contribuente non è esclusa dalla crisi di liquidità del debitore alla scadenza del termine fissato per il pagamento, a meno che non venga dimostrato che siano state adottate tutte le iniziative per provvedere alla corresponsione del tributo e, nel caso in cui l'omesso versamento dipenda dal mancato incasso dell'IVA per altrui inadempimento, non siano provati i motivi che hanno determinato l'emissione della fattura antecedentemente alla ricezione del corrispettivo. Le medesime problematiche si sono poste con riguardo all'omissione delle ritenute previdenziali e assistenziali, in argomento tra gli altri si legga F. ORIANA, *La rilevanza della crisi aziendale nel reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1609 ss.

segna dunque la sorte dell'amministratore (di diritto o di fatto), destinato a vedersi contestata la fattispecie di cui all'art. 223 comma 2, n. 2 o 236 l.f. (in futuro 329 comma 2 n. 1 o 341 comma 2 codice della crisi) spesso in concorso con quella tributaria. Quest'ultima, dunque, assume una duplice rilevanza: reato *fiscale* autonomo ed elemento del tipo complesso, in ottica penale *fallimentare*³.

Chiaro il rischio di un'imputazione che degrada verso la responsabilità oggettiva: in un'ottica costituzionalmente orientata, solo il nesso di prevedibilità del dissesto preclude una contestazione dell'evento ulteriore che faccia carico all'omittente dell'insolvenza imponderabile al momento dell'inadempimento fiscale⁴.

In quest'ottica, sarà da intendere come prevedibile quel dissesto che consegua ad una reiterazione di inadempimenti, la cui stessa esistenza fornisce all'imprenditore la più limpida percezione possibile di una tensione finanziaria grave. In questo modo la combinazione normativa tra le due violazioni si fa ragionevole ed effettivamente è questo il percorso seguito dalla Cassazione, quando richiede che l'omissione fiscale assuma una connotazione di abitualità per poter integrare anche la bancarotta in caso di dissesto⁵.

2. I temi di parte generale

Non solo parte speciale però. È infatti possibile notare delle rivisitazioni di istituti di parte generale *ad usum* dell'illecito criminale fiscale: il *concorso di persone nel reato proprio* è certamente letto con grande rigidità in questo ambito, come pure l'*omissione propria* conosce una riconfigurazione giurisprudenziale assai originale. È altresì fruttuoso guardare al sistema attraverso la filigrana della

³ Si veda ad esempio Cass., V, n. 30735 del 05/04/2019 Ud. (dep. 12/07/2019) Rv. 276996 – 01, secondo cui integra il delitto di causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose previsto dall'art. 223, secondo comma, n. 2), l.f., l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto e dei contributi previdenziali e assistenziali che abbia causato il dissesto della società, potendo il reato fallimentare concorrere con quello tributario e con quello previdenziale in ragione della diversità sia dei beni tutelati sia della struttura dei reati. Sul concorso tra il reato fallimentare e quello tributario per diversità del bene tutelato, dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo, Cass. V, n. 40009 del 23/4/2014 Ud. (dep. 26/09/2014) Rv. 262212.

⁴ Si veda in questo senso Cass., V, n. 11956 del 07/12/2017 Ud. (dep. 15/03/2018) Rv. 272846, in motivazione: «Si può concludere, pertanto, nel senso che le operazioni dolose integranti la fattispecie di cui all'art. 223, secondo comma, n. 2, l. fall. possono anche essere tali da non determinare un immediato depauperamento della società, qualora la realizzazione delle operazioni stesse si accompagni alla prevedibilità del dissesto come effetto della condotta antidoverosa, nel "prevedibile caso di accertamento dei reati"». In precedenza, si veda Cass., V, n. 41055 del 04/07/2014 (dep. 02/10/2014) Rv. 260932, in motivazione. Sulla qualificazione giuridica multipla dell'inadempimento fiscale cfr. anche Cass., V, n. 43976 del 14/07/2017 Ud. (dep. 22/09/2017) Rv. 271612 – 01: «È configurabile il concorso tra il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000) e quello di bancarotta impropria mediante operazioni dolose previsto dall'art. 223, comma 2, n. 2 l. fall.» (l'evasione dell'imposta aveva determinato l'insorgenza di consistenti debiti a carico della società amministrata dovuti a sanzioni, interessi ed oneri accessori, oltre all'IVA, con conseguente incapacità della predetta società di fare fronte alle proprie obbligazioni).

⁵ Cass., V, n. 24752 del 19/02/2018 Ud. (dep. 01/06/2018) Rv. 273337 – 01: «In tema di bancarotta fraudolenta fallimentare, le operazioni dolose di cui all'art. 223, comma 2, n. 2, legge fall. possono consistere nel sistematico inadempimento delle obbligazioni fiscali e previdenziali, frutto di una consapevole scelta gestionale da parte degli amministratori della società, da cui consegue il prevedibile aumento della sua esposizione debitoria nei confronti dell'erario e degli enti previdenziali».

disciplina dei reati tributari come strumento in grado di cogliere profonde trasformazioni nel diritto penale *tout court*: si pensi alla *non punibilità 'meritata'*, vero e proprio *leitmotiv* di questa stagione legislativa.

2.1. Il concorso di persone nel reato proprio e la lettura indeclinabile del reato fiscale in contesti societari

La Cassazione distribuisce nelle organizzazioni complesse la responsabilità da reato tributario secondo traiettorie molto meno formalistiche di un tempo. Laddove prima si scorgeva un tipo monosoggettivo, per eccellenza riferito al legale rappresentante, si profila oggi sempre più un paradigma concorsuale. Qualche esempio può chiarire l'assunto.

Capita oggi di constatare come possono essere coinvolti nell'imputazione, a titolo di concorso per omesso impedimento del reato del firmatario della dichiarazione fiscale, anche i componenti non dissenzienti del consiglio di amministrazione⁶.

Secondo la Cassazione, nell'ipotesi in cui non siano state conferite deleghe, la regola generale è la responsabilità solidale di tutti i membri del CdA, fatta eccezione per coloro che, oltre a non aver contribuito con alcuna condotta positiva al fatto, abbiano altresì esternato o fatto annotare la propria opinione dissenziente in virtù dell'art. 2392, comma 3, c.c.

Anche sul campo fiscale, da sempre popolato da fattispecie iperproprie e iperdolose, si fa dunque strada il concorso con un dolo assai normativizzato, ricostruito a partire da perspicui segnali di allarme e poggiato sull'omessa attivazione di poteri in senso lato impeditivi, al pari di quanto si usa fare nel settore dei reati di bancarotta.

Il concorso come forma di tipizzazione elettiva della responsabilità penale tributaria nelle organizzazioni complesse si presenta anche al cospetto del dualismo tra amministratore di fatto e di diritto.

Da tempo la giurisprudenza sostiene che l'amministratore formale può essere ritenuto responsabile, a titolo di concorso con l'amministratore sostanziale, non certo per aver positivamente apposto la propria firma sulla dichiarazione fiscale, quanto in ragione della condotta di omesso impedimento dell'evento ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., dunque per il mancato esercizio dei poteri gestori e di controllo intrinsecamente connessi alla carica ricoperta. Con particolare riferimento agli illeciti fiscali, peraltro, il prestanome va esente solo qualora risulti totalmente privo di poteri o di

⁶ Cass., III, n. 30689 del 4/5/2021 (dep. 5/8/2021) Rv. 282714: «in tema di reati tributari, nel caso di delitto deliberato e direttamente realizzato da singoli componenti del consiglio di amministrazione di una società di capitali nel cui ambito non sia stata conferita alcuna specifica delega, ciascuno degli altri amministratori risponde a titolo di concorso per omesso impedimento dell'evento, ove sia ravvisabile una violazione dolosa dello specifico obbligo di vigilanza e di controllo sull'andamento della gestione societaria derivante dalla posizione di garanzia di cui all'art. 2392 c.c.».

possibilità di ingerirsi nella gestione aziendale⁷.

Nulla quaestio ovviamente quando l'amministratore di fatto sia l'ideatore del meccanismo fraudolento in un contesto in cui ricorra l'uso di società schermo⁸.

Infine, lo schema non cambia, anzi si replica rispetto a reati di mera omissione e non caratterizzati da alcuna frodolenza documentale. Si pensi alla successione di gestori nel caso di inadempienza tributaria pregressa. Per la Cassazione, ai fini della configurabilità del reato di omesso versamento di IVA (art. 10 *ter* d.lgs. n. 74 del 2000), non rileva quale causa di forza maggiore per il legale rappresentante di un'impresa lo stato di dissesto imputabile alla precedente gestione, se risulta che l'agente al momento del suo subentro nella carica aveva la consapevolezza della crisi di liquidità e non era nell'impossibilità a lui non ascrivibile di intraprendere alcuna iniziativa per fronteggiare tale situazione⁹.

In sintesi, dalla sommaria prospettazione finora svolta, pare emergere una tendenza, giurisprudenziale, a rendere strutturalmente concorsuale l'illecito penale tributario.

Che la responsabilità per tali reati tenda a farsi additiva, è confermato, *a contrario*, dal disconoscimento dell'esonero mediante la delega a soggetto diverso dell'amministratore, benché in altri contesti sia ampiamente riconosciuta (si pensi al campo dei reati ambientali o alla materia della sicurezza sul lavoro).

In sintesi, c'è un diffuso orientamento giurisprudenziale che, in virtù di un richiamo (paradossalmente *in malam partem*) alla tassatività, personalità o inderogabilità dell'obbligo d'imposta, tende a negare l'efficacia della delega in materia da parte del rappresentante legale dell'ente. Al contrario, è ben auspicabile che si instauri anche in sede penale, pur in mancanza di una norma *ad hoc*, l'indirizzo volto ad affermare la teorica possibilità di conferire valide deleghe fiscali a dipendenti qualificati o professionisti consulenti e persino a responsabilizzare esclusivamente l'amministratore di fatto, come del resto già avviene nella normativa amministrativa di settore (art. 11, comma 1, d.lgs. 472/1997)¹⁰.

Ad oggi, l'obbligo tributario penalmente sanzionato rimane intrasmissibile: il terzo non può

⁷ Cass. III, n. 47110 del 19/11/2013 Ud. (dep. 27/11/2013) Rv. 258080.

⁸ Rileva qui Cass., III, n. 20052 del 14/04/2022 Ud. (dep. 23/05/2022) Rv. 283202 – 01 per la quale, in tema di reati tributari, la prova della posizione di amministratore di fatto di una società "schermo", priva di reale autonomia e costituita per essere utilizzata come "cartiera" in un meccanismo fiscalmente fraudolento volto a evadere le imposte, si traduce in quella del ruolo di ideatore e organizzatore del suddetto sistema fraudolento, atteso che non è ipotizzabile l'accertamento di elementi sintomatici dell'inserimento organico in un ente solo formalmente operante.

⁹ Cass., III, n. 43599 del 09/09/2015 Ud. (dep. 29/10/2015) Rv. 265262 – 01.

¹⁰ Per non parlare di una delega al professionista, che come noto è del tutto irrilevante nell'ottica di escludere la responsabilità del delegante. Per Cass., III, n. 9417 del 14/01/2020 Cc. (dep. 10/03/2020) Rv. 278421, in tema di reati tributari, l'affidamento ad un professionista dell'incarico di predisporre e presentare la dichiarazione annuale dei redditi non esonera il soggetto obbligato dalla responsabilità penale per il delitto di omessa dichiarazione in quanto la norma tributaria considera come personale e indelegabile il relativo dovere, essendo unicamente delegabile la predisposizione e l'inoltro telematico dell'atto.

assumersene l'adempimento, ma al più concorrere come *extraneus* con il soggetto qualificato.

2.2. *Lo strano caso del mancato versamento del tributo dovuto: la ricostruzione del reato come omissivo 'bifasico'*

La giurisprudenza sulla responsabilità per mancato versamento di IVA e ritenute certificate nel contesto di crisi aziendali è stata occasione per una riflessione sulla struttura del reato omissivo improprio e sulla conformazione delle categorie dell'antigiuridicità e colpevolezza di questo modello di illecito, guardandole, per così dire, in negativo, cioè prendendo le mosse dalla valutazione sulla presenza di cause di esclusione di illiceità o del dolo in caso di inadempimenti obbligati dalla mancanza di liquidità.

Si è assistito ad una rilettura giurisprudenziale assai originale della struttura del reato omissivo, a tutti gli effetti un tipico caso di costruzione processuale della fattispecie sostanziale.

Di fronte alle ripetute allegazioni, da parte degli imputati, della crisi aziendale come causa di impossibilità oggettiva di adempiere all'obbligazione fiscale e della frequente ammissione di tale argomento difensivo da parte della giurisprudenza di merito, che ha inquadrato la situazione entro la cornice della forza maggiore¹¹, dello stato di necessità¹² o dell'assenza di dolo¹³, la giurisprudenza di legittimità ha replicato che tanto la tipicità, quanto l'antigiuridicità dell'omissione e la colpevolezza dell'imprenditore fossero per lo più conservate in tali evenienze. Per sostenere tale posizione però la Cassazione ha valorizzato un momento economicamente antecedente a quello della scadenza tributaria

¹¹ Di inesigibilità e di forza maggiore in relazione al delitto di cui all'art. 10 *bis* parla il Tribunale di Venezia (Trib. Venezia, sentenza 5 gennaio 2013, giud. Caruso, in Banca dati Leggi d'Italia). Il Tribunale di Novara (Trib. Novara, sentenza 20 marzo 2013, giud. Filice, in Corr. Merito, 2013, p. 760) in relazione alla fattispecie di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. 74/2000 sostiene che la crisi economica possa rappresentare una «sorta di “forza maggiore” che esclude la volontà del sostituto d'imposta di omettere il versamento delle ritenute»; ovviamente non ogni “illiquidità” sarà suscettibile di ingenerare la forza maggiore, «ma [...] solo quella determinata da fattori tutt'affatto estranei alla sfera di controllo dell'imprenditore, e in alcun modo riconducibili ad una sua *mala gestio*: in ciò tali da delineare una sorta di illiquidità non prevedibile né evitabile».

¹² Sulla specifica spendibilità dell'art. 54 c.p. nel quadro dell'omesso versamento di tributi in ragione di una crisi di liquidità, negandone la ricorrenza, si legga in particolare Cass., III, 5 giugno 2014 (ud. 14 maggio 2014), n. 23532, in Giur. pen. web, 11 giugno 2014.

¹³ In questo senso, ad esempio, Tribunale di Firenze (Trib. Firenze, Uff. Gip, sentenza 27 luglio 2012, giud. Belsito, in www.archiviopenale.it), nonché Tribunale di Milano (Trib. Milano, sez. III pen., sentenza 19 ottobre 2013, giud. Gamacchio, nonché Trib. Milano, Uff. Gip, sentenza 7 gennaio 2013, giud. Castelli, in *Dir. Pen. Cont.*, 25 gennaio 2013). Anche in una diversa sentenza del Tribunale di Milano (Cfr. Trib. Milano, Uff. Gip, sentenza 19 settembre 2012, giud. Domanico, in *Dir. Pen. Cont.*, 25 gennaio 2013) l'assoluzione dell'imputato per il delitto contestato è fondata sull'assenza di dolo rispetto all'art. 10 *bis*. Una pronuncia del Tribunale di Roma (Trib. Roma, sentenza 12 giugno 2013, giud. Di Nicola, in *Dir. Pen. Cont.*, 7 ottobre 2013), dopo aver rilevato che «la concreta esistenza di una crisi economica non è di per sé idonea a incidere sull'atteggiamento doloso eventualmente tenuto dal sostituto, nel senso che tale condizione di crisi non rappresenta un elemento alla stregua del quale escludere l'elemento soggettivo del dolo» ha precisato tuttavia che la crisi di liquidità può guidare il giudice nella valutazione «di carattere extrafattuale volta a verificare la sussistenza della concreta rimproverabilità della condotta penalmente illecita tenuta». Secondo il Tribunale di Piacenza, 30 luglio 2013, n. 678, Giud. Stoppini, in *Riv. pen.*, 2014, 516: «deve escludersi il dolo nella condotta omissiva sanzionata dall'art. 10 ter d.lgs. 74/2000 qualora l'omesso versamento debba ascrivere ai pignoramenti sui conti correnti dei crediti vantati dalla società effettuati in prossimità della scadenza del termine previsto per il versamento».

rilevante, quello dell'omesso accantonamento, nelle pieghe del bilancio dell'ente, del *quantum* necessario a provvedere ai debiti verso l'Erario¹⁴. È dunque il malgoverno della gestione finanziaria dei flussi di cassa a generare il rimprovero penale.

In giurisprudenza si intuisce nitidamente la costruzione del reato come fattispecie a formazione progressiva, per la precisione bifasica. Ad una fase pretipica o latente: la violazione dell'*obbligo di accantonamento*, seguirebbe quella tipica: la violazione dell'*obbligo di versamento*¹⁵.

Delle due sarebbe certamente la prima quella più significativa dal punto di vista del disvalore; in fondo l'inadempimento tributario costituirebbe al più una conseguenza automatica della prima trasgressione e la sua funzione sarebbe quella di confermare la precedente *mala gestio*, convalidando l'opportunità di punire l'omittente¹⁶.

La Cassazione costruisce, in alcune sentenze, l'omesso versamento come una sorta di *actio libera in causa*, poiché ciò che è veramente riprovato è che l'imprenditore si sia posto in una condizione che gli ha precluso di rispettare i propri doveri di contribuente. Come nell'ambito della disciplina della non imputabilità preordinata, qui vi sarebbe una consapevole preconstituzione di una situazione di impossibilità di agire. Il mancato versamento, diversamente da quello che riguarda il mancato accantonamento, di per sé non è effettivamente rimproverabile: non è, infatti, contestabile che al momento della scadenza fiscale non vi siano fondi nella casse della società.

Ebbene, tale lettura non è compatibile con la fattispecie penale, se si intende l'accantonamento delle risorse necessarie come elemento del tipo. È certo, infatti, che la mancata predisposizione della provvista per pagare alla scadenza non è un primo segmento della fattispecie, ma semmai può essere inteso come mero indice euristico del dolo (per lo più eventuale) del fatto.

L'omesso accantonamento sarebbe in breve il sintomo caratteristico dell'accettazione

¹⁴ Per acute osservazioni in ordine alla giurisprudenza in tema di crisi di liquidità e reati fiscali omissivi, nonché sul rapporto tra obbligo di accantonamento e obbligo di versamento penalmente sanzionato G.L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di IVA (artt. 10 bis e 10 ter d.lgs. n. 74/2000)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 settembre 2013, 5 ss.

¹⁵ Prendendo a riferimento l'art. 10 *ter*, l'accantonamento avrebbe ad oggetto le somme ricevute a titolo di IVA, naturalmente in caso di ricezione degli importi relativi alle fatture emesse. Peraltro, anche nel caso in cui il pagamento della somma oggetto di fatturazione non vi sia stato, l'omesso versamento dell'IVA sarebbe punibile, come ripetutamente affermato dalla Cassazione, secondo cui il rischio dell'inadempimento della controparte rientra nel prevedibile, e gestibile, rischio di impresa, cfr. da ultimo Cass., III, n. 27202 del 19/05/2022 Ud. (dep. 14/07/2022) Rv. 283347 – 01, per la quale l'omesso versamento dell'IVA dipeso dal mancato incasso per inadempimento contrattuale non esclude la sussistenza del dolo richiesto dall'art. 10 *ter* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, atteso che l'obbligo del predetto versamento prescinde dall'effettivo ottenimento delle relative somme e che il mancato adempimento del debitore è riconducibile all'ordinario rischio di impresa, evitabile anche con il ricorso alle procedure di storno dai ricavi dei corrispettivi non riscossi.

¹⁶ Cass., III n. 8352 del 24/06/2014 Ud. (dep. 25/02/2015) Rv. 263128 – 01. La Cassazione ha precisato anche che non è scriminabile dall'adempimento del dovere la destinazione delle somme incassate a titolo di IVA al pagamento della retribuzione dei lavoratori, poiché la precedenza di tali crediti rispetto a quelli dell'erario vale solo nell'ambito di procedure esecutive e fallimentari (si veda Cass., III, n. 52971 del 06/07/2018 Ud. (dep. 26/11/2018) Rv. 274319 – 01). Lo stesso onere di accantonamento vale rispetto al delitto di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. 74 del 2000 ed è chiaro fin dagli anni Novanta, si veda ad esempio Cass., III, n. 11694 del 18/06/1999 Ud. (dep. 13/10/1999) Rv. 215518 – 01, più di recente si legga Cass., III n. 3647 del 12/07/2017 Ud. (dep. 25/01/2018) Rv. 272073 – 01.

dell'eventualità di non adempiere alle obbligazioni tributarie.

Non è solo la fedeltà alla lettera della legge a imporre di vedere in questi termini le condotte precedenti alla scadenza fiscale, ma anche il rispetto di vincoli di sistema di carattere assiologico: la fonte della responsabilità penale non può essere il mero inadempimento tributario. Questo diventa accettabile penalmente solo quando l'imprenditore abbia compiuto una scelta complessiva attinente alla gestione aziendale, preferendo le proprie ragioni individuali a quelle collettive.

Occorre allora riportarsi ad un momento antecedente alla mera omissione, ma solo per comprendere, per inferenza a partire da dati di fatto storici, la dinamica motivazionale ed accertare l'elemento soggettivo, per verificare se la scelta del non accantonamento era obbligata per l'imprenditore e tale da rendergli chiara la commissione della futura omissione penalmente rilevante.

Si tratta di adottare una soluzione interpretativa coerente con l'art. 27 comma 1 Cost. e, volendo, compatibile con l'art. 1 del IV protocollo Cedu nella parte in cui, pur riferendosi alle obbligazioni contrattuali, fa divieto agli Stati parte di prevedere la carcerazione per debiti.

Tutto ciò converge insomma nell'imporre una verifica del giudice sulla presenza di una scelta libera alla base dell'omesso versamento. Ciò implica che non può assumere alcun rilievo il mancato accantonamento dei fondi necessari se prima della scadenza fiscale non si profilava alcun rischio di non avere risorse sufficienti a pagare. Non può assumere rilevanza penale l'omissione che derivi da situazioni esterne alla gestione aziendale e quindi in quanto tale non rifletta la scelta di non versare il dovuto (blocco di un mercato, fallimento del principale cliente nelle aziende mono o oligocommittenti, pignoramento dei conti per azioni emulative di un terzo e così via).

2.3. La non punibilità riscossiva

L'itinerario del diritto penale tributario raggiunge, infine, la tematica della punibilità, come variabile dipendente dal pagamento del debito fiscale¹⁷.

Occorre molta prudenza nella curvatura del diritto penale come strumento di intimidazione finanziaria, esclusivamente orientato alla monetizzazione della responsabilità dell'autore.

Dietro l'angolo è visibile la deriva verso la punizione del mero debitore moroso: naturalmente non deve avere cittadinanza costituzionale la costruzione di un diritto di censo, che consenta solo a chi può permettersi un pagamento tardivo di sfuggire alle spire della responsabilità penale. Non vi è nulla di più irrazionale e iniquo, prima e a prescindere dal richiamo all'art. 3 Cost.: basti pensare che spesso

¹⁷ Per ampie riflessioni in chiave politico-criminale in ordine al volto attuale del diritto penale tributario italiano S. CAVALLINI, *La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema?*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 3/2020, 257 ss.; A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs. 'illecito penale personale'. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, 173 ss.

chi paga tardivamente il debito tributario in un primo momento inadempito non è certo l'imprenditore in crisi economica, ma è proprio l'abile evasore, che ha sottratto per tempo il proprio patrimonio all'erario ed è in grado, alla bisogna, di spenderlo per procurarsi l'impunità se sia stato sorpreso.

In questa prospettiva emerge la disfunzionalità di siffatta impostazione anche rispetto alla prevenzione generale: nulla intimidisce di meno (o conforma, a seconda delle letture di tale funzione della pena cui si accede) dell'omessa responsabilità negoziabile quand'anche si viene scoperti¹⁸.

Va allora colto con favore quell'indirizzo giurisprudenziale che ammette, quanto meno, al patteggiamento anche colui che non sia in grado di soddisfare le pretese erariali in modo integrale e dunque soddisfare le condizioni di cui all'art. 13 *bis* comma 2 d.lgs. 74 del 2000. Diversamente si amputerebbe senza adeguata giustificazione il diritto fondamentale alla difesa, che è anche parità di accesso ai vari riti processuali astrattamente ipotizzabili¹⁹ (nonostante il diverso avviso sul punto della Corte costituzionale²⁰).

Eppure, il legislatore persevera con questa impostazione.

È di questi giorni, infatti, l'estensione della non punibilità dei reati tributari di omesso

¹⁸ La rimodulazione della pena o l'esenzione dalla stessa, in ragione di attività riparatorie e, in generale, di ravvedimenti in sede di postfatto, devono essere oggetto di attenta ponderazione e tendenzialmente concepite in chiave di sistema e non certo nell'ottica di interventi settoriali disorganici; il tema è approfonditamente indagato ormai dalla migliore dottrina, a mero titolo esemplificativo si considerino S. SEMINARA, *Riflessioni sulla «riparazione» come sanzione civile e come causa di estinzione del reato*, nonché M. DONINI, *Compliance, negoziabilità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la ristorative justice*, entrambi in Studi in onore di Dolcini, Milano, 2018, 553 ss.: 579 ss. A livello monografico, si veda in argomento il recente studio di G. TOSCANO, *Post crimen patratum. Contributo ad uno studio sistematico sulle ipotesi di ravvedimento postdelittuoso*, Torino, 2022, 73 ss.

¹⁹ Secondo questa giurisprudenza, se l'imputato dei delitti contemplati dall'art. 13 comma 1 d.lgs. n. 74/00 paga interamente il proprio debito con l'Erario, "non dovrà" patteggiare, se invece non paga, o lo fa in termini diversi da quelli previsti, "potrà" comunque presentare un'istanza di applicazione della pena. Siffatto orientamento è accolto senza riserve da molti commentatori, ad esempio C. SANTORIELLO, *Reati di omesso versamento: ammissibile il patteggiamento senza pagamento del debito tributario*, in *Il Fisco*, 2018, 34, 3284. Si veda, tra le altre, Cass., III, n. 9083 del 12/01/2021 Ud. (dep. 05/03/2021) Rv. 281709 – 01, nonché Cass., III, n. 48029 del 22/10/2019 Cc. (dep. 26/11/2019) Rv. 277466 – 01. In precedenza, Cass., III, n. 38684 del 12/04/2018 Cc. (dep. 21/08/2018) Rv. 273607 – 01, tutte concordi nel rilevare che l'estinzione dei debiti tributari, comprese le sanzioni amministrative e gli interessi, mediante integrale pagamento degli importi dovuti prima dell'apertura del dibattimento, non costituisce presupposto di legittimità dell'applicazione della pena ai sensi dell'art. 13 *bis*, in quanto l'art. 13 della stessa normativa configura tale comportamento come causa di non punibilità dei delitti previsti dagli artt. 2, 3, 4, 5, 10 *bis*, 10 *ter* e 10 *quater*, comma 1, del medesimo decreto e il patteggiamento non potrebbe certamente riguardare reati non punibili.

²⁰ Ci si riferisce alla sentenza n. 95 del 2015, secondo la quale qualunque norma che imponga oneri patrimoniali per il raggiungimento di determinati fini risulta diversamente utilizzabile a seconda delle condizioni economiche dei soggetti interessati a conseguirli. Non per questo solo, tuttavia, essa è costituzionalmente illegittima. Ciò avviene esclusivamente in due ipotesi: da un lato, quando ne risulti compromesso l'esercizio di un diritto che la Costituzione garantisce a tutti paritariamente (quale il diritto di azione e difesa in giudizio); dall'altro, quando gli oneri imposti non risultino giustificati da ragioni connesse a circostanze obiettive, così da determinare irragionevoli situazioni di vantaggio o svantaggio. Ad essa è poi seguita Cass., III, 1° agosto 2017 (ud. 18 maggio 2017), n. 38210, in *Giur. pen. web*, 23 agosto 2017, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione rilevando che «la negazione legislativa di tale rito alternativo non vulnera il nucleo del diritto di difesa, giacché la facoltà di chiedere l'applicazione della pena, peraltro esclusa per un largo numero di reati, non può essere considerata condicio sine qua non per un'efficace tutela della posizione giuridica dell'imputato» e che «l'onere patrimoniale imposto non genera alcuna disparità di trattamento perché risulta giustificato da ragioni obiettive, ossia dal generale interesse alla eliminazione delle conseguenze dannose del reato, anche per il valore sintomatico del ravvedimento del reo, oltre che dallo specifico interesse alla integrale riscossione dei tributi». Per la Corte non vi sarebbe nemmeno contrasto con l'art. 10 Cost. e l'art. 113 Cost., poiché disciplina non implica «alcuna limitazione della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, che il contribuente può liberamente scegliere di perseguire».

versamento e indebita compensazione in caso di pagamento tardivo del debito, ammesso fino al giudizio di appello (precisamente fino alla pronuncia della sentenza). La novità è stata introdotta dal d.l. 34 del 2023 che ha configurato una fattispecie ulteriore e speciale rispetto all'art. 13 del d.lgs. 74 del 2000²¹.

Il *trend* è trasversale ai vari formanti dell'ordinamento attivi in questo settore: la prospettiva è condivisa dalla giurisprudenza, anche quando la premialità del pagamento tardivo non ha una base legale e dunque non si imporrebbe in alcun modo il riconoscimento di un ponte d'oro al contribuente 'ravveduto'²².

Il riferimento corre all'ambito del d.lgs. 231/2001, si pensi ad esempio al cd. Caso dell'archiviazione del *branch* italiano di una multinazionale del trasporto e della logistica²³, in cui è venuta in rilievo, quale reato presupposto, la dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti (art. 25-*quinquiesdecies*) allo scopo di simulare contratti di appalto in luogo di somministrazione di manodopera.

Il Pubblico ministero, svincolato come noto dal controllo del Gip rispetto alle scelte di mancato esercizio dell'azione penale nei confronti della persona giuridica, ha ritenuto che una serie di indici fattuali deponessero nel senso dell'archiviazione.

La società aveva già pagato l'imposta dovuta, comprensiva di ingenti sanzioni e gravosi interessi, per il corrispondente illecito tributario; si era fatta carico della stabilizzazione di centinaia di lavoratori, che in precedenza svolgevano la loro mansione come prestatori d'opera alle dipendenze di plurime società appaltatrici, e aveva altresì attuato un'importante attività di implementazione del proprio modello organizzativo.

Conseguentemente, la Procura ha riconosciuto, senza dubbio con spirito equitativo comprensibile, la presenza di tutti i presupposti strutturali di un *bis in idem*: lo stesso soggetto, vale a dire l'ente, in caso di riconoscimento di una responsabilità amministrativa da reato, avrebbe patito le sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001 nonché quelle contemplate dalla disciplina amministrativa tributaria (agli artt. 1, comma 2 e 3, e 5, comma 4 e 4 *bis*, d.lgs. n. 471/1997).

²¹ Su cui, con accenti critici, si veda G.L. GATTA, "Tregua fiscale" e nuova causa di non punibilità dei reati tributari attivabile fino al giudizio d'appello. E il PNRR?, in *Sist. pen.*, 12 aprile 2023 e in precedenza S. PRANDI, D.l. 30 marzo 2023, n. 34: una nuova causa di non punibilità per i reati di omesso versamento e indebita compensazione, in *Sist. pen.*, 5 aprile 2023.

²² La premialità, nel contesto del d.lgs. 231/2001, è vincolata alla presenza di precisi presupposti di legge e orientata alla modulazione della risposta sanzionatoria, mai alla sua esclusione. In argomento C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 530 ss. Sui disallineamenti tra non punibilità della persona fisica e persistenza della punibilità dell'ente, anche in ambito penale tributario, sia consentito il rinvio a F. CONSULICH, *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2020, 249 ss.

²³ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, decreto di archiviazione 9 novembre 2022. Il provvedimento è pubblicato in *Sistema penale*, 28 novembre 2022, con nota di M. SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*.

Resta però un dato ineludibile. Anche quando si opera un'esegesi del sistema normativo *in bonam partem*, la mancanza di una disposizione legale di partenza rende assai discutibile il risultato raggiunto.

In effetti, non è stata estesa alle persone giuridiche la causa di non punibilità sopravvenuta costituita dal ravvedimento operoso, di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74/2000 (il riferimento, anche in via analogica, ad essa trova un limite nella previsione dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001).

Peraltro, la disapplicazione della fattispecie penale, in applicazione diretta del *ne bis in idem* ex art. 50 Cdfue, lascia un margine di discrezionalità applicativa davvero amplissimo, con il risultato di generare un disequilibrio di sistema non sostenibile: fuori delle materie di competenza dell'UE (quindi, nel caso delle fattispecie tributarie, tutte quelle che non impattano sulle finanze dell'Unione) si può invocare solo la garanzia convenzionale dell'art. 4 Prot. 7 Cedu, che però, ai sensi dell'art. 117 Cost., non è dotata di efficacia diretta²⁴.

3. Sintesi: scelte “tragiche” per il giudice italiano

Il diritto penale tributario ha ormai compiuto un lungo percorso che lo rende il laboratorio normativo perfetto per sperimentare la pena come strumento disgiunto da finalità protettiva di un qualche interesse, bensì funzionale al raggiungimento di obiettivi di bilancio. Ciò non contribuisce certo alla creazione di una *kulturnorm* sull'importanza della fedeltà fiscale e al riconoscimento sociale del disvalore delle pratiche di evasione dell'obbligazione tributaria. Non può essere poi così grave per il cittadino comune quel comportamento suscettibile di una qualche forma di ‘perdono giudiziale’ dietro pagamento del dovuto, addizionato di varie morfologie di sanzioni e interessi.

A marce forzate il reato tributario è destinato a divenire una sorta di *danegeld* del terzo millennio, pagato del privato affinché lo Stato non ne invada la vita con le sue sanzioni²⁵.

Peraltro, il sistema non si presenta affatto coerente rispetto alle sue premesse. La valenza estintiva della punibilità collegata al pagamento tardivo del debito tributario denota la focalizzazione della responsabilità penale sul danno all'Erario.

Recenti interventi legislativi revocano però in dubbio l'accento posto sull'evento offensivo nei reati fiscali (e dunque specularmente sulle condotte che lo elidono e conseguentemente fondano la non punibilità). Il d.lgs. 75 del 2020 (ben presto corretto dal d.lgs. 156 del 2022) ha infatti introdotto, all'art.

²⁴ Analoghi i rilievi in questo senso di M. SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, cit.

²⁵ Il *Danegeld* è una tassa pagata a cavallo dell'anno 1000 dagli abitanti della Gran Bretagna ai danesi affinché questi si allontanassero dall'isola e non compissero le proprie scorrerie (nel tempo l'imposta, una delle prime dirette della storia, fu ‘vestita’ come penale da riscuotere per la protezione navale da parte dei vichinghi di Danimarca). Si può leggere l'evoluzione storica di questa tassa in B. ABRAHAM, *'Danegeld'. From Danish tribute to English land tax: The evolution of danegeld from 991 to 1086*, in Tiley (ed.), *Studies in the history of tax law*, Vol. 6, 2013, Oxford, 277 ss.

6 del d.lgs. 74 del 2000, il comma 1 *bis*, che deroga al primo comma in base al quale il tentativo non è punibile negli illeciti penali tributari, prescrivendo la punibilità della forma tentata dei reati di cui agli artt. 2, 3 e 4 in presenza del fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un valore complessivo non inferiore a dieci milioni di euro e nel contesto di frodi transnazionali.

L'imput è *eurounitario* e precisamente viene fornito dall'art. 5 della direttiva PIF²⁶, ma il risultato è tutto *nazionale* e si misura in termini di incremento dell'incoerenza del sistema penale tributario²⁷.

A conti fatti il diritto penale tributario è sì oramai giunto, se non al centro del sistema, nei suoi immediati pressi, ma è arrivato alla meta a corto di razionalità.

Come sempre, al cospetto di una legge scarsamente ragionevole, si pone subito una *tragic choice*:

i) fornirne un'interpretazione ortopedica alla luce di principi di sistema (colpevolezza, proporzionalità, *ne bis in idem*), ma inevitabilmente contaminata da un tasso di incertezza derivante da un diritto che diviene pretorio;

ii) essere estremamente fedeli al testo legale e quindi implementare l'irrazionalità del sistema (qui l'operatore giuridico produce un effetto moltiplicatore dell'irragionevolezza).

In ostaggio della scelta, prima del giudice incerto sul da farsi o dello studioso dolente per l'asimmetria tra legge e principi penalistici, è sempre bene ricordarlo, rimane il cittadino, percorso da una responsabilità illogica.

²⁶ Direttiva (UE) 2017/1371 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”.

²⁷ Sulle disarmonie che l'intervento sull'art. 6 del d.lgs. 74 del 2000 presenta rispetto ai principi ispiratori di quest'ultimo, nonché con la struttura generale del tentativo di cui all'art. 56 c.p. si veda D. COLOMBO, *Il (nuovo) tentativo nei reati tributari dichiarativi. Note a margine del decreto legislativo 4 ottobre 2022, n. 156, art. 4*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2022, 251 ss.

DPEI 1/2024

La colpa datoriale per l'infezione da Covid-19: l'art. 29-bis quale "guida ragionevole" dell'interpretazione giurisprudenziale*

di Cristiano Cupelli

Professore ordinario di diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'

Sommario: 1. Gli *effetti indiretti* della pandemia e gli obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19. – 2. Le peculiarità del sottosistema della sicurezza sul lavoro. Cenni. – 3. Un nuovo fattore di rischio. – 4. *Per concludere*: un ridimensionamento della colpa penale o solo della *drammaticità* della colpa antinfortunistica da Covid-19?

1. Gli effetti indiretti della pandemia e gli obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio da Covid-19

Nel contesto di una più ampia riflessione sul *nuovo* diritto penale della sicurezza sul lavoro, non si possono non considerare taluni effetti che la diffusione del *virus* SARS-Cov-2 ha lasciato in eredità anche sul piano giuridico, in particolare con riferimento a soluzioni normative temporanee che hanno inciso su settori assai problematici della responsabilità colposa, tra cui – per quanto qui d'interesse – proprio quello antinfortunistico, contribuendo ad alimentare il dibattito su più generali prospettive di analisi e approfondimento in chiave di riforma.

Ebbene, si ricorderà come, sul versante della sicurezza sul lavoro, la ripresa *post* pandemica delle attività lavorative e produttive conseguente all'ingresso nella c.d. "fase 2", caratterizzata dall'allentamento e, dunque, dalla parziale modifica delle prescrizioni contenitive in vista di un graduale ritorno alla normalità, abbia posto, sul piano politico e nel contesto della fase più critica dell'emergenza pandemica, l'esigenza di attenuare la preoccupazione del fronte imprenditoriale per le eventuali responsabilità dei datori di lavoro connesse a possibili casi di infezione da coronavirus contratta da propri dipendenti¹.

* È il testo della relazione esposta al Convegno dell'associazione DPEI dal titolo "Economia, intervento penale e itinerari giurisprudenziali", tenutosi a Bologna, il 10 febbraio 2023.

¹ Nella medesima direzione di ridimensionamento dell'area di responsabilità, si muoveva anche il rapporto "Iniziativa per il rilancio Italia 2020-22" del Comitato di esperti in materia economica e sociale, nel quale – al punto 1.i della sezione dedicata a "imprese e lavoro motore dell'economia" – si suggeriva di "escludere il 'contagio Covid-19' dalla responsabilità

Si è trattato di preoccupazioni che, in termini più generali, come ben sappiamo, si sono innestate su un terreno già di per sé estremamente complesso, reso ancor più scivoloso dall'equiparazione, disposta dal secondo comma dell'articolo 42 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto *Cura Italia*, convertito nella legge 24 aprile 2020, n. 27) a fini assicurativi, dei casi di infezione da coronavirus in occasione di attività lavorative a veri e propri infortuni sul lavoro².

Così, al fine di tamponare questa "emergenza nell'emergenza", nel corso dell'esame del disegno di legge di conversione del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto liquidità), è stato introdotto (ed è ancora vigente) l'articolo 29-bis (dedicato agli "obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19"³ e poi definitivamente confluito nella legge 5 giugno 2020, n. 40), a tenore del quale, "ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste" e "qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente

penale del datore di lavoro per le imprese non sanitarie". Più nel dettaglio, si spiegava che "il possibile riconoscimento quale infortunio sul lavoro del contagio da Covid-19, anche nei settori non sanitari, pone un problema di eventuale responsabilità penale del datore di lavoro che, in molti casi, si può trasformare in un freno per la ripresa delle attività", suggerendo, per ridurre il rischio di responsabilità penale, che "l'adozione, e di poi l'osservanza, dei protocolli di sicurezza, predisposti dalle parti sociali (da quello nazionale del 24 aprile 2020, a quelli specificativi settoriali, ed eventualmente integrativi territoriali), costituisca adempimento integrale dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 del codice civile", evidenziandosi che "essendo la materia della sicurezza sul lavoro, intesa come contenuto dell'obbligo di sicurezza, e quella relativa ai contratti, di competenza statale esclusiva, è la legislazione nazionale che deve prevedere questo meccanismo, a garanzia dell'uniformità su tutto il territorio nazionale di una disciplina prevenzionale". In questi termini, il datore che adempie all'obbligo di sicurezza, "non andrebbe incontro né a responsabilità civile né a responsabilità penale, pur in presenza di un eventuale riconoscimento da parte dell'Inail dell'infortunio su lavoro da contagio Covid-19".

² Ampio il dibattito suscitato dall'analisi del reticolo dei molteplici provvedimenti normativi succedutisi a seguito dell'esplosione dell'emergenza pandemica; senza pretesa di esaustività, si rinvia, nella sola prospettiva penalistica, al recente lavoro monografico di A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino, 2023.

³ Sull'intervento normativo in esame e sulla responsabilità del datore di lavoro in caso di contagio, si vedano, a prima lettura e per tutti, S. DOVERE, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in corso di pubblicazione in *Labour and Law issues (LLI)*; ID., *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia insieme*, 22 aprile 2020; ID., *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, ivi, 5 maggio 2020; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sist. pen.*, 15 giugno 2020; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, ivi, 22 giugno 2020; S. BRUNO, *Attività d'impresa e rischi penali ai tempi dell'emergenza scaturita dalla diffusione del Coronavirus*, in www.dpei.it, 2020; ID., *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *Legisl. pen.*, 27 gennaio 2021.

più rappresentative sul piano nazionale”⁴. Nella sostanza, l'art. 29-bis ha affermato che il rispetto delle prescrizioni contenute nei citati protocolli corrisponde all'assolvimento dell'obbligo di cui all'articolo 2087 c.c. ai fini della tutela contro il rischio di contagio; va aggiunto che l'applicabilità di tale articolo è stata successivamente estesa, dal comma 5 dell'art. 1 del decreto-legge 6 agosto 2021 n. 111, al personale scolastico e universitario, allorquando siano rispettate le prescrizioni previste nel medesimo decreto (mascherine, distanza di sicurezza e divieto di accesso per soggetti sintomatici) e dalle linee guida e dai protocolli in materia⁵.

2. Le peculiarità del sottosistema della sicurezza sul lavoro. Cenni

Per inquadrare la tematica e cogliere portata e senso dell'innovazione, è necessario ricordare come, tra le molte peculiarità del microsistema della sicurezza sul lavoro, vi sia quella per cui, a fronte della spinta alla positivizzazione delle regole cautelari, accompagnata a una progressiva proceduralizzazione dell'obbligo di sicurezza (con il ricorso integrato a modelli di autodisciplina e a regole autonormate; regole cioè create e gestite dagli stessi operatori economici, in qualità di soggetti responsabili dello svolgimento delle attività rischiose), e dell'apparente guadagno in termini di determinatezza e conoscibilità del precetto, è ancora prevalente, in sede giurisprudenziale, il ricorso, quale parametro della colpa, a regole cautelari dai contenuti elastici, massicciamente presenti (pur se travestite da cautele rigide) nel *corpus* normativo, a partire dal d.lgs. n. 81 del 2008; l'effetto che ne deriva è l'ingenerare regole di accertamento ambigue e ibride, nelle quali i tratti semplificatori tipici della colpa specifica vengono riferiti a cautele elastiche che, pur formalizzate, presentano tutti i requisiti contenutistici della colpa generica.

⁴ Il comma 14 dell'articolo 1 del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 (recante "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19") stabilisce che "le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale", aggiungendo che "le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16". Va altresì segnalato quanto previsto, sul punto, anche dall'art. 2 del d.P.C.m. 17 maggio 2020, attuativo del d.l. n. 33 del 2020 (recante "Misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali"), che rinvia espressamente al protocollo di cui sopra e ad altri protocolli, allegandoli all'atto normativo stesso. L'art. 2, infatti, prevede che "sull'intero territorio nazionale tutte le attività produttive industriali e commerciali, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 1, rispettano i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali di cui all'allegato 12, nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri, sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali, di cui all'allegato 13, e il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 14".

⁵ Un primo commento in A. NATALINI, Green pass *obbligatorio per personale scolastico e universitario: il precetto, le sanzioni e la "norma scudo"*, in *NT+Diritto*, 11 agosto 2021.

Agli stessi fini, va richiamata la tendenza a fare ricorso a vere e proprie clausole generali, il cui più significativo esempio è rappresentato dall'art. 2087 c.c., che attribuisce all'imprenditore (con il quale in questo caso il datore di lavoro va a coincidere) l'obbligo di adottare, nell'esercizio dell'impresa, *le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*: un obbligo tanto ampio quanto indeterminato, limitandosi il precetto a individuare il soggetto su cui grava e i destinatari della tutela, senza fornire ulteriori informazioni sulla condotta da tenere o sull'esistenza di poteri impeditivi. Ora, sebbene parte della giurisprudenza abbia in talune occasioni provato a riempire la clausola aperta rappresentata dall'art. 2087 c.c., precisando che tale obbligo non vada esteso a ogni cautela possibile e innominata, ma riferito solo a comportamenti che trovino fondamento in fonti del diritto di rango primario o secondario o suggeriti dalla tecnica e che siano concretamente individuati e individuabili⁶, l'elasticità *strutturale* della fattispecie civilistica ha stimolato, sul fronte penale, interpretazioni altrettanto 'elastiche', dirette a estendere la portata della posizione di garanzia/protezione del datore di lavoro nei confronti dei suoi dipendenti.

È sufficiente ricordare, in proposito, la lettura secondo cui l'art. 2087 c.c., come tutte le clausole generali, finirebbe per assumere una funzione di adeguamento permanente dell'ordinamento al caso concreto e alla sottostante realtà socio-economica, che consentirebbe di supplire a ogni lacuna della normativa, inevitabilmente non in grado di contemplare tutti i fattori di rischio. In buona sostanza alla norma, è riconosciuta la funzione di *ulteriore fonte* di regole cautelari, la cui inosservanza viene a fondare la colpa del datore di lavoro: una vera e propria *norma di chiusura* del sistema prevenzionistico, che finisce per ampliare a dismisura la diligenza richiesta al datore, che non si esaurisce quasi mai nel rispetto delle regole cautelari scritte⁷.

3. Un nuovo fattore di rischio

In questo contesto problematico di base, è evidente come l'incertezza scientifica (non solo della prima fase) sulle precise caratteristiche del virus e sulle sue potenzialità di trasmissione abbia posto (e continui in parte ancora a porre) il datore di lavoro, nella gestione della sicurezza, di fronte a un fattore di rischio nuovo e in gran parte eterogeneo rispetto all'attività lavorativa, con tutte le difficoltà legate all'esatta perimetrazione di un livello di rischio accettabile nella ripartenza delle attività lavorative,

⁶ Fra le varie, si vedano Cass. 14 gennaio 2005, n. 644; Cass. 1 febbraio 2008, n. 2491; Cass. 23 settembre 2010, n. 20142; Cass. 3 agosto 2012, n. 13956; Cass. 8 ottobre 2018, n. 24742; più di recente, Cass. 11 febbraio 2020, n. 3282.

⁷ Sulle tendenze oggettivizzanti della prassi con riferimento all'art. 2087 c.c., si vedano, tra gli altri, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 568 ss.; A. GARGANI, *La flessibilizzazione giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Legisl. pen.*, 2011, 424 ss.; D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza sul lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I. Aggiornamento, Torino, 2000, 397 ss.

finendo per amplificare i segnalati timori di una iperpenalizzazione in ambito antinfortunistico.

Ad accentuare tali preoccupazioni ha contribuito, come detto, l'evoluzione della normativa emergenziale. Il riferimento è, in particolare, a quanto disposto dal ricordato art. 42 del decreto-legge n. 18 del 2020, che ha confermato, anche per le infezioni da *virus SARS-CoV-2*, l'applicazione del principio generale in base al quale le malattie infettive contratte in occasione di lavoro (ad esclusione di quelle inquadrare come malattie professionali) sono considerate *infortuni sul lavoro* ai fini della relativa assicurazione obbligatoria⁸.

Per sgombrare il campo da possibili fraintendimenti, vi è stata su tale articolo una presa di posizione da parte dell'Inail.

La **circolare 20 maggio 2020, n. 22**, in qualche modo anticipando i contenuti dell'art. 29-bis, aveva infatti riconosciuto che *“la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all'articolo 1, comma 14 del decreto legge 16 maggio 2020, n. 33”*. Ancora, si è aggiunto come *“il rispetto delle misure di contenimento, se sufficiente a escludere la responsabilità civile del datore di lavoro, non è certo bastevole per invocare la mancata tutela infortunistica nei casi di contagio da Sars-Cov-2, non essendo possibile pretendere negli ambienti di lavoro il rischio zero. Circostanza questa che ancora una volta porta a sottolineare l'indipendenza logico-giuridica del piano assicurativo da quello giudiziario”*. Si è conclusivamente esplicitato inoltre che *“il riconoscimento del diritto alle prestazioni da parte dell'Istituto non può assumere rilievo per sostenere l'accusa in sede penale, considerata la vigenza del principio di presunzione di innocenza nonché dell'onere della prova a carico del pubblico ministero. Così come neanche in sede civile l'ammissione a tutela assicurativa di un evento di contagio potrebbe rilevare ai fini del riconoscimento della responsabilità civile del datore di lavoro, tenuto conto che è sempre necessario l'accertamento della colpa di quest'ultimo nella determinazione dell'evento”*⁹.

⁸ Tale articolo, infatti, recita: “nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'Inail che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni Inail nei casi accertati di infezioni da *coronavirus* in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti dell'allegato 2 al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 27 febbraio 2019, recante 'Modalità per l'applicazione delle tariffe 2019'. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati”.

⁹ La prima circolare Inail (la n. 13 del 3 aprile 2020) ha, invece, individuato le fattispecie professionali per le quali viene riconosciuta una presunzione semplice di contrazione in occasione di lavoro (della malattia in oggetto), demandando, per le altre fattispecie, la definizione dell'eventuale sussistenza dell'occasione di lavoro all'accertamento medico-legale (quest'ultimo - afferma la circolare - "seguirà l'ordinaria procedura, privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale”).

Ciò nonostante, è stata pressante l'invocazione, da parte del mondo imprenditoriale, di un intervento chiarificatore di rango legislativo. Si è così giunti alla proposta emendativa citata in apertura, la quale, finalizzata a introdurre elementi di certezza, sembra muovere dalla piena consapevolezza della tendenza espansiva della prassi e puntare a ridefinire, con specifico riferimento al segnalato rischio di contagio, il contenuto dell'obbligo di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore gravante, ai sensi dell'art. 2087 c.c., sui datori di lavoro pubblici e privati.

Inserendo una disposizione che preveda che l'adozione di pre-date misure di contenimento costituisca assolvimento dell'obbligo di sicurezza, l'effetto pratico perseguito (ma non necessariamente raggiunto) è che – considerata la peculiarità della situazione – ciò che si può esigere dai datori di lavoro è soltanto l'adozione, l'applicazione e il mantenimento delle prescrizioni contenute nei protocolli espressamente richiamati (e successive modificazioni e integrazioni¹⁰) e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33.

4. Un ridimensionamento della colpa penale o solo della drammaticità della colpa antinfortunistica da Covid-19?

Delineato in estrema sintesi il quadro, s'impongono alcune brevi riflessioni su effetti e implicazioni delle norme esaminate.

Il principio stabilito all'art. 29-bis, come evidenziato, afferma che il rispetto delle prescrizioni contenute nei protocolli evocati corrisponde, nella sostanza, all'assolvimento dell'obbligo di cui all'articolo 2087 c.c. ai fini della tutela contro il rischio di contagio.

Sul piano della responsabilità penale, sembrerebbe dunque che l'intento legislativo sia quello di fissare la misura della diligenza richiesta al datore all'interno di misure preventive, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento e che dovrebbero rappresentare il portato di un sistema partecipato, e dunque condiviso, di valutazione e gestione del rischio, articolato nei momenti della concertazione fra le parti sociali, del coinvolgimento proattivo del Governo e del recepimento da parte del Parlamento; ciò, al fine di "evitare di fare gravare esclusivamente sul datore di lavoro il costo dell'incertezza scientifica"¹¹ e di impedire in futuro che, in fase di accertamento giudiziale, si attui un

¹⁰ Il Protocollo condiviso tra Governo e parti sociali del 24 aprile 2020 integra il protocollo precedentemente stipulato il 14 marzo dalle stesse parti; come recita in premessa il testo del Protocollo, "l'obiettivo del presente protocollo condiviso di regolamentazione è fornire indicazioni operative finalizzate a incrementare, negli ambienti di lavoro non sanitari, l'efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l'epidemia di Covid-19. Il Covid-19 rappresenta un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione. Il presente protocollo contiene, quindi, misure che seguono la logica della precauzione e seguono e attuano le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'Autorità sanitaria".

¹¹ A. ORSINA, *La pandemia e la tutela penale della salute e sicurezza del lavoro: il ruolo dei "protocolli condivisi"*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1456, la quale ricostruisce percorso formativo e coerenza normativa di tali protocolli; più diffusamente,

recupero di responsabilità per colpa fondato sulla clausola generale di cui all'art. 2087 c.c., laddove il contagio si sia verificato pur in presenza dell'adozione e dell'efficace attuazione delle misure protocollari stabilite.

Pur chiara nelle intenzioni, la norma lascia tuttavia residuare non pochi dubbi in merito all'effettiva capacità di raggiungere gli obiettivi.

4.1. Andando con ordine, se è vero che l'art. 42 del decreto-legge n. 18 del 2020, rettamente inteso, si limita a qualificare l'infezione virale da *Covid-19* quale infortunio sul lavoro *soltanto* ai fini della sua protezione indennitaria nell'ambito del sistema dell'assicurazione obbligatoria gestita dall'Inail, senza entrare nel campo della responsabilità datoriale né stabilendo alcun rilievo di tale qualificazione a fini penali o civili, è altrettanto vero che l'ordinamento penale non contempla alcuna differenza normativa tra infortunio e malattia professionale. Tuttavia, combinandosi l'equivocità della disposizione con l'indeterminatezza degli obblighi datoriali, per di più in un contesto complicato come quello pandemico, appare comprensibile e forse giustificabile l'avvenuto acuirsi del timore di una facile, per quanto erronea, equazione: *malattia da Covid-19 = infortunio sul lavoro = responsabilità penale del datore di lavoro*.

È altresì innegabile che già gli ordinari criteri di imputazione della responsabilità, se rettamente applicati, possano essere idonei a scongiurare interpretazioni eccessivamente penalizzanti per i datori, a partire dalla verifica del nesso causale (alla stregua dei parametri elaborati dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza Franzese), connotata in questo caso da un evidente ed elevato tasso di complessità – che difficilmente potrebbe condurre ad escludere decorsi causali alternativi e a corroborare l'ipotesi accusatoria con un alto grado di probabilità logica¹² –, sino a quella della colpa, fondata sui parametri della concretizzazione del rischio, dello scopo della norma violata, del comportamento alternativo lecito e soprattutto della misura soggettiva.

Senonché, una volta superato lo scoglio causale, sul versante soggettivo un *approccio realistico*, che tenga conto della concreta declinazione delle dinamiche processuali e delle tendenze giurisprudenziali, non può che indurre a un certo scetticismo in merito all'effettiva 'tenuta' dei ricordati criteri.

Si pensi, ad esempio, a come, nella prassi, non si possa fare ragionevole affidamento sulla sola

anche in ID., *La tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro al tempo del Covid-19*, Torino, 2022, 44 ss.

¹² Sulla difficoltà, nel caso di specie, di escludere i fattori causali alternativi, in ragione, fra l'altro, del carattere ubiquitario e silente del virus e dell'incertezza sulla data in cui è cominciata l'infezione, cfr. O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, cit., 4 ss., nonché, in precedenza, D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *Legisl. pen.*, 10 maggio 2020, 6 ss.; da ultimo, S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2022.

potenzialità ‘salvifica’ della c.d. misura soggettiva della colpa¹³. Si tratta di una categoria certamente capace – in linea teorica – di fornire un adeguato strumento di valutazione delle emergenze ‘contestuali’ e personali, legate alle difficoltà contingenti in cui si è chiamati a svolgere la propria attività (anche) nel settore della sicurezza sul lavoro. Questo tipo di accertamento fa leva sull’applicazione in sede penale della clausola generale contenuta all’art. 2236 c.c., che, in presenza di “*problemi tecnici di speciale difficoltà*” della prestazione professionale, limita la responsabilità del prestatore d’opera ai soli casi di dolo e colpa grave. Tuttavia, soprattutto sul terreno della responsabilità sanitaria, la giurisprudenza penale in ben poche occasioni vi ha effettivamente fatto ricorso, finendo per degradare la disposizione civilistica da canone valutativo a mera clausola di stile, sotto la rassicurante – ma poco appagante sul piano della declinazione pratica – formulazione di “*regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l’addebito di imperizia quando il caso specifico sottoposto all’esame del sanitario imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà*”¹⁴.

E così, l’opportunità dell’intervento può essere misurata e apprezzata al metro dei potenziali effetti attuali e futuri che, da questo punto di vista, potrà sprigionare: *oggi*, innescando una responsabilizzazione ulteriore dei datori di lavoro in ordine alla necessità di *attuare e mantenere* effettive misure preventive corrispondenti a quelle previste da protocolli e linee guida condivisi, che riproducono le *best practices* del settore; *domani*, in chiave di possibile esonero (quantomeno, come si vedrà, in termini di ausilio interpretativo) della responsabilità datoriale per violazione dell’art. 2087 c.c. Un duplice effetto di tutela, dunque: per i datori, delimitando il novero delle matrici colpose addebitabili ed escludendo che si possa pretendere, sempre e comunque e *a posteriori*, che *qualcosa di meglio e di più* si sarebbe potuto (e dovuto) fare; ma anche (e forse soprattutto) per i lavoratori e per le loro *aspettative* di sicurezza. Senza tralasciare i riverberi benefici connessi alla ripresa e al rilancio delle attività economiche e dei livelli occupazionali.

4.2. Venendo alle perplessità, legate soprattutto all’effettivo conseguimento dei fini perseguiti, è evidente come la previsione di adeguatezza non esaurisca (e non possa esaurire) tutto il ventaglio delle cautele ipotizzabili e delle imputazioni colpose addebitabili.

¹³ Nell’ambito della copiosa bibliografia sulla misura soggettiva, ci si può in questa sede limitare a segnalare i contributi di A. CANEPA, *L’imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 19 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna, 2013, 183 ss. e M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, ivi, 231 ss.; di recente, anche C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali. X*, Milano, 2017, 243 ss. e M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *Discrimen*, 16 dicembre 2021.

¹⁴ Per tutti, Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, Mariotti, cit., § 10.2; un recente (ma ancora isolato) esito innovativo, in tema di individualizzazione del giudizio di colpa nel settore della sicurezza del lavoro, in Cass., sez. I, 8 ottobre 2020 (dep. 13 gennaio 2021), n. 1096, V.F., in *Giur. it.*, 2021, 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*.

Anzitutto perché, come sappiamo, oggi il fuoco della colpa specifica *ibrida* è principalmente incentrato sulle prescrizioni contenute nel d. lgs. n. 81 del 2008, di talché il peso dell'art. 2087 c.c., in fondo, tende a diminuire e ad assumere i contorni di norma di chiusura (pur dai potenziali effetti espansivi, come si è visto). Ma soprattutto poiché, oltre che per quanto in precedenza detto anche per ciò che si ricava dalla semplice lettura del contenuto di molte cautele descritte nei protocolli richiamati dall'art. 29-*bis*, rispetto alle quali emerge un significativo margine di discrezionalità in sede di applicazione e di integrazione del Protocollo attribuito al datore di lavoro, residuerà sempre un margine di accertamento della effettiva idoneità tecnica e strutturale delle procedure normativamente previste; si pensi, a titolo esemplificativo, al funzionamento della strumentazione per la misurazione della temperatura al momento dell'ingresso sui luoghi lavorativi¹⁵.

Di conseguenza, non si potrà prescindere – in qualsivoglia contestazione in materia – da una perdurante quota di residua colpa generica, legata a doppio filo alla fisiologica genericità di alcune prescrizioni (configuranti regole cautelari elastiche) e alla necessità (che pone una stringente similitudine con quanto previsto per la colpa medica) di adeguarle alle *specificità del caso concreto*, per il tramite (quantomeno) di un'appropriate manutenzione degli strumenti, di una corretta attuazione dei protocolli estesa alla vigilanza sul rispetto da parte dei lavoratori delle cautele adottate e di una verifica – *ex ante* e in concreto – della loro idoneità allo scopo. È un discorso, questo, che vale rispetto al contagio ma che – in termini ancora una volta più generali – può essere esteso anche all'intero ambito della sicurezza sul lavoro e alle (pur intermittenti) tendenze alla formalizzazione delle regole cautelari.

Non è casuale, allora, che dallo stesso art. 29-*bis* continui a essere richiesto al datore, oltre all'adozione delle misure previste nei protocolli e nelle linee guida, proprio il loro mantenimento, con ciò esigendo un'opportuna attività organizzativa per la loro efficace attuazione. Ricavare dal rispetto dei protocolli e delle linee guida indicate nella norma – frutto di concertazione tra le parti sociali – una sicura esclusione di responsabilità dovrebbe necessariamente passare, semmai, per una diversa e più esplicita scelta politica, vale a dire per un'opzione legislativa che escluda espressamente ogni responsabilità penale (per colpa specifica e generica) del datore di lavoro in caso di rispetto delle cautele inserite nelle fonti richiamate, impedendo per tale via di attribuire rilievo penale a ogni altro comportamento, pur produttivo dell'evento infausto, riconducibile a diverse, pur possibili, violazioni cautelari¹⁶.

5. Per concludere

¹⁵ Sul punto, M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., 541.

¹⁶ In questo senso, S. DOVERE, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro*, cit., § 4.2.

In definitiva, si può concludere per un ridimensionamento tanto della "drammaticità della questione", per vero enfatizzata dai fraintendimenti ingenerati dalle possibili ricadute dell'art. 42 sulla responsabilità penale dei datori di lavoro, la cui innegabile problematicità non pare oggi accresciuta dai postumi dell'emergenza pandemica, quanto della portata innovativa dell'intervento normativo così come congegnato e delle relative aspirazioni in termini di non punibilità.

V'è allora da chiedersi quale spazio residui per l'art. 29-bis e che contributo possa davvero offrire in termini più ampi e sistematici. L'auspicio più realistico è che, introducendosi nel tessuto normativo *indizi* di certezza del diritto – in termini di riconoscibilità del precetto e prevedibilità della risposta sanzionatoria – e prospettandosi, in questo ambito, segnali se non di un passaggio quantomeno di un avvicinamento a un modello di eteronormazione cautelare¹⁷, con la valorizzazione di un inedito e apprezzabile dialogo tra autorità pubblica e soggetto privato trasfuso nei c.d. "protocolli condivisi", si possano in ogni caso attenuare le più macroscopiche problematiche legate all'accertamento della colpa generica, soprattutto allontanando la tentazione di un pericoloso scivolamento verso la logica semplificatoria del giudizio *ex post*, per la quale – a posteriori – si può e si potrà sempre pretendere qualcosa in più da parte dei datori di lavoro: in questa chiave di lettura, allora, l'art. 29-bis finisce per assumere la fisionomia di una *norma di indirizzo*, dal valore 'pedagogico', quale guida *ragionevole* dell'interpretazione giurisprudenziale nei casi complessi di contagio in ambito lavorativo.

¹⁷ Sui rapporti tra auto ed eteronormazione, nella prospettiva penalistica, cfr. per tutti C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 261 ss.

DPEI 1/2024

Istanze garantiste e necessità di tutela nella gestione dei rischi ‘leciti’: il caso della colpa generica*

di Salvatore Dovere

Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione

Sommario: 1. Sisifo all’opera – 2. Un istituto *prêt à porter* – 3. Un modello di accertamento e la sua concreta applicazione – 4. Tracciamento di nuove rotte – 5. E la colpa generica residuale? – 6. Conclusioni.

1. *Sisifo all’opera*

Persino ad un osservatore occasionale della galassia penalistica non sfuggirebbe la spirale ascendente percorsa dal reato colposo di evento negli ultimi decenni. Gli esploratori abituali sanno bene che ciò mette radici nella oggettiva moltiplicazione dei fattori di rischio determinata dal progresso scientifico e tecnologico; ma anche nella diffusa convinzione che proprio le conoscenze offerte dalle scienze e dalle tecnologie consentano di dominare i rischi, evitando che si trasformino in eventi infausti. Fa da contraltare ad una simile convinzione una più pressante pretesa di comportamenti in grado di prevenire gli eventi; e l’immediatezza con la quale si avanza la richiesta di ricerca del responsabile quando essi si verificano. Se poi l’accertamento tradisce le aspettative del *cast blame* – in ambiti soggettivi più o meno estesi, a seconda di quanto eclatante sia stato l’evento – quella radicata convinzione genera sfiducia nelle istituzioni ad esso preposte, accusate di negare giustizia.

Per quanto possa apparire paradossale, al contempo l’attribuzione di responsabilità per reato colposo di evento è percepita, da quanti militano nelle vaste fila dei potenziali autori, come una spada di Damocle sempre incombente, per quanta diligenza si possa porre nell’esercizio dell’attività rischiosa, poiché il fatto colposo *in act* ha un volto che sfugge alla conoscenza dell’operatore, giacché – si ritiene – definito dal giudice solo *a posteriori*. Di qui la crescente pressione da parte di differenti attori sociali (sanitari, controllori del volo, organi di protezione civile; ma l’elenco è incompleto e provvisorio) per ottenere, se non un salvacondotto generale, almeno un quadro di riferimento certo, che possa ridurre l’alea del giudizio sul comportamento che avrebbe voluto essere cautelare.

L’emergenza imposta dalla diffusione del *virus Covid-19* ha offerto al legislatore l’occasione

* Lo scritto propone l’intervento orale svolto nell’ambito del convegno organizzato dall’Associazione DPEI, dal titolo «Economia, intervento penale e itinerari giurisprudenziali», tenutosi a Bologna il 10 febbraio 2023, sottoposto agli opportuni adattamenti e corredato delle note essenziali.

per dare un segnale di attenzione ai datori di lavoro, preoccupati che la insufficiente determinatezza del quadro precettivo di riferimento (che ha al centro il d.lgs. 3 aprile 2008, n. 81) venisse amplificata dalle caratteristiche del fenomeno pandemico. Con l'art. 29-*bis* del d.l. 8 aprile 2020, n. 23¹ si è tentato di offrire un perimetro legalistico alla responsabilità per fatto colposo, con risultati che allo stato è possibile solo ipotizzare².

Già il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv., con modif., in legge 8 novembre 2012, n. 189 (più nota come 'legge Balduzzi'³), prima, e la legge 8.3.2017, n. 24 (cd. legge Gelli-Bianco⁴), poi, hanno tentato di percorrere la strada di un ancoraggio del giudizio di responsabilità ad un quadro di regole cautelari pre-dato al sanitario e al suo giudice, che possa fare da guida al primo e da limite al secondo.

È noto che gli sforzi del legislatore non hanno prodotto i risultati attesi dalla classe medica; e che in ogni settore ove operano gestori di rischi connessi all'esercizio di attività lecite la richiesta di una prevedibilità del giudizio togato che permetta di orientarsi nella difficile opera di individuazione *ex ante* del comportamento cautelare annega nella fluidità delle fonti di questo⁵.

¹ La disposizione è stata introdotta in sede di conversione dalla legge 5 giugno 2020, n. 40 ed ha il seguente tenore: «Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da *Covid-19*, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus *Covid-19* negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

² Sulla genesi della previsione C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema pen.*, 15 giugno 2020, il quale avanza dubbi sulla reale capacità della stessa di escludere imputazioni fondate su una colpa generica residuale; E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità penale nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Sist. pen.*, 2021, 15 febbraio 2021, allargando la ricognizione ad alcuni tentativi parlamentari di introdurre ulteriori disposizioni volte a limitare la responsabilità di altre categorie di operatori, rimarca che «si tratta di un modello di intervento a ben vedere privo di reale portata innovativa...» (23).

³ L'art. 3 del d.l., per come modificato dalla legge, aveva il seguente tenore: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

⁴ Alla legge si deve l'introduzione dell'art. 590-*bis* c.p., specificamente dedicato alla 'Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario', il cui testo recita: «1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. 2. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto». Il terzo comma abroga l'art. 3 della 'legge Balduzzi'. Come è agevole osservare, entrambe le disposizioni si incentrano sul rispetto delle Linee guida, nel tentativo di ancorare il giudizio di responsabilità ad un dato preesistente allo stesso.

Sulla trama normativo tessuta dal legislatore con i due ravvicinati interventi, contestualizzati in un più ampio scenario, e sulle posizioni assunte al riguardo dalla giurisprudenza C. BRUSCO, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli-Bianco)*, Milano, 2017; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017. Sembra a chi scrive che, successivamente alla sentenza delle Sezioni Unite Mariotti (Cass. S.U., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, in Cass. pen., 2018, fasc. 5, 1452 ss.), i temi proposti dalle pur importanti innovazioni normative abbiano avuto poche occasioni di approfondimento da parte dei giudici di legittimità.

⁵ Il disagio dei gestori di rischi in contesti di elevata complessità non è esclusivo dei sanitari, anche se ad esso il legislatore

Una robusta radice del problema affonda nel tradizionale uso che la giurisprudenza fa della colpa generica⁶. Se la teoria insegna che il giudice deve essere soltanto fruitore di regole cautelari che preesistono al fatto, la pratica del giudizio va evidentemente in diversa direzione se è vero che pressoché unanime è la critica rivolta dalla dottrina: nei casi di colpa generica «l'esperienza insegna come ... la regola di condotta che si sarebbe dovuto rispettare venga ricostruita, non di rado, solo *a posteriori*»⁷. L'effetto è quello di una inaccettabile inconoscibilità *ex ante* del comportamento che vale ad escludere il giudizio di responsabilità.

Come è noto, le opzioni sul terreno non contemplano la riduzione della colpa in senso oggettivo alla trasgressione delle regole positivizzate⁸. D'altro canto, nel nostro ordinamento un formidabile argomento contro ogni tesi estrema è agevolmente leggibile nell'art. 43 cod. pen., che menziona tanto la negligenza, la prudenza e l'imperizia quanto la violazione di leggi, regolamenti, ordini e discipline.

Si tratta, piuttosto, di accrescere il tasso di accessibilità alla regola non scritta, in modo da renderla *egualmente* conoscibile ed identificabile dal gestore del rischio e dal giudice. Il che presuppone una comune base di conoscenza, per entrambi parziale (ovvero priva della conoscenza maturata *post evento*).

Non che di ciò non sia avvertita la stessa giurisprudenza alla quale si rimprovera di essere incline a disallineare i portafogli cognitivi e di non scorgere i casi nei quali opera il senno di poi. In molte sentenze si legge nitidamente che le regole cautelari la cui osservanza si pretende dal gestore del rischio non sono create dal giudice ma preesistono al momento in cui il rischio va gestito. Ciò nonostante, raramente si è pervenuti ad escludere la disponibilità *ex ante* di una appropriata regola

ha dedicato attenzione maggiore, spinto anche dalla necessità di evitare pratiche dannose come quelle che danno vita alla c.d. medicina difensiva. Con tale espressione ci si riferisce ad un fenomeno bifronte: da un canto vi è l'uso pletorico delle risorse diagnostiche e terapeutiche (c.d. medicina difensiva positiva); dall'altro il sottrarsi del medico ai pazienti, alle pratiche e alle procedure che lo espongono maggiormente a rischio (c.d. medicina difensiva negativa); il tutto in funzione esclusivamente della riduzione del rischio penale derivante dall'esercizio della professione. Sul tema F. D'ALESSANDRO, *Contributo del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 927 ss. Per un inquadramento più generale si veda FORTI-CATINO-D'ALESSANDRO-MAZZUCATO-VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012. Nel dibattito giuridico intorno alla responsabilità colposa affiora anche la locuzione 'protezione civile difensiva' (cfr. G. CIVELLO, *La colpa eventuale nella società del rischio*, Torino, 2013, 142); mentre anche gli operatori del settore aeronautico sollecitano una adeguata considerazione delle particolari difficoltà dello svolgimento dei compiti loro affidati [cfr. volendo, S. DOVERE, *Prospettive della responsabilità colposa nel settore aeronautico (l'espansione ultra limes della colpa lieve)*, in *Riv. civ. prev.*, 2016, 1023 ss.].

⁶ Una recente rielaborazione è proposta da A. PERIN, *Prudenza dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 197 ss. Per un panorama delle opinioni in ordine alla problematica relazione corrente tra illecito colposo e principio di legalità, R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, in *Reato colposo*, diretto da DONINI, *Enc. dir.*, I Tematici, II, Milano, 2021, 519 ss. (in specie 536 ss.).

⁷ L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli, 2011, 963.

⁸ Anche la dottrina più critica verso la colpa generica riconosce che essa non può essere del tutto espunta dal sistema; pertanto, sostiene che essa può consistere solo nella violazione delle «prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate»: F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.

cautelare; una volta esplorato inutilmente l'orizzonte delle regole positivizzate è stato sufficiente volgere lo sguardo al vasto e opaco mare delle regole non scritte per 'trovarvi' facilmente ciò che il gestore del rischio aveva indebitamente trascurato di individuare.

Tuttavia, il problema dell'equilibrio tra istanze di tutela e funzione di garanzia del diritto penale in questo campo non risente soltanto dalla gestione giurisprudenziale della colpa generica. Almeno un diverso e preliminare passaggio appare in grado di pregiudicare quell'equilibrio, a tutto vantaggio delle istanze di tutela.

2. *Un istituto prêt à porter*

Il riferimento è alla tradizionale concezione della posizione di garanzia. La giurisprudenza non sempre ne ha colto la relazione di alterità ontologica e di integrazione funzionale con la regola cautelare. Con l'effetto di accreditare la plausibilità di un automatismo, tale per cui se l'evento infausto si verifica allora si è venuti meno ai doveri connessi alla posizione di garanzia. Vestito l'imputato della posizione di garanzia è avviato a soluzione l'accertamento della responsabilità. Nella nota vicenda di Sarno, nella quale veniva all'esame la posizione del Sindaco quale organo di protezione civile, si è sostenuto che l'art. 3 della legge n. 225/1992, nel porre obblighi di previsione e di protezione reca, perciò solo, «regole cautelari proprie della protezione civile che, pur potendosi ascrivere a generiche cautele che gli organi istituzionali devono adottare in generale, costituiscono un'applicazione specifica di queste cautele ...». Con la conseguenza che «le inosservanze di queste norme cautelari (omissione delle attività di previsione e prevenzione) costituiscono violazione di regole cautelari normativamente previste e quindi ipotesi di colpa specifica»⁹.

Prevedere e prevenire in realtà sono compiti; la disposizione citata non descrive il modo in cui essi devono essere svolti. Una cospicua giurisprudenza ha però seguito quest'indirizzo, finendo con il far discendere dalla verifica dell'evento infausto il giudizio di scorretta interpretazione della posizione di garanzia.

Un orientamento che la stessa giurisprudenza ha più recentemente cominciato a considerare criticamente. Allorquando ai componenti della Commissione Grandi Rischi, tratti a giudizio per rispondere di alcuni dei fatti luttuosi conseguenti al terremoto di L'Aquila del 2009, venne rimproverato di aver svolto una "valutazione dei rischi connessi all'attività sismica in corso sul territorio aquilano dal dicembre 2008 approssimativa, generica ed inefficace in relazione alle attività e ai doveri di "previsione e prevenzione", la Corte di cassazione¹⁰ rimarcò che norme come l'art. 3 della legge n. 225/92 identificano una competenza; ma i concreti contenuti della stessa, il come fare,

⁹ Sez. IV, 11 marzo 2010 (dep. 3 maggio 2010), n. 16761, in Cass. pen., 2011, 101 ss.

¹⁰ Sez. IV, 19 novembre 2015 (dep. 24 marzo 2016), n. 12478, in Cass. pen., 2016, 4438 ss.

risultano descritti da regole cautelari, ovvero da prescrizioni che hanno necessariamente contenuto modale. Le norme che stabiliscono i compiti della Protezione civile come “attività di previsione e di prevenzione” non descrivono ancora quali particolari misure devono essere adottate per conseguire l’obiettivo della protezione della popolazione dagli eventi naturali capaci di generare danni alle persone e alle cose in larga scala. Ed invece, la qualità della regola cautelare è quella di indicare preventivamente quale specifica condotta debba essere tenuta e quale specifico evento, definito almeno sul piano categoriale, essa valga a prevenire. Quella norma (l’art. 3) nulla dice in merito al come deve essere adempiuto il compito di previsione e prevenzione e quindi in ordine al parametro di valutazione perché possa parlarsi di una corretta opera di previsione, prevenzione e di analisi.

In questo modo è stata introdotta nello strumentario concettuale della giurisprudenza la distinzione tra norme di dovere e regole di diligenza¹¹, che ha trovato altra importante occasione di applicazione nella pronuncia che la Corte di cassazione ha deliberato nell’ambito della vicenda giudiziaria scaturita dall’inondazione di Genova avvenuta il 4.11.2011¹².

La conseguenza è che non è sufficiente individuare la titolarità di una posizione di garanzia¹³ per ‘impostare’ l’accertamento del nesso di causa; occorre altresì individuare la regola cautelare la cui osservanza si imponeva nel caso specifico e poi interrogarsi sulla causalità della colpa.

Nell’ambito del diritto penale della sicurezza del lavoro una traiettoria analoga è stata percorsa a riguardo dell’art. 2087 c.c. Anche questa disposizione è stata a lungo interpretata come se ponesse una posizione di garanzia che, in ragione della indeterminatezza delle cautele doverose implicata dal richiamo alle particolarità del lavoro, all’esperienza e alla tecnica, finiva per essere totalizzante. Ed anche a proposito di questa disposizione la recente giurisprudenza ha adottato un’interpretazione che ne pone in dubbio il carattere di regola cautelare, mancandole il carattere modale che si riconosce tipico di queste.

3. Un modello di accertamento e la sua concreta applicazione

Un secondo importante snodo nel percorso verso la massimizzazione della tutela è identificabile nel metodo di accertamento della regola di diligenza non scritta la cui trasgressione rende la condotta tipica. Quando la cautela è positivizzata ed ha struttura rigida le difficoltà possono risolversi in forza di un impegno essenzialmente esegetico. Ma già se la regola scritta ha carattere elastico, ecco proporsi i problemi che tipicamente accompagnano le regole non scritte. In tali casi, i concreti tratti

¹¹ Per l’approfondimento della categoria delle norme di dovere, come norme sulla competenza, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.

¹² Sez. IV, 12 aprile 2019 (dep. 22 maggio 2019), n. 22214, in C.E.D. Cass., n. 276685.

¹³ Ma più corretto è parlare di posizione gestoria: Cass., S.U., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, in Cass. pen., 2015, fasc. 2, 426 ss.

del comportamento diligente, prudente, perito non sono definiti dal legislatore, sicché si pone il quesito di come identificarli. L'opzione che si è da tempo consolidata nella giurisprudenza è quella del ricorso al parametro dell'agente modello ('perfezionato' nella versione dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*¹⁴). Ribadito che il fondamento della responsabilità colposa è rinvenibile nella contrarietà della condotta a norme di comportamento di cui sono espressione le regole cautelari dirette a prevenire determinati eventi e nell'inosservanza del livello di diligenza oggettivamente dovuta ed esigibile, si è precisato che, tanto per la colpa generica che per la colpa specifica la responsabilità non si fonda su un indefinito processo psicologico interiore ma sulla trasgressione ad un sistema normativo esterno (i cui criteri di formazione costituiscono una generalizzazione di quei criteri di prevedibilità ed evitabilità che sono rilevanti anche sotto il profilo soggettivo).

Ciò premesso, all'interrogativo in ordine a quale debba essere il criterio per valutare se l'agente, nel caso di colpa generica, si sia attenuto alle richieste regole di diligenza, prudenza e perizia e quale sia, nel caso di colpa specifica, il livello atteso di rispetto della regola cautelare (nei casi in cui esistano diversi livelli di osservanza della regola) e se l'agente concreto si sia mantenuto nei limiti richiesti, il giudice di legittimità ha tradizionalmente dato come risposta che occorre guardare allo standard offerto dall'agente modello, inteso come l'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Ciò in quanto «il parametro di riferimento non è [...] ciò che usualmente viene fatto ma ciò che dovrebbe essere fatto; non possono infatti essere convalidati usi scorretti e pericolosi [...]»¹⁵.

Quest'insegnamento ha dominato lo scenario giurisprudenziale per diversi lustri; ne può dirsi del tutto abbandonato. Infatti, ancor oggi la giurisprudenza chiama in causa l'agente modello per la definizione della regola cautelare che nel caso concreto avrebbe dovuto essere applicata.

Si afferma, ad esempio, che «la verifica in ordine alla "prevedibilità" dell'evento impone il vaglio delle possibili conseguenze di una determinata condotta commissiva od omissiva avendo presente il cosiddetto "modello d'agente" ossia il modello dell'uomo che svolge paradigmaticamente una determinata attività, che importa l'assunzione di certe responsabilità, nella comunità, la quale esige che l'operatore concreto si ispiri a quel modello e faccia tutto ciò che da questo ci si aspetta»¹⁶.

La dottrina propone posizioni diversificate; larga parte sostiene l'uso del parametro dell'agente modello, ritenendo che a dover essere censurato è piuttosto il modo in cui la giurisprudenza utilizza

¹⁴ G.P. DEMURO, voce *Homo eiusdem professionis et condicionis (profili storici)*, in *Reato colposo*, diretto da DONINI, *Enc. dir.*, I Tematici, II, Milano, 2021, 607 ss.

¹⁵ L'affermazione emerge nella nota decisione che la Corte di cassazione adottò nel 2006 nel procedimento per i fatti di Porto Marghera (Sez. IV, 17 maggio 2006 (dep. 6 febbraio 2007), n. 4675, in *Cass. pen.*, 2009, 2837 ss.) ed è stata successivamente riproposta; ad esempio, nella già citata pronuncia n. 16761/2010.

¹⁶ Cass. 14 marzo 2014, n. 22249, in *Cass. pen.*, 2015, 17.

quel parametro¹⁷. Non mancano gli studiosi che ritengono il parametro afflitto da insuperabili vizi¹⁸.

In effetti, appare difficile da superare l'osservazione per la quale la definizione dei lineamenti dell'agente modello è in definitiva opera del giudice; con l'effetto che diviene elevatissimo il rischio di una ricostruzione *a posteriori* della condotta doverosa. Le insidie sono messe a nudo dalle neuroscienze; le quali insegnano che il giudice – come ogni altro soggetto – soggiace alle distorsioni cognitive che possono alterare il giudizio di prevedibilità e di evitabilità, comunemente indicate evocando quel 'senno di poi' del quale correntemente si parla.

Alcune di queste distorsioni conducono a sovrastimare la possibilità di prevedere un determinato evento quando si sia a conoscenza del fatto che lo stesso si è verificato (*hindsight bias*); altre inquinano la valutazione delle possibilità di evitare un evento, apprezzate in misura direttamente proporzionale alla gravità dell'evento verificatosi (*outcome bias*)¹⁹. Sicché, l'agente modello finisce per essere delineato sulla base di un'alterata percezione di ciò che era prevedibile ed evitabile. Se non proprio onnipotente l'agente modello appare, nell'applicazione concreta, un termine di raffronto troppo astratto dalla realtà e soprattutto immancabilmente diverso da quello che aveva 'ispirato' il gestore del rischio al tempo della condotta. Con esiti applicativi tanto pericolosi per la funzione di orientamento sociale delle norme penali quanto soddisfattivi della richiesta di attribuzione di responsabilità provenienti dal corpo sociale.

4. Tracciamento di nuove rotte

Di tutto ciò la recente giurisprudenza sembra essere maggiormente avvertita; si rinvengono segnali di uno sforzo di autocontrollo, teso a dare al giudizio basi in certa guisa oggettive.

In estrema sintesi, per assicurare una maggiore determinatezza al tipo colposo la giurisprudenza sta sviluppando prospettive ricostruttive che marcano una certa distanza dalle tradizionali posizioni.

Ad esempio, diligenza, prudenza, perizia non sono più ritenute locuzioni realmente esplicative; non basta evocarle per ritenere assolto il compito di descrivere la colpa oggettiva. Si tratterebbe di sintesi verbali di regole cautelari che vanno comunque individuate ed esposte.

Lo stesso reperimento giudiziale delle regole cautelari che dovevano essere applicate dal gestore del rischio per il corretto governo di questo non sfugge al contraddittorio processuale.

Le differenze con il ricorso all'agente modello sono abbastanza palesi. Mentre utilizzando tale parametro l'individuazione della regola cautelare resta opera solitaria del giudice, che le parti, solo

¹⁷ G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Leg. pen.*, online, 5 febbraio 2020, 3 ss.

¹⁸ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2009, 165 ss., e PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, Napoli, 2020, in specie 227 ss.

¹⁹ S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 583 ss.

dopo aver letto la motivazione della decisione, possono contrastare mediante l'impugnazione e, ove possibile, con la rinnovazione istruttoria, vincolando invece il decisore a dare dimostrazione del fatto che la regola cautelare era già definita al tempo in cui doveva essere gestito il rischio, non solo lo si obbliga ad indicare i saperi esperienziali e/o scientifici che quella regola hanno prodotto, ma si permette alle parti di fare della esistenza e del contenuto della regola materia di prova in contraddittorio prima della decisione, con ciò gettando le basi anche per una sua più perspicua critica.

Talvolta, il cambio di rotta si manifesta con particolare evidenza. Esaminando il giudizio di responsabilità di un datore di lavoro per aver cagionato la morte di un dipendente facendolo lavorare in ambiente esterno nonostante la temperatura fosse di 34° centigradi, ovvero in condizioni climatiche che i giudici di merito avevano ritenuto incompatibili con lo svolgimento di lavori edili, la Corte di cassazione ha ritenuto che la regola individuata non trovasse «alcun riscontro tecnico, né esperienziale» e fosse anche priva di aggancio in una condizione di allerta meteorologica giustificante l'astensione dalle attività fisiche e lavorative all'aperto. Quindi la regola era stata creata *ex post*: «una simile generalissima norma di diligenza e prudenza deve senza dubbio connotare la condotta del datore di lavoro, ma proprio per il suo contenuto generico occorre che essa sia ancorata a parametri di prevedibilità individuabili da colui sul quale incombe l'apprezzamento, ché, altrimenti, si incorre nel rischio di trasformare la valutazione sulla conciliabilità fra condizioni atmosferiche ed attività lavorativa in un giudizio *ex post*»²⁰. Chi crederebbe che evocando l'agente modello non si sarebbe concluso per la sussistenza della colpa oggettiva?

5. E la colpa generica residuale?

La valorizzazione del ruolo che le regole cautelari svolgono nell'imputazione colposa, il superamento del modello di accertamento fondato sul ricorso all'*homo eiusdem professionis et conditionis*, l'ancoraggio al patrimonio di conoscenze della comunità scientifica e, in mancanza, degli operatori del settore, rappresentano un significativo passo avanti a favore delle istanze di garanzia; in attesa che le neuroscienze aiutino il decisore a gestire le proprie distorsioni cognitive.

Nel frattempo, resta sul tappeto la questione alla quale si è fatto cenno in principio: per quanto la colpa generica risulti oggi assistita da presidi che mirano ad assicurare la reale accessibilità *ex ante* alle regole cautelari non scritte, essa è compatibile con il rispetto di regole cautelari codificate²¹?

²⁰ Cass. IV, 9 dicembre 2020 (dep. 12 marzo 2021), n. 9824, non mass. Per più ampi richiami alle decisioni che danno corpo al recente orientamento, volendo, S. DOVERE, voce *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, in Reato colposo, diretto da DONINI, *Enc. dir.*, I Tematici, II, Milano, 2021, 581 ss.

²¹ Ci sembra che il quesito si ponga a prescindere dalla ridotta capacità della giustapposizione tra colpa specifica e colpa generica a restituire la realtà delle complesse dinamiche che le correlano. Sul punto D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in Reato colposo, diretto da DONINI, *Enc. dir.*, I Tematici, II, Milano, 2021, 218 ss.

È in larga parte riconosciuto che le regole positive sono il frutto di valutazioni che possono tener conto solo di una piccola parte delle circostanze concrete che accompagnano la realizzazione della condotta. La premessa conduce parte degli studiosi a legittimare quanto meno la colpa generica integratrice. Altra dottrina esprime però una posizione critica, ritenendo che una pretesa ulteriore rispetto a quella positivizzata concreti una contraddizione, considerato che quando l'esercizio di una determinata attività è disciplinato da regole cautelari scritte, è in esse che si rinviene la misura ritenuta idonea a prevenire il rischio²². Sottesa all'affermazione sembra esserci l'individuazione di una differenza strutturale tra colpa specifica e colpa generica, tale da determinare la necessaria alterità dell'una rispetto all'altra. La colpa specifica presupporrebbe una valutazione di merito istituzionalizzata che trae causa nella circostanza che il gruppo sociale non è in grado di definire in modo autonomo e soddisfacente l'area del rischio consentito, mentre la colpa generica trarrebbe origine direttamente ed esclusivamente dalla sperimentata idoneità prevenzionistica della regola cautelare. Questa differenza strutturale implicherebbe il riconoscimento dell'affidamento del destinatario del precetto penale nella determinazione normativa del rischio consentito, quindi la limitazione della pretesa comportamentale a quanto positivizzato.

La giurisprudenza non ha mai posto in discussione la legittimità di una pretesa che vada oltre l'osservanza della regola positiva in casi nei quali il rispetto di una regola di diligenza sia imposto dalla necessità di tutela²³.

L'orientamento giurisprudenziale tradizionale maturato in un settore come quello antinfortunistico, che rappresenta il principale ambito di elaborazione dei temi che qui interessano, sosteneva che «esclusa la responsabilità per colpa, consistente nella violazione delle specifiche norme antinfortunistiche, ben può il committente rispondere per una condotta colposa, che integri gli estremi della imprudenza e della negligenza, intesa al principio generale del *neminem ledere*»²⁴.

Il principio del *neminem laedere* risulta essere, per questa giurisprudenza, la fonte dalla quale scaturisce un generico ed immanente dovere di diligenza, da osservare quando si pongono in essere attività dalle quali possono scaturire pregiudizi a terzi. La prevedibilità di tali conseguenze pregiudizievoli è, in uno con la incidenza causale, il fondamento della colpa pur quando siano state osservate le regole cautelari scritte. Pertanto, per escludere la responsabilità (ad esempio, dell'utente

²² C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1492.

²³ Si legge in Cass. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, in *Cass. pen.*, 2013, 2984: «Sebbene la colpa specifica costituisca la forma più evoluta e determinata d'imputazione, della colpa generica, pur con il suo inevitabile carico di preoccupante vaghezza, non è proprio possibile fare a meno. Essa è parte vitale ma per certi versi inquietante dell'illecito colposo. Con la colpa generica dobbiamo in qualche modo fare i conti, perché è illusorio pensare che ogni contesto rischioso possa trovare il suo compiuto governo in regole precostituite e ben fondate, aggiornate, appaganti rispetto alle esigenze di tutela».

²⁴ Cass. IV, 30 giugno 1981 (dep. 9 ottobre 1981), n. 8654, in C.E.D. Cass., n. 150374.

della strada) non è sufficiente che non ricorra una colpa specifica, essendo ancora necessario che non sia ravvisabile colpa generica²⁵.

Si tratta di una ricostruzione che si è protratta sino a pronunce più recenti, nelle quali si sostiene, ad esempio ancora in materia di circolazione stradale, che «l'osservanza delle norme precauzionali scritte non fa venir meno la responsabilità colposa dell'agente, perché esse non sono esaustive delle regole prudenziali realisticamente esigibili rispetto alla specifica attività o situazione pericolosa cautelata, potendo residuare una colpa generica in relazione al mancato rispetto della regola cautelare non scritta del “*neminem laedere*”, la cui violazione costituisce colpa per imprudenza»²⁶.

Tuttavia, una recente pronuncia ha escluso che la pretesa di un comportamento cautelare che vada oltre l'osservanza delle regole codificate possa fondarsi sull'art. 2043 c.c. Secondo il giudice di legittimità, da tale norma non discende una posizione di garanzia (essa neppure definisce una regola cautelare, non avendo carattere modale). La posizione di garanzia è caratterizzata dalla relazione corrente tra uno o più titolari di beni giuridici non in grado di tutelarli e categorie predeterminate di soggetti a cui la legge extrapenale o altra fonte giuridica assegni poteri per l'impedimento di eventi offensivi di quei beni. Per contro, il generale dovere di non ledere l'altrui sfera giuridica incombe su qualunque consociato e non ha alcuna capacità selettiva per la costituzione di obblighi qualificati di agire in capo soltanto a taluni soggetti a favore di chi non è in grado di provvedere autonomamente alla protezione dei propri beni²⁷. D'altro canto, come si è visto, una norma di dovere non integrata da regole di diligenza resta come sospesa nel vuoto. Mentre le condotte commissive, nell'ambito dei reati causalmente orientati, si qualificano come tipiche sulla base della loro efficienza causale.

Muovendo da tali osservazioni la pronuncia in questione ha ribadito che è ben possibile una colpa generica anche in caso di osservanza delle regole cautelari scritte; ma ha definito in senso fortemente restrittivo le condizioni di tale evenienza. Ha considerato che la regola cautelare trova legittimazione nell'efficacia e non nella validità, che è invece attributo della norma di legge (o sub-legislativa)²⁸. In effetti, nessuno dubita che una regola cautelare espressa da una disposizione invalida debba comunque essere osservata se efficace rispetto allo scopo prevenzionale (neppure i fattori della concezione legalistica).

Da ciò i giudici di legittimità deducono che la regola cautelare (anche quella positiva) è strutturalmente defettibile; essa deve essere disapplicata al verificarsi di un'eccezione implicita, ovvero non espressa dalla lettera della disposizione. Per la regola cautelare l'eccezione è il fallimento,

²⁵ Cass. IV, 12 gennaio 1988 (dep. 20 marzo 1989), n. 4092, in C.E.D. Cass., n. 180844.

²⁶ Cass. IV, 14 febbraio 2008 (dep. 11 aprile 2008), n. 15229, in C.E.D. Cass., n. 239600.

²⁷ Così Cass. IV, 8 gennaio 2021 (dep. 6 giugno 2021), n. 32899, in *Giur. it.*, 2022, 953 ss.; ma una prima affermazione in tal senso già in Cass. I, 7 febbraio 2020 (dep. 6 marzo 2020), n. 9049, in *F. it.*, 2022, 217 ss.

²⁸ Nella dottrina, D. CASTRONUOVO, *Colpa penale*, Milano, 2009, 186 s., 284 ss.

l'inefficacia prevenzionale rispetto al rischio.

A conforto di una simile ricostruzione viene richiamata la recente legislazione in materia di responsabilità sanitaria. Si osserva che la previsione di una applicabilità delle raccomandazioni contenute nelle Linee guida (che intanto rilevano nel giudizio penale in quanto aventi sostanziale natura di regole cautelari²⁹) a condizione che siano 'adeguate alla specificità del caso concreto'³⁰, indica che una disposizione a contenuto cautelare va osservata sempre che risulti in concreto efficace rispetto allo scopo. Quindi, la regola cautelare conosce una 'cogenza' ben diversa da quella che si è soliti attribuire alle norme giuridiche³¹.

Pertanto, ricorrono ipotesi nelle quali del tutto legittimamente l'ordinamento pretende dal gestore del rischio di non attenersi unicamente alla disciplina cautelare positivizzata e gli impone di adottare ulteriori comportamenti ad efficacia prevenzionale non espressamente previsti.

Tuttavia – ed è in questo passaggio che emerge la preoccupazione della Corte per la determinatezza del quadro cautelare – perché possa essere pretesa l'osservanza della regola non scritta nonostante la diversa regola positivizzata occorre che quest'ultima sia stata riconosciuta dal consesso sociale di riferimento (in ragione delle acquisizioni tecniche e scientifiche o di consolidate conoscenze esperienziali, non assumendo rilievo l'osservanza di prassi non collimanti con tale patrimonio di conoscenze) come non più in grado di assicurare la eliminazione o la riduzione del rischio.

Appare importante, di questa impostazione, anche l'implicazione che ne consegue sul piano processuale, ovvero che il carattere della preesistenza, comune alla regola positiva e alla regola sociale, ove controverso, deve essere oggetto di accertamento nel contraddittorio tra le parti. Dovrà essere accertato nel processo che era stata acquisita l'insufficienza del presidio cautelare normativizzato e che erano state individuate dalla scienza o dalla migliore esperienza prescrizioni comportamentali ulteriori; se davvero esistenti, conclude la Corte di cassazione, si può ammettere che queste possano essere non solo integratrici ma persino derogatrici, senza che risulti alienata né la loro predeterminazione (al giudice) né la loro conoscibilità (per l'operatore).

Il fallimento del modello prevenzionale codificato deve essere già dato acquisito, perché è in quel fallimento che si situa la legittimazione della ulteriore pretesa cautelare.

In definitiva, la positivizzazione della regola determina una presunzione di esaustività dei

²⁹ Cass. IV, 11 febbraio 2020 (dep. 18 maggio 2020), n. 15258, in F. it., 2021, 61 ss.

³⁰ Previsione che accomuna l'art. 3 del d.l. n. 158/2012, secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza (cfr. Cass. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, cit.: «Nella logica della novella il professionista che ... non scorga la necessità di disattendere del tutto le istruzioni usuali per perseguire una diversa strategia che governi efficacemente i rischi connessi al quadro d'insieme, sarà censurabile, in ambito penale, solo quando l'acritica applicazione della strategia ordinaria riveli un errore non lieve») e l'art. 590-*sexies*, introdotto dalla legge n. 24/2017.

³¹ Anche se divisa sullo statuto delle regole cautelari, la dottrina è in gran parte orientata nel senso che le linee guida vanno abbandonate dall'operatore sanitario quando le specificità del caso concreto comportano il fallimento del modello di prevenzione in esse indicato.

precetti cautelari che però si smarrisce di fronte alla conoscenza della inidoneità allo scopo nelle condizioni date. La tutela dell'affidamento del destinatario del precetto penale nella sufficienza dell'osservanza della regola positiva non richiede di negare la legittimità di una colpa generica 'aggiuntiva'. L'affidamento può assumere rilevanza a favore del soggetto se non gli era conoscibile l'insufficienza della regola codificata.

Insomma, la positivizzazione della regola non può essere intesa dal gestore del rischio come garanzia di inesistenza di regole cautelari sociali convergenti verso la migliore gestione. Nelle attività lecite ma rischiose è principio di generale valenza l'inammissibilità di un comportamento di stampo burocratico.

6. Conclusioni

L'attuale approdo della giurisprudenza non può rappresentare il punto di arrivo. In qualche misura essa ha compiuto un progresso nel riequilibrio delle istanze garantiste rispetto a quelle di tutela, offrendo strumenti per l'accertamento di una responsabilità davvero personale. Ma la materia è complessa e non si lascia costringere in pure astrazioni. Il fatto è che non è disponibile una leva che, manovrata sapientemente, sciolga tutti i nodi dell'imputazione colposa, per come vive nelle aule giudiziarie. Altri passi occorre fare; si pensi, tra le altre, alle implicazioni da trarre dal carattere relazionale della colpa, anche e proprio sul piano dei contenuti delle norme di dovere e delle regole di diligenza.

Tuttavia, provando a scrutare nel fondo di un pozzo oscuro, non è difficile di scorgere il segno di un'impotenza, che almeno in alcuni settori delle attività lecite ma rischiose consiglierebbe di affidare alla giustizia penale solo le condotte contrassegnate dalla colpa grave; nell'ambito, però, di un più radicale ripensamento della tradizionale risposta sanzionatoria, ad oggi incapace di confrontarsi con la varietà dei fenomeni che concretano la delinquenza colposa.

Non sarebbe un segnale di resa del diritto penale, che d'altro canto ancora appare in cammino lungo il percorso di conoscenza di quel complesso universo racchiuso nella parola 'colpa'.

DPEI 1/2024

Il traffico illecito di rifiuti: un caso paradigmatico di disarmonia tra il tipo normativo e il tipo criminologico che ha animato il dibattito pubblico*

di **Enrico Giacomo Infante**

Magistrato esercente le funzioni di Pubblico ministero in Foggia e Dottore di ricerca in Diritto penale

Sommario: 1. La necessità di contrastare le ecomafie e l'introduzione di un reato monosoggettivo. – 2. Un reato di pericolo a dolo specifico, eventualmente abituale quanto a condotta e necessariamente abituale quanto a presupposto della condotta, ad illiceità speciale e con un oggetto materiale quantitativamente indeterminato. – 3. La sfasatura tra tipo criminologico e tipo normativo e i suoi riverberi negativi sull'efficacia dell'azione investigativa e repressiva.

1. La necessità di contrastare le ecomafie e l'introduzione di un reato monosoggettivo

Il reato di traffico illecito di rifiuti, che col d.lgs. n. 21 del 2018 fu traslato nel c.p. all'art. 452-*quaterdecies* nell'ambito del processo di codificazione delle più importanti incriminazioni presenti nella legislazione complementare¹, era in precedenza previsto dall'art. 53-*bis* del d.lgs. n. 22 del 1997 (in forza di quanto statuito della legge n. 9 del 2001) e poi inserito nel Testo Unico dell'Ambiente, il d.lgs. n. 152 del 2006, al suo articolo 260. È stata la prima figura delittuosa in materia ambientale introdotta nel nostro ordinamento a seguito di un pluriennale impegno nel dibattito pubblico delle associazioni ambientaliste. Tale dibattito si imperniava sulla sensibilizzazione dell'opinione pubblica sulla pericolosità delle c.d. ecomafie e pertanto sull'esigenza di contrastarle efficacemente per il tramite dello strumento penale con un congruo armamentario sanzionatorio². Peraltro sin dal primo apparire di tale incriminazione nel nostro ordinamento si è potuta registrare una notevole discrasia tra la rappresentazione che all'opinione pubblica veniva fornita di tale fattispecie e le caratteristiche di fondo del suo *Tatbestand*: tra il fenomeno pregiudizievole presente nella società, quello delle c.d. ecomafie (e le connesse esigenze di contrastarlo con l'arma del penale), e le strutture

* È il testo della relazione al Convegno dell'associazione DPEI dal titolo "Economia, intervento penale e itinerari giurisprudenziali", tenutosi a Bologna, Centro San Domenico, il 10 febbraio 2023.

¹ Su tale processo cfr. le considerazioni di C. E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica" versus deontica realistica*, in *Criminalia*, 2019, p. 31 ss.; M. DONINI, *Codificazione penale o consolidazioni? Senso e luoghi delle possibili riforme per il tempo presente*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, p. 83 ss.

² Sulla genesi dell'incriminazione v. L. RAMACCI, *Questioni processuali relative al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti* (art. 452-*quaterdecies* cod. pen.), in *Lexambiente*, 4/2021, p. 1; L. PRATI, *Il nuovo reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti: una norma problematica*, in *Ambiente - Consulenza e pratica per l'impresa*, 7/2001, p. 625 ss.

dell'incriminazione. In altri termini, tra il *tipo criminologico*, che ha destato l'interesse e quindi il timore dell'opinione pubblica, e il *tipo normativo* disegnato dal Legislatore. Invero, il contrasto alle organizzazioni criminali di stampo mafioso che in tante parti del nostro territorio gestiscono il ciclo di rifiuti *non spiega tutto* del nuovo reato. Non si raccorda, in prima battuta, con la (pacifica) punibilità *ex art. 452-quaterdecies* del traffico di rifiuti che si innesti in complessi aziendali nel complesso leciti, che abbiano nella loro trama organizzativa soltanto un segmento illecito³ e che, soprattutto, nessun legame abbiano con organizzazioni criminali⁴. Di più: non si raccorda con la pacifica sussumibilità nella disposizione incriminatrice di realizzazioni monosoggettive del fatto illecito, atteso che la fattispecie in esame *non è un reato a concorso necessario*, ben potendo essere realizzato dal singolo imprenditore o vertice aziendale, come del resto la prassi comprova.

Una singolare sfasatura tra l'apparire fenomenico del proposto reato agli occhi dell'opinione pubblica (cui si illustrava la necessità di pena) e l'essenza della nuova incriminazione, "ciò per cui qualcosa è quel che è". E in tale essenza non rientra né una qualche forma di connessione con la criminalità organizzata di stampo mafioso né, addirittura, un preteso carattere plurisoggettivo dell'illecito. Peraltro, tale discrasia tra tipo criminologico pubblicizzato e tipo normativo realizzato non è rimasta rinserrata nell'*hortus conclusus* del dibattito politico parlamentare, restando per il resto priva di effetti, ma ha comunque inciso significativamente nella trama dell'ordinamento. Invero, l'evocata inerenza al circuito dei reati di criminalità organizzata ha comportato l'inserimento di tale reato tra quelli di spettanza delle Procure distrettuali⁵, con delicati problemi di coordinamento per quanto concerne i comuni percorsi investigativi in tema di rifiuti e ancora non pienamente risolti dubbi sull'applicabilità di tutti gli aspetti della disciplina in tema di criminalità organizzata, quella le cui peculiarità sono tali e tante da far da tempo comunemente riconoscere la sussistenza di un doppio binario tra criminalità comune e criminalità organizzata⁶. Di tali disfunzioni e criticità si darà conto nel terzo paragrafo della presente trattazione, dopo aver sinteticamente ripercorso i tratti salienti della struttura del reato.

2. Un reato di pericolo a dolo specifico, eventualmente abituale quanto a condotta e necessariamente abituale quanto a presupposto della condotta, ad illiceità speciale e con un oggetto

³ Cfr. Cass., III, n. 40827 del 10.11.2005; Cass. IV, n. 2117 del 19.10.2011.

⁴ Cfr. A. GALANTI, *Il traffico illecito di rifiuti: il punto sulla giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. Pen. cont.*, 12/2018, p. 32.

⁵ E ciò già con la legge 13 agosto 2010, n. 136, che ha disposto l'attribuzione della competenza sul reato in esame alle Procure Distrettuali dal 7 settembre 2010, attraverso la modifica dell'art. 51, comma 3-bis cod. proc. pen. Su tale innovazione processualpenalistica v. G. DI LEO, *Il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti. Modifiche in tema di competenza*, in *Lexambiente.it*, 2011.

⁶ Per un recente bilancio critico su tale fenomeno v. M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *DisCrimen*, 30 maggio 2019, p. 1 ss.

materiale quantitativamente indeterminato

Pacificamente ricondotto al genere dei reati di pericolo, viene dai più inserito nella specie dei reati di pericolo astratto⁷, anche se deve rilevarsi che il carattere ingente del quantitativo dei rifiuti gestiti può bene essere inteso (e deve esserlo, in forza dell'esigenza di ridurre il più possibile le fattispecie di pericolo astratto, da sempre "sospette" di violazione del principio di offensività) come termine pregnante evocativo di una concretezza del pericolo sostanziante il fatto di reato⁸.

Per la *communis opinio* siamo in presenza di un reato abituale⁹, come tale abbinato per la consumazione di una pluralità di azioni tipiche. Peraltro, pure tale conclusione merita di essere riveduta allorché si osservi che può ben perfezionarsi la fattispecie pure nell'eventualità di un *singolo* trasporto di un ingente quantitativo di rifiuti su una nave¹⁰. Invero, pure tale unico trasporto integra una delle azioni tipizzate e sarà riconducibile all'incriminazione qualora esso sia stato preceduto da una pluralità di operazioni prodromiche (il che accadrà pressoché sempre). Tale caso-limite evidenzia allora che il carattere abituale non connota necessariamente le condotte tipizzate quanto, piuttosto il presupposto di tali condotte, cioè le plurime operazioni o l'allestimento di mezzi e attività continuative per realizzare una di dette azioni. La reiteratività non è allora carattere essenziale della condotta del reato, ma di ciò che la precede. Pertanto la fattispecie è da qualificarsi come abituale quanto ai presupposti della condotta, mentre per ciò che attiene le condotte vietate deve riconoscersi il suo carattere eventualmente abituale, essendo sufficiente anche solo una di esse per perfezionare il delitto.

Il dolo specifico caratterizzante il reato ha per oggetto l'ingiusto profitto, che è confiscabile – pure per equivalente – ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 452-*quaterdecies*. Tale ingiusto profitto può riferirsi tanto alla remunerazione per l'attività svolta per far circolare i rifiuti quanto al risparmio di spesa conseguito rispetto a quel che sarebbe accaduto se ci si fosse affidati alla filiera aziendale che effettua il trasporto dei rifiuti nel rispetto della disciplina di settore¹¹. Invero, il parametro della inosservanza di tale normativa è elemento centrale nella perimetrazione delle condotte vietate: le cessioni, i trasporti, le importazioni, le esportazioni o comunque le gestioni di quantità ingente di rifiuti devono avvenire *abusivamente*. Tale nota modale della condotta viene intesa come comprensiva delle attività svolte *sine titulo*, ma, con un'esegesi teleologica attenta a valorizzare le esigenze di tutela del bene protetto e che comunque appare non oltrepassare ciò che è riconducibile *littera legis*, come

⁷ Cfr. A. GALANTI, *Il traffico illecito*, cit., p. 32.

⁸ Secondo la linea argomentativa, tracciata da F. ANGIANI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 108, che, in forza dei termini pregnanti, dietro il "velo" di reati solo apparentemente di pericolo astratto legge dei reati di pericolo concreto.

⁹ Cfr. Cass. III, n. 46705 del 3.11.2009; Cass. III, n. 2961 dell'8.7.2010; Cass., sez. III, n. 46819 del 13.12.2011; L. RAMACCI, *Questioni processuali*, cit., p. 10; A. GALANTI, *Il traffico illecito*, cit., p. 33.

¹⁰ Per tale esemplificazione v. A. GALANTI, *Il traffico illecito*, cit., p. 35.

¹¹ Cfr. Cassazione, III, n. 40827 del 10.11.2005, Carretta; Cass., III, n. 52838 del 14.12.2016.

inclusiva pure delle attività *oltre il titolo abilitante o in violazione delle condizioni e dei parametri richiamati dal titolo*¹², quale che sia la scaturigine di tale autorizzazione, e quindi pure, in ipotesi, qualora non si la disciplina di matrice eurounitaria. Breve: l'abusivamente è inteso come *contra jus*. Tale è l'elemento di illiceità speciale che caratterizza la condotta.

La condotta ha per oggetto *ingenti quantitativi* di rifiuti.

L'oggetto materiale della condotta è dunque qualificato da una aggettivazione, l'ingente quantità, che è un *concetto quantitativo indeterminato*, cioè da uno di quegli elementi del fatto tipico maggiormente indiziati di attentare al rispetto del canone costituzionale di tassatività¹³. Eppure tale concetto è assolutamente decisivo nell'economia della fattispecie, segnando esso lo spartiacque tra il tipo delittuoso in esame e le gran lunga meno gravi (qualora non si gestiscano quantitativi ingenti) finitime fattispecie contravvenzionali, e dunque segnando il discrimine pure tra le competenze della Procura distrettuale e quelle delle Procure circondariali, tra la possibilità di disporre intercettazioni o meno, di applicare rigorose misure cautelari personali o accontentarsi unicamente di quelle reali, e, in definitiva, indirizzando il passaggio sull'uno o l'altro dei binari che differenziano la risposta punitiva tra la criminalità comune e la criminalità organizzata.

La natura vaga del concetto quantitativo in esame ha fatto sì che venisse sollevata la questione di illegittimità costituzionale per violazione del principio di precisione *ex art. 25 comma 2 Cost.*; il relativo dubbio fu qualificato come manifestamente infondato dalla Corte di Cassazione¹⁴. Peraltro, nella giurisprudenza di legittimità non risultano decisioni tassativizzanti di tale dato ponderale, come invece accaduto per la analoga questione dell'ingente quantitativo degli stupefacenti *ex art. 80 DPR 309 del 1990*¹⁵. Tale diversità verosimilmente si spiega alla luce del carattere abituale che il reato assume in quasi tutte le sue realizzazioni concrete, il che sdrammatizza il *paradosso del sorite* su quanto si possa dire oltrepassata la soglia del quantitativo ingente.

3. La sfasatura tra tipo criminologico e tipo normativo e i suoi riverberi criticità sull'efficacia dell'azione investigativa e repressiva

Il vero *punctum crucis* dell'incriminazione che stiamo esaminando è peraltro diverso e ulteriore rispetto alle tematiche ripercorse nel paragrafo precedente, e attiene alla riconduzione della figura criminosa a quelle caratterizzanti l'azione di contrasto alla criminalità organizzata.

Avevamo in premessa rilevato che l'immagine che accompagna il delitto in esame presso

¹² Cfr. Cass., III, n. 46819 del 13.12.2011; Cass., III, n. 358 dell'8.1.2008; Cass., III, n. 18669 del 6.5.2015.

¹³ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, p. 73.

¹⁴ Cfr. Cass., III, n. 47918 del 16.12.2003.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., sent. 24.05.2012 (dep. 20.09.2012), Pres. Lupo, Est. Fumo, Imp. Biondi.

l'opinione pubblica è quella di una fattispecie strettamente connessa alle attività delle organizzazioni di stampo mafiose, volta a colpirle allorché le stesse operino nel delicato settore dei rifiuti, così dando luogo al fenomeno delle *ecomafie*. È questo un immaginario non corrispondente all'essenza dell'incriminazione, *ut supra* rilevato, stante per lo meno il fatto che il reato può ben sanzionare condotte monosoggettive di un apice di un'impresa del tutto estranea al circuito della criminalità organizzata. E pur tuttavia si tratta di un'immagine che, oltre a dar conto di alcune sottofattispecie comunque sussumibili nella previsione incriminatrice in esame, ha orientato la inclusione del reato tra quelli inclusi nel catalogo *ex art. 51 comma 3 bis c.p.p.*, cioè tra quelli affidati alla competenza delle Procure distrettuali.

Tale inserimento ingenera non poche criticità tanto sotto il profilo dell'efficienza investigativa, scoprendo il fianco a difetti di coordinamento o a cadute di investimento di risorse investigative, quanto sotto quello della disciplina processuale applicabile, e dunque dell'efficacia dell'azione repressiva.

Quanto alla prima delle due questioni appena evocate, bisogna rilevare che le Procure distrettuali, cioè quelle aventi sedi nei capoluoghi dei 26 distretti di Corte di Appello, sono competenti funzionalmente per un solo reato in tema di rifiuti, quello di cui ci stiamo qui occupando, residuando per tutti gli altri reati in materia ambientale, sia le meno gravi contravvenzioni sia i *più gravi ecodelitti* componenti il Titolo VI-*bis* del Libro II del codice penale (introdotto con la legge n. 68 del 2015), la competenza territoriale ordinaria, e dunque delle 165 Procura ordinarie.

Si noti peraltro, che la Cassazione ha interpretato i rapporti tra la disciplina *ad hoc ex art. 51 comma 3 bis c.p.p.* e il precetto generale *ex art. 16 c.p.p.* sui reati connessi rientranti nella competenza territoriale di diverse autorità giudiziarie, precetto per cui l'AG competente per il reato più grave diviene competente pure il meno grave reato connesso, nel senso che l'inclusione nell'elenco di cui all'*art. 51 comma 3 bis c.p.p.* esercita una *vis abtractiva* per cui, comunque, per tutti i reati connessi (e quindi pure per i più gravi) sarà competente la Procura distrettuale¹⁶. Tale regola processuale di *diritto vivente* determina in tal modo la seguente situazione: le indagini attivate presso Procure circondariali per reati minori rispetto al 452-*quaterdecies* (o pure reati maggiori come il disastro ambientale), qualora si rivelino fruttuose, condurranno il più delle volte ad un traffico organizzato di rifiuti. Non si vede, invero, come detti reati possano realizzarsi, nei casi più gravi, se non a mezzo di un'attività sistemica, reiterativa e illecita di trasporto rifiuti. Ma allora gli apparati investigativi delle Procure ordinarie si imbattono, proprio a cagione del risultato positivo conseguito in termini di ricostruzione dell'*opus illicitum*, in un reato di competenza di altra Autorità giudiziaria, e dovranno pertanto spogliarsi del relativo procedimento. Situazione che potrebbe dar luogo a *cadute di tensione*

¹⁶ Cfr. Cass., II, sentenza 17.02.2009, n. 6783; Cass., II, sentenza 9.06.2006, n. 19831; Cass., I, sentenza 3.11.2005, n. 40012; Cass., I, sentenza 7.06.2005, n. 2135; Cass., I, sentenza n. 43599 del 5.07.2017.

investigativa, per lo meno sotto il profilo della concentrazione delle risorse e della scansione delle priorità in tutti quei contesti (che invero paiono essere quelli assolutamente dominanti nel panorama giudiziario italiano) di insufficienza di uomini e mezzi per affrontare tempestivamente la domanda di giustizia penale. Ma un rischio simmetrico è rinvenibile pure sull'altro versante, quello delle Procure distrettuali. Infatti, una volta pervenuta presso uno di tali uffici inquirenti una indagine attivata in una Procura circondariale e che, in ragione del suo "successo", ha fatto emergere un delitto *ex art. 452-quaterdecies c.p.*, essa potrà non risultare in cima alle priorità investigative di tali uffici per lo meno ogni qual volta detta indagine non abbia ad oggetto imprese che siano soltanto la maschera di organizzazioni di stampo mafioso. Il che è ben possibile, dato che il tipo normativo include filiere aziendali e soggetti che sono ben distanti da qualsiasi legame con la mafia *aut similia*. Tutto ciò potrà determinare, in capo a strutture deputate a contrastare l'azione delle organizzazioni di stampo mafioso, uffici inquirenti anch'essi afflitti da una strutturale penuria di risorse, una mancata o insufficiente tempestività nell'attività investigativa o repressiva.

Se tali pericoli di frustrazione dell'attività di contrasto al crimine *in subiecta materia* possono forse scongiurarsi in virtù dell'etica professionale che permea i nostri uffici giudiziari, vi sono altre criticità figlie della collocazione del 452-*quaterdecies c.p.* tra i reati inclusi nell'elenco 51 comma 3 *bis c.p.p.* Veniamo così a trattare dei dubbi inerenti alla disciplina applicabile in punto di presupposti delle intercettazioni e di tempi delle indagini.

Il primo attiene all'applicabilità della disciplina art. 13 del decreto legge n. 152 del 1991, convertito dalla legge 203 del 1991. Come nota, tale disciplina prevede per le indagini sui delitti di criminalità organizzata un regime delle intercettazioni assai più lasco, quanto a presupposti e contenuti, rispetto a quelli dei crimini che legittimano il ricorso a tale strumento di ricerca della prova. Invero, per intercettare per uno dei delitti di criminalità organizzata lo *standard* probatorio non è quello dei gravi indizi ma quello dei sufficienti indizi, è possibile disporre captazioni di conversazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora *ex art. 614 c.p.* senza bisogno di dimostrare che ivi stia svolgendosi attività criminosa, il periodo iniziale delle intercettazioni è di quaranta giorni e non di quindici, e le proroghe sono statuite per la durata di venti giorni e non già di quindici.

Orbene, il serio dubbio sull'applicabilità di tale disciplina riposa sul fatto che *il reato in esame non è un delitto di criminalità organizzata*, stante il fatto che può essere commesso anche soltanto in via monosoggettiva. Di contro, la disciplina sulle intercettazioni "a maglie larghe" sopra sinteticamente ripercorsa ha quale campo di applicazione quella dei reati di criminalità organizzata, locuzione con cui la giurisprudenza di legittimità ha inteso tutte le fattispecie associative, pur non di stampo mafioso, con esclusione del mero concorso di persone nel reato¹⁷. Il campo di elezione della disciplina *ex art.*

¹⁷ Cfr. Cass., VI, 7.1.1996, Pacini Battaglia, in *Giust. pen.*, 1998, III, p. 221; Cass., I, 2.7.1998, Ingrosso, n. 3972, in CED

13 d.l. n. 152 del 1991 è quello dei reati a struttura associativa. Ne deriva l'esclusione del mero concorso di persone nel reato, e *a fortiori* risulta irrisolvibile nel concetto di criminalità organizzata un fatto di reato mono oggettivo.

In dottrina, si è tentato di arrivare a conclusioni opposte rilevando che il quadro normativo sarebbe mutato in seguito all'ampliamento del catalogo dei reati attribuiti alla competenza delle Procure distrettuali *ex art. 51 comma 3 bis c.p.p.* e che oramai l'ambito applicativo dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991 deve identificarsi con quello dei reati di competenza distrettuale, e ciò anche in ragione del fatto che l'ampliamento legislativo del concetto di criminalità organizzata è giunto al punto di ricondurvi pure ipotesi di realizzazione monosoggettiva del reato, in cui il carattere della organizzazione atterrebbe alla implicazione di una struttura organizzativa per consumare il reato e non già ad una pluralità di rei. Di dette ipotesi sarebbe paradigmatica proprio la fattispecie in esame¹⁸.

Si rileva poi che un importante arresto giurisprudenziale del giudice di legittimità, quello relativo all'utilizzabilità del captatore informatico su dispositivo elettronico mobile prima che tale strumento venisse espressamente normato e codificato, ne aveva ammesso l'utilizzabilità, proprio in forza della previsione di cui all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991, per i reati di criminalità organizzata¹⁹, locuzione che in quell'occasione veniva riferita pure ai delitti *ex art. 51 commi 3 bis e 3 quater c.p.p.*²⁰.

Peraltro, e pure a voler prescindere dal peso eccessivo che in un ordinamento di *civil law* si tende da ultimo ad attribuire ai precedenti giurisprudenziali²¹, va evidenziato che il passaggio motivazionale della sentenza Sez. Un. Scurato sul punto non è per nullo perspicuo, rimanendo non chiarito, ad una complessiva lettura del percorso argomentativo ivi dispiegato, se il richiamo ai commi 3 *bis* e 3 *quater* dell'art. 51 c.p.p. sia effettuato in riferimento a tutte le disposizioni incriminatrici ivi citate o soltanto a quelle di tipo associativo²².

Cass., 1998, secondo cui «in tema di intercettazione di comunicazioni o conversazioni disposte a norma dell'art. 13 della legge n. 203 del 1991, la nozione di criminalità organizzata, a cui detta norma si riferisce, deve essere intesa con riguardo alle finalità di quest'ultima, che tende a far rientrare nel suo ambito applicativo le attività criminose più diverse, purché realizzate da una pluralità di soggetti i quali, per la commissione di reati, abbiano costituito un apparato organizzativo. (Fattispecie relativa ad un procedimento per il reato di cui all'art. 416 c.p., ritenuto dalla Corte "delitto di criminalità organizzata", sostanziandosi l'associazione per delinquere in una organizzazione di fatto con predisposizione, sia pure rudimentale, di mezzi in concreto idonei alla realizzazione di quel programma criminoso per il quale il vincolo associativo si è instaurato)». In dottrina, sulla locuzione legislativa criminalità organizzata e sui suoi impieghi nei vari plessi normativi cfr. G. DI CHIARA, *Appunti per una ricognizione della normativa processuale penale in tema di criminalità organizzata*, in *Foro It.*, 1999, V, p. 217 ss.; G. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. pen.*, 1992, III, p. 385 ss.; A. SCAGLIONE, *Il processo penale per i delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 2008, III, p. 129 ss.

¹⁸ Cfr. A. GALANTI, *Il traffico illecito*, cit., p.48.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 28.04.2016, n. 26889 (dep. 1 luglio 2016), Scurato, in CED Cass. n. 266905-266906.

²⁰ Cfr. A. GALANTI, *Il traffico illecito*, cit., p. 50.

²¹ Sui rischi di una stabile assunzione di una tale *forma mentis* nel nostro dibattito penalistico sia consentito il rinvio a E. G. INFANTE, *Le false promesse della commonlawizzazione del diritto penale. Con una postilla su sistematica ed etica del giurista nell'epoca del politeismo valoriale*, in *Crit. Dir.*, n. 2 del 2020.

²² Per tale rilievo v. pure L. RAMACCI, *Questioni processuali*, cit., p. 6, il quale, in generale, a pagina 3 del medesimo contributo, rileva che da "sommario esame della giurisprudenza di legittimità, non risultano sottoposte all'esame della Corte di cassazione questioni afferenti alle attività appena richiamate", cioè quelle caratterizzate dall'applicabilità della disciplina derogatoria in tema di criminalità organizzata (il binario più rigoroso) al delitto di traffico organizzato di rifiuti.

Tale ricostruzione pare troppo ardita e invero non persuade, atteso che non è automatica la identificazione tra illeciti di criminalità organizzata e reati di spettanza delle Procure distrettuali *ex art.* 51 comma 3-*bis*, -*ter*, -*quater*, -*quinquies*, c.p.p. Tra tali reati vi sono indubbiamente fattispecie prive di qualsiasi possibilità di essere ricondotte al concetto di criminalità organizzata, come il 615-*ter* c.p. e il 640-*ter* c.p. Di contro, la classica fattispecie associativa, il 416 c.p., è sussunto nella categoria criminalità organizzata *ex art.* 13 d.l. n. 152 del 1991 pure se da sempre attribuito alle competenze delle Procure ordinarie.

Ma vi è di più: la disciplina delle intercettazioni attua una riserva di legge prevista dall'art. 15 della Costituzione per bilanciare al massimo livello di responsabilità politica, quello del Legislatore, le esigenze di repressione dei reati e dunque di efficienza delle investigazioni con quella di tutela della riservatezza delle comunicazioni. Ne discende che la disciplina legislativa sulle deroghe alla inviolabilità delle comunicazioni (in ordine all'*an*, al *quomodo*, alla durata) deve essere di stretta interpretazione²³ e non consente dilatazioni per lo meno molto dubbie quanto al rispetto della *littera legis*, come quella che pretende di ricondurre alla nozione di delitto di criminalità organizzata un fatto di reato che, nella sua dimensione essenziale, è di stampo monosoggettivo²⁴.

Tali dubbi sulla disciplina investigativa applicabile rischiano di minare l'efficacia delle indagini, atteso che la prassi degli uffici giudiziari di merito risulta orientata nel senso di ritenere applicabile la normativa sulle intercettazioni "a maglie larghe" *ex art.* 13 d.l. n. 152 del 1991. Se un domani il giudice di legittimità dovesse ritenere invece implausibile il ricorso a tale disciplina, potrebbero essere travolti molti accertamenti basati su intercettazioni disposte su un'impropria base normativa e dunque da considerare inutilizzabili.

Medesima cosa è a dirsi pure per l'applicabilità della normativa sui tempi massimi di indagine. Come noto l'art. 2 della legge 742 del 1969 eccettua dalla sospensione dei termini per il mese di agosto le indagini per reati di criminalità organizzata, con la conseguenza che la durata delle investigazioni legittime – e dunque utilizzabili – per uno di tali reati non "slitta" di un mese come accade per i reati comuni. Pure qui la Cassazione intende per reati di criminalità organizzata quelli associativi, ricomprendendovi il 416 c.p., con esclusione delle ipotesi di concorso eventuale *ex art.* 110 c.p. e, ovviamente (sin al punto da non meritare la questione alcun approfondimento) delle fattispecie monosoggettive²⁵. Pure con riferimento a tale disciplina vi sono i medesimi dubbi – sulla applicabilità

²³ Cfr. Cass. pen., Sez. un., 28.11.2019 (dep. 2.01.2020), Cavallo, n. 51, pubblicata con nota di G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 30 gennaio 2020, decisione nel cui iter motivazionale un peso decisivo ha l'esigenza di rispettare la riserva di legge *ex art.* 15 Cost.

²⁴ A conclusioni simili quelle appena illustrate pare giungere L. RAMACCI, *Questioni processuali*, cit., p. 7.

²⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 22.03.2005, n. 17706, Petrarca e altri, con nota di G. MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2925.

al traffico illecito – che abbiamo passato in rassegna a proposito della riconducibilità alla nozione dei delitti di criminalità organizzata *ex art. 13 d.l. n. 152 del 1991*²⁶. Qualora la prassi degli uffici giudiziari dovesse essersi orientata sul ritenere applicabile la disciplina derogatoria prevista per i reati criminalità organizzata pure all'art. 452-*quaterdecies* c.p., qualora la giurisprudenza di legittimità condividesse invece la diversa prospettazione qui avanzata sul rilievo della natura monosoggettiva della incriminazione, si dovrebbe procedere ad una retrodatazione dei termini massimi delle indagini, con la conseguenza di rendere inutilizzabile l'ultimo mese di investigazioni.

I cursori rilievi appena svolti ci consentono non solo di far emergere come la discrasia tra il tipo criminologico (reato afferente la criminalità organizzata) con cui la incriminazione è stata presentata nel dibattito pubblico e il tipo normativo invece adottato dal Legislatore (fattispecie monosoggettiva), comportando l'attribuzione della competenza ad investigare in capo alle Procure distrettuali, rischia di ingenerare criticità sul coordinamento, e dunque l'efficacia delle investigazioni, e pure sulla medesima disciplina processuale applicabile, ma ci permettono pure di avanzare seri dubbi sull'opportunità un una tendenza legislativa. Ci si riferisce a quel *trend*, oramai imperante da lustri, che vede in tante occasioni attribuire le nuove incriminazioni (la memoria corre ai già citati art. 615-*ter* c.p. e 640-*ter* c.p., ma si potrebbero fare altri esempi, quali la prostituzione minorile, la pornografia minorile, il danneggiamento a sistemi informatici), quelle che destano il maggiore allarme sociale, alle competenze delle Procure distrettuali, nel verosimile intento di rassicurare l'opinione pubblica che si è prescelta per contrastare tali fenomeni la via più rigorosa, quella che li equipara ai *crimina graviora*, i reati di criminalità organizzata. Ma questo modo di procedere può provocare disarmonie e squilibri ogni qual volta al nome non corrisponda la sostanza della cosa, come nel caso qui preso in esame. Sarebbe forse il caso di rimeditare criticamente tale pluriennale orientamento legislativo e di effettuare una *actio finium regundorum*, che veda attribuire alle Procure distrettuali soltanto i reati per cui sussistono effettive ragioni di concentrazione investigativa, cioè gli illeciti penali caratterizzati dall'operare di compagini strutturate in grado di influire illecitamente su vaste aree del territorio, con esclusione di reati (come quello in esame) di stampo monosoggettivo, privi di connessione – *sub specie* di reato-mezzo o reato-fine *ex art. 61 n. 2 c.p.* – con la criminalità organizzata e il più delle volte afferenti espressione unicamente politiche criminali di impresa, certo meritevoli di repressione penale, ma di per se diverse dalle caratteristiche strutturali della criminalità organizzata e dalla relativa esigenza di ricorrere al più rigoroso dei due binari in cui si articola il nostro sistema penale.

²⁶ In termini dubitativi sull'applicabilità della disciplina derogatoria *ex art. 2 l. n. 742 del 1969* si esprime pure L. RAMACCI, *Questioni processuali*, cit., p. 8.

DPEI 1/2024

La responsabilità da reato dell'ente collettivo nel sistema italiano: bilancio e prospettive*

di **Vincenzo Mongillo**

Professore ordinario di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza

Sommario: 1. Mutamenti epocali del sistema penale: il sostanziale congedo dal *societas delinquere non potest*. – 2. I destinatari del decreto 231 e la questione delle piccole organizzazioni imprenditoriali. – 3. L'evoluzione degli apparati e degli scopi sanzionatori. L'inedito dinamismo finalistico del sistema. – 4. L'illecito dell'ente: dalla missione alla struttura. – 5. Le ragioni dell'appel del regime italiano a livello internazionale e il ruolo sistematico del modello di organizzazione. – 6. Il problema della carente determinatezza delle cautele organizzative doverose. – 6.1. Le possibili soluzioni. – 7. Cenni a una possibile revisione del sistema sanzionatorio 231. – 8. (Segue) e sul diritto processuale dell'ente. – 9. Nota conclusiva.

1. Mutamenti epocali del sistema penale: il sostanziale congedo dal *societas delinquere non potest*

Giova partire da una considerazione oggi ampiamente condivisa: l'incremento del crimine d'impresa nell'epoca in cui viviamo, frutto anche delle dinamiche economiche globali²⁷, ha scosso e profondamente mutato gli equilibri interni ai nostri impianti penalistici.

In effetti, negli ultimi decenni, i settori dell'ordinamento penale e di quella che chiamiamo la dommatica penale in cui si sono registrati i cambiamenti più profondi, anche di forme sanzionatorie, riguardano il controllo penale dei fenomeni economico-imprenditoriali a carattere patologico. L'obiettivo di fondo è evitare distorsioni del mercato e l'accumulo di ricchezze illecite. Da questo punto di vista, appare eloquente la proliferazione e la crescita applicativa esponenziale delle molteplici tipologie di sequestri e confische di cui è oggi disseminato l'ordinamento²⁸.

Uno di questi sovvertimenti epocali ha riguardato i *soggetti del diritto penale* e si è tradotto nel

* È il testo della relazione esposta al Convegno dell'associazione DPEI dal titolo "Economia, intervento penale e itinerari giurisprudenziali", tenutosi a Bologna, il 10 febbraio 2023.

²⁷ Per maggiori dettagli, cfr. C. PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, n. 1-2, p. 152 ss.; V. MONGILLO, *Criminalità di impresa transfrontaliera e giurisdizione penale "sconfinata": il difficile equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, n. 1, p. 111 ss. In generale, sulle ricadute giuridiche della globalizzazione, per tutti, S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia ed economia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

²⁸ Da ultimo, con riferimento ai nodi applicativi concernenti il settore della responsabilità dell'ente collettivo, E. MEZZETTI, *La banalità del principio di proporzionalità: ammissibilità e misura del sequestro nella responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2023, n. 5, p. 1754 ss.

congedo da un dogma secolare, il *societas delinquere non potest*²⁹. Di fronte a una consolidatissima tradizione antropocentrica, la scelta del legislatore italiano, con il d.lgs. n. 231/2001, è stata ammettere una soggettività criminale plurima, e così l'ingresso degli enti collettivi, e in particolare delle imprese societarie, tra le “persone” che possono rispondere per la commissione di un reato. Nondimeno, in questo caso, la relativa responsabilità è stata etichettata come “amministrativa”, per una sorta di riguardo residuo verso la tradizione (poi molti Paesi, anche europei, hanno rotto ogni indugio), ma anche per segnalare le ontologiche e ineliminabili differenze rispetto alla responsabilità penale individuale, propria di soggetti dotati di autocoscienza.

2. I destinatari del decreto 231 e la questione delle piccole organizzazioni imprenditoriali

Com'è noto, il *novum* si applica, in modo onnicomprensivo, «agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica» (art. 1, comma 2). Pertanto, i soggetti che possono essere dichiarati responsabili della commissione dei reati sono sia le persone giuridiche, sia gli enti di fatto o privi di personalità giuridica. Il tradizionale diaframma tra questi due emisferi del pianeta delle entità collettive è stato così superato³⁰.

Sono esclusi dall'ambito applicativo del decreto 231 solo lo Stato, gli altri enti territoriali, gli enti pubblici non economici e gli organismi che svolgono funzioni di rilevanza costituzionale (ad esempio, partiti politici, sindacati)³¹. Nessuna deroga è prevista, invece, per le società pubbliche³² e, sul piano dimensionale, per gli enti di minori.

Tra tutti i destinatari del decreto, i problemi maggiori sono posti ovviamente dalle piccole e medie imprese, e *a fortiori* dalle società unipersonali prive di dipendenti, perché in queste realtà più elementari non è agevole distinguere il centro d'imputazione collettiva, da un lato, e la persona fisica che agisce od omette, dall'altro. Inoltre, è assai più arduo che attecchisca la filosofia della *compliance* promossa dal d.lgs. n. 231/2001³³.

Tuttavia, tenuto conto anche di una realtà imprenditoriale come quella italiana, composta per più del 95% da microimprese, e per il 99% da micro e piccole aziende, non pare appropriata

²⁹ Per un'approfondita analisi storico-giuridica e la genesi della svolta, cfr. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, p. 35 ss.

³⁰ D'altro canto, il riferimento testuale, tra gli enti privi di personalità giuridica, solo a “società e associazioni”, e non alla totalità degli enti di fatto, conduce una parte della dottrina a propendere per un'interpretazione restrittiva della disposizione: ad es., O. DI GIOVINE, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2^a ed., Milano, 2010, p. 33 ss.

³¹ La disciplina legale è diversa nel caso dei partiti politici in altri Paesi, in particolare in Spagna: cfr. GARCÍA ARÁN, M., BOTELLA J. (dir.), *Responsabilidad jurídica y política de los partidos en España*, Valencia, 2018.

³² Cfr., ad es., Cass., sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699; Id., 10 gennaio 2011, n. 234.

³³ Il nodo delle piccole imprese è stato subito segnalato in dottrina: cfr. C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1358, il quale propose, «per questi casi, l'introduzione di una causa di esclusione, o quanto meno di riduzione, della (sola) sanzione pecuniaria»; venti anni dopo, ID., *La maggiore età della responsabilità dell'ente*, in *Arch. pen. web*, 2021, n. 1, p. 5.

un'esenzione secca dal campo applicativo del d.lgs. n. 231/2001 delle organizzazioni di minore caratura dimensionale. Si aggiunga a riprova che se è certo più difficile separare la volontà del singolo dalla *policy* dell'ente nelle piccole realtà imprenditoriali, ciò non è necessariamente impossibile, salvo ovviamente nel caso di enti privi di qualsiasi struttura organizzativa. Peraltro, anche dal punto di vista politico-criminale, non sembra opportuno rinunciare *in toto* a qualsiasi reazione sanzionatoria. Basti pensare alla confisca del profitto illecito (art. 19 d.lgs. n. 231/2001): perché rendere una piccola entità economica immune dalla funzione riequilibratrice che è in grado di assicurare l'ablazione dei benefici economici illecitamente incamerati – e presenti nel suo patrimonio – attraverso il reato? Per non parlare delle sanzioni interdittive, quando applicabili (che ne facciamo, tra l'altro, dell'ente di piccole dimensioni “recidivo” o persino intrinsecamente criminale?)³⁴.

Ci sembra preferibile un sistema che consenta di calibrare il giudizio di esigibilità oggettiva e soggettiva delle cautele rivolte alla prevenzione del rischio-reato tenendo conto del grado di sviluppo organizzativo dell'ente. In più, dal punto di vista sanzionatorio, le soglie edittali potrebbero essere diversificate in funzione (anche) dell'elemento dimensionale³⁵. Inoltre, si potrebbe prevedere, con riferimento alla commisurazione giudiziale, un *principio flessibile di compensazione* – in ipotesi anche bilaterale – tra le pene applicabili agli individui (incluse quelle detentive, sulla scorta di precisi criteri di ragguaglio) e le sanzioni destinate all'ente sociale con certe caratteristiche: società unipersonali, società di piccole dimensioni e ad assetto particolarmente concentrato, quando il proprietario unico o principale dell'ente sia anche l'autore del reato-presupposto, dovendosi comunque ammettere lo “scomputo” soltanto nei limiti della quota – totalitaria o parziale, appunto – posseduta dal reo. Al riguardo, il modello di riferimento potrebbe essere fornito, con le opportune correzioni, dal principio di *modulación* obbligatoria delle pene pecuniarie irrogabili alla persona fisica e alla persona giuridica, fissato dall'art. 31-ter, comma 1, del codice penale spagnolo³⁶.

Ad ogni modo, neppure la giurisprudenza di legittimità ha mai contestato l'astratta sussumibilità di tutte le imprese societarie, pubbliche o private, nella fattispecie di responsabilità da illecito dipendente da reato³⁷. La Cassazione si è peritata solo di escludere le ditte individuali, in linea

³⁴ Ci siamo soffermati diffusamente su questa problematica, in V. MONGILLO, *Ai confini della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001: la sfida della compliance penale negli enti imprenditoriali di piccole dimensioni*, in *Leg. pen.*, 5 luglio 2023, <https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2023/07/Mongillo-LP.pdf>.

³⁵ Un'altra possibile soluzione – presa in esame nel corso dei lavori preparatori del d.lgs. n. 231/2001, accanto a quella più tranciante dell'esclusione degli enti di piccole dimensioni e a base personale ristretta – consiste nel prevedere una circostanza attenuante speciale impattante sulla sanzione pecuniaria (favorevole, *de iure condendo*, anche G. AMARELLI, *sub art. 1*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, A. LIONZO, D. NEGRI e G. VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, p. 29). Nessuna delle due opzioni ha, però, trovato riscontro nel testo definitivo del decreto, anche per l'assenza di indicazioni espresse nella legge delega.

³⁶ Abbiamo formulato questa proposta, la prima volta, in V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 250 ss., 481 ss.

³⁷ Per un caso recentemente discusso in Cassazione, nel quale era coinvolta una s.r.l. di piccole dimensioni con amministratore unico autore del reato, Cass., sez. V, 19 maggio 2023, n. 21640.

con la *littera legis* riferita ai soli enti collettivi³⁸.

Un certo travaglio applicativo ha provocato l'ipotesi-limite delle *società unipersonali*³⁹. Ma neppure rispetto a queste realtà con un unico socio (che di norma è anche il solo amministratore) la giurisprudenza interna è parsa incline a operare una sorta di riduzione teleologica del precetto normativo che assicuri – contro il dettato inclusivo della legge – una “schermatura” totale e indiscriminata.

In uno degli approdi più recenti, la Corte di legittimità, pur ribadendo che le imprese societarie monopartecipate – a differenza delle ditte individuali – sono pur sempre soggetti giuridici autonomi, dotati di un proprio patrimonio e formalmente distinti dalla persona fisica interamente proprietaria, ha additato, ai fini dell'imputazione della responsabilità, la strada della *verifica in concreto*, nel senso che andrebbe appurata l'esistenza o meno di un interesse sociale realmente distinto da quello del socio totalitario, tenuto conto tanto di “criteri quantitativi” quanto di “criteri funzionali”: le dimensioni della società, la sua struttura organizzativa, l'attività svolta, i rapporti tra socio unico e società⁴⁰.

In assenza di regole *ad hoc* operanti sul piano del *sentencing*, allo stato della legislazione quest'impostazione intermedia rappresenta forse un punto di equilibrio accettabile e comunque l'unico possibile⁴¹.

3. L'evoluzione degli apparati e degli scopi sanzionatori. L'inedito dinamismo finalistico del

³⁸ Cass., sez. VI, 22 aprile 2004 n. 18941, soc. Ribera, rv. 228833-01, in Cass. pen., 2004, p. 4046 ss. Di recente, nella giurisprudenza di merito, nello stesso senso, Trib. Ravenna, 24 maggio 2021 (dep. 7 giugno 2021), n. 1056. Appare, dunque, frutto di una mera svista il *dictum* di un'altra pronuncia della terza sezione della Corte regolatrice (n. 15657 del 15 dicembre 2010), rimasta del tutto isolata, secondo cui «le norme sulla responsabilità da reato degli enti si applicano anche alle imprese individuali, che devono ritenersi incluse nella nozione di ente fornito di personalità giuridica utilizzata dall'art. 1, comma secondo, d.lgs. n. 231 del 2001 per identificare i destinatari delle suddette disposizioni».

³⁹ Sul piano dell'illecito punitivo dell'ente, nel senso che la unipersonalità non osti di per sé all'applicazione del d.lgs. n. 231/2001, cfr., nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. VI, 25 ottobre 2017, n. 49056, rv. 271564-01 (caso concernente una società con unico socio-persona giuridica); Cass., sez. III, 21 marzo 2022, n. 9444, inedita. Del pari, nella dottrina, F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. n. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, n. 3, p. 145 ss.; ID., in A. BASSI – F. D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Milano, 2020, p. 91 ss., in quanto anche la società unipersonale è dotata di autonomia patrimoniale ed è distinguibile dalla persona fisica; A. ROSSI, *La responsabilità degli enti (d. lgs. 231/2001): i soggetti responsabili*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, n. 2, p. 181 ss.; E. SCAROINA, *I destinatari della disciplina*, in G. LATTANZI e P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020, p. 95. Cfr. anche la Relazione di accompagnamento al decreto 231, la quale, pur non disconoscendo la problematica, ricorda che i destinatari della disciplina includono «realtà assai eterogenee, tra cui alcune di rilevanza minima», anche sprovviste di personalità giuridica.

⁴⁰ In un caso concernente l'applicazione della misura cautelare interdittiva del divieto di contrattare con la p.a. nei confronti di alcune s.r.l. unipersonali, Cass., sez. VI, 6 dicembre 2021, n. 45100, rv. 282291-01, su cui v. le chiare note di R. SABIA, *La società unipersonale nello spettro applicativo del D.Lgs. n. 231/2001. La Cassazione apre alla (problematica) “terza via” dell'accertamento in concreto*, in *Giur. it.*, 2022, n. 7, p. 1727 ss.; F. MUCCIARELLI, *Responsabilità da reato degli enti e società unipersonali: un arduo regolamento di confini*, in *Cass. pen.*, 2022, n. 4, p. 1585 ss. V. anche Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 16 luglio 2020, n. 971, in *Giur. comm.*, 2021, n. 2, II, p. 449 ss., con nota di F. CENTONZE, *Forme organizzative e inesigibilità della compliance: profili di individualizzazione del rimprovero all'ente, in un procedimento conclusosi con una declaratoria di non luogo a procedere per insussistenza del fatto, nei confronti di una società con unico socio-persona fisica e priva di una struttura organizzativa significativa*.

⁴¹ Per ulteriori riflessioni, si rinvia a V. MONGILLO, *Ai confini della responsabilità*, cit., §§ 2.1 e 2.2, p. 9 ss., 15 ss.

sistema

L'altro cambiamento radicale ha riguardato gli *apparati sanzionatori* destinati all'ente collettivo, le organizzazioni che possono delinquere o essere contaminate da reati o dall'attività di organizzazioni criminali.

È intuitiva la *ratio* di questa evoluzione, perché se l'obiettivo è applicare delle sanzioni a soggetti privi di sostrato psico-fisico, occorre necessariamente innovarne le fattezze.

Nel composito elenco racchiuso nel d.lgs. 231 figurano, così, la sanzione pecuniaria, la confisca, varie sanzioni interdittive, la pubblicazione della sentenza di condanna (cfr. art. 9).

Una grande trasformazione ha investito, però, anche le *dinamiche sanzionatorie*, quindi la dimensione *in action* del sistema, distanziandolo dalla sequenza logica classica del diritto penale, che per molto tempo ha rappresentato la nostra unica postura mentale. Nella visione tradizionale, com'è noto, la pena, come risposta monistica ai fenomeni criminali, è per sua natura rigida⁴². Al reato deve necessariamente corrispondere – quale negazione del delitto e dunque riaffermazione della forza imperativa del precetto – una pena o, più in generale, una sanzione penale, se annoveriamo in questa nozione anche le misure di sicurezza. È il sistema tradizionale basato sul binomio legalità sostanziale e legalità processuale, *nullum crimen sine lege* (tipizzazione legale e determinata della fattispecie) e *nullum crimen sine poena* (quindi obbligatorietà dell'azione penale e applicazione inderogabile della pena comminata per un certo reato).

Volendo utilizzare una categoria nietzschiana, diremmo che la “trasmutazione dei valori”, radicalizzando tendenze in atto anche nel diritto penale delle persone in carne ed ossa, è stata veramente radicale da quest'angolazione, e lo è stata per *ragioni pragmatico-economiche* e non umanitarie come potrebbe accadere qualora la riparazione divenisse il paradigma ordinario di giustizia penale in luogo della reazione punitiva pubblica⁴³.

Il sistema 231 è caratterizzato, in tutti i suoi snodi, e soprattutto nella fase sanzionatoria, da una marcata discrezionalità e flessibilità.

Perché una metamorfosi così marcata? Non tanto per ragioni di efficienza: i procedimenti 231 (ma anche i processi contro i colletti bianchi) non affliggono numericamente il sistema. Anzi, da più parti si lamenta l'applicazione estremamente selettiva, disomogenea, quasi *random* nei diversi distretti giudiziari di questo inedito plesso del diritto punitivo, che tuttora sconta vistosi limiti conoscitivi (si

⁴² Per tutti, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, *passim*; C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 453.

⁴³ Per inciso, la giustizia riparativa veicolata dalla riforma Cartabia (cfr. la disciplina organica ora dettata dagli artt. 42-67, d.lgs. n. 150/2022, che non riguarda però anche la responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001) avrà, di fatto, una funzione più integrativa che alternativa alla giustizia punitiva tradizionale.

avvertono però, da ultimo, segnali d'una maggiore vivacità applicativa).

La ragione essenziale dell'elasticità della risposta all'illecito dell'ente sociale è semplice: a fronte di organizzazioni pluripersonali, *a fortiori* se parliamo dell'attore principale dell'epoca contemporanea, cioè la *corporation*, più della sanzione inflessibilmente irrogata, che può distruggere ricchezza e occupazione, diviene desiderabile la *riorganizzazione*, quindi la “bonifica” della situazione ambientale criminogena, assieme alla *riparazione* delle vittime e/o della collettività. L'economia, come fenomeno sociale complesso, altamente dinamico e poliforme (per attori e attività), ha bisogno di *risposte flessibili*.

Certo, il *principio di legalità* dell'illecito e delle sanzioni non manca di campeggiare tra i primi articoli del d.lgs. n. 231/2001: l'art. 2, in particolare, sancisce questo canone dell'epistemologia penalistica moderna in tutti i suoi corollari; figura anche l'avverbio “espressamente”, per cui è sancita anche la tassatività. Ma se leggiamo l'intera trama del d.lgs. n. 231/2001 emerge, in filigrana, un sistema pervaso di una discrezionalità e di una flessibilità che definiremmo consustanziali.

Nel diritto penale dell'economia a destinatario individuale la situazione resta, invece, assai diversa. Esso trasuda ancora moltissimo *blame*, biasimo, persino una logica arcaica di tipo vendicativo, comunque tanta prevenzione generale negativa. Basti considerare, tra i tanti possibili esempi, la risposta punitiva in materia di abusi di mercato, dove i cumuli sanzionatori appaiono vertiginosi. Qui, la filosofia ispiratrice pare, esattamente, quella di una retribuzione vendicativa e di una sofferenza inferta come contraccambio della sofferenza patita dai risparmiatori; c'è assai poca proporzione e molta deterrenza che sconfina nel terrorismo punitivo.

4. L'illecito dell'ente: dalla missione alla struttura

La *missione sostanziale* del nuovo *corpus* normativo ha cominciato a emergere con maggiore nitore solo nel corso del tempo, grazie a un lento e laborioso processo di decantazione.

Dal punto di vista *teleologico-funzionale*, il diritto punitivo dell'ente trova giustificazione e spiegazione su basi cautelative o prevenzionali, in quanto le sanzioni minacciate dal d.lgs. n. 231/2001 puntano a coinvolgere la sorgente del rischio-reato, l'organizzazione complessa, nell'azione di prevenzione di illeciti che, nel caso delle società commerciali, sono motivati da uno scopo di lucro.

Tenendo conto anche della strategia d'intervento post-delittuosa, il diritto sanzionatorio degli enti poggia, più precisamente, su due architravi o – se si preferisce – due strategie convergenti di contrasto al crimine di impresa: *prevenzione e riparazione*⁴⁴, profilassi organizzativa e – a reato

⁴⁴ Abbiamo approfondito questo duplice pilastro, dall'angolo visuale del sistema sanzionatorio 231, in V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2022, n. 3-4, p. 559 ss.

commesso ed emerso processualmente – riorganizzazione e altre contro-azioni di natura reintegrativa.

Il *trait d'union* è, pertanto, la filosofia della *compliance*⁴⁵, che si connette al fenomeno della diffusione pervasiva dell'autoregolamentazione o *autonormazione* negli ordinamenti penali contemporanei, *incoraggiata* e non imposta nel disegno normativo della responsabilità della *societas*⁴⁶.

Nel contesto italiano, la *compliance*, l'idea più avanzata e di successo degli ultimi decenni nell'orizzonte dei sistemi di governo delle imprese e di gestione del rischio di illegalità, ha rappresentato, in origine, un *prodotto d'importazione*: il riferimento scontato è all'esperienza nordamericana dei *compliance programs*, che nel contesto federale statunitense possono operare come fattore (concorrente) di attenuazione della *culpability* della organizzazione (*Federal Sentencing Guidelines*, ch. 8)⁴⁷.

Di contro, la *nouvelle vague* della responsabilità sanzionatoria dell'ente fondata su un sostrato di *deficit* organizzativo ha rappresentato un'invenzione genuina del nostro legislatore, poi assunta a *modello da esportazione* globale, tra Stati che hanno praticamente clonato la disciplina italiana (soprattutto la Spagna a partire da una legge di riforma del 2015) e altri che vi si sono verosimilmente ispirati (vari Paesi europei – tra cui Polonia, Austria, con più marcate deviazioni Svizzera, Repubblica Ceca, ecc. – e latino-americani: Cile, Perù, Argentina, ecc.).

L'aspetto più interessante sono le modalità di funzionamento dell'architettura bivalente eretta dal legislatore.

Tanto la *compliance ex ante* quanto la riparazione/riorganizzazione *ex post* sono obiettivi puntellati da corposi *incentivi*⁴⁸. Tuttavia, per non sacrificare l'aspirazione allo sforzo prevenzionistico “anteatto”, l'intensità del beneficio offerto dalla legge è inferiore nella fase postuma alla commissione del reato. La piena esenzione da responsabilità è razionalmente offerta solo in caso di adozione e

⁴⁵ Cfr., diffusamente, il volume collettaneo di S. MANACORDA – F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Cham, 2022; volendo anche il nostro V. MONGILLO, *Presente e futuro della compliance penale*, in *Sist. pen.*, 11.01.2022, nonché, A. GULLO, voce *Compliance*, in C. PIERGALLINI – G. MANNOZZI – C. SOTIS – C. PERINI – M. SCOLETTA – F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, t. III, Milano, 2022, p. 1289 ss.

⁴⁶ Sulla recente emersione del fenomeno dell'autonormazione nel diritto penale, specie sul terreno della responsabilità della *societas* per quanto attiene al contenuto dei modelli di organizzazione, cfr. C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 3, p. 161 ss. Sul concetto e le diverse declinazioni/interazioni della *self-regulation* in rapporto alla sfera penale, v. le istruttive riflessioni di S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, n. 4, p. 1931 ss.; EAD., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell'autonormazione nelle pieghe dell'ordinamento penale statale*, in *Criminalia*, nonché in *disCrimen*, 15.6.2022. A livello monografico, cfr. l'ampio studio di D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2022.

⁴⁷ Sul sistema statunitense, cfr. la ricerca “fondativa” di C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 102 ss.

⁴⁸ Sull'“asse premiale” del sistema 231, la sua portata operativa generalizzata, nonché le prospettive di riforma, P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lg. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, 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*, t. II, Milano, 2018, p. 1116 ss. Specificamente, sulla logica premiale del decreto 231, avente, nella fase post-delittuosa, come «stella polare l'adozione successiva del modello», cfr. A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I: *Diritto sostanziale*, Torino, 2020, p. 242.

attuazione progressiva di una modellistica organizzativa adeguata⁴⁹.

Ex post factum, l'obiettivo del sistema è stimolare *contro-condotte positive*, in senso lato *riparatorie*: 1) risarcimento integrale del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, 2) rimozione delle carenze organizzative, 3) restituzione del profitto illecito. Basti considerare tutti gli incentivi che la legge offre per indurre l'ente a riorganizzare il suo agire in direzione della legalità e che, come detto, connotano in senso oltremodo flessibile la reazione ordinamentale: 1) nella *fase cautelare*, non applicazione (art. 45) ovvero sospensione e successiva revoca di eventuali misure cautelari interdittive (art. 49-50); 2) al momento della *irrogazione giudiziale* della pena, attenuazione della sanzione pecuniaria *ex art. 12* e mancata applicazione delle sanzioni interdittive ai sensi dell'art. 17 (purché le condotte riparatrici siano realizzate prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado); 3) persino in *sede esecutiva*, l'art. 78 prevede che «l'ente che ha posto in essere tardivamente le condotte di cui all'articolo 17, entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, può richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in sanzione pecuniaria»; 4) opportunità analoghe sono infine concesse all'ente risultante da una fusione o beneficiario di una scissione (art. 31, comma 2).

Se il baricentro teleologico della disciplina è quello appena segnalato, appare consequenziale che l'obiettivo della prevenzione organizzativa finisca per plasmare la *struttura dell'illecito* dell'ente, la quale – al di là di talune tortuosità del dettato normativo: si pensi, ad esempio, al doppio regime imputativo per apici e sottoposti (artt. 6 e 7)⁵⁰ – è attigua, con tutti i necessari “adattamenti”, al *tipo (omissivo) colposo*⁵¹.

Varie autorevoli sentenze della Corte di Cassazione hanno aderito a questa visione, sia pure con qualche differente *nuance* espositiva: le SS.UU. nel procedimento *ThyssenKrupp*; la pronuncia

⁴⁹ Sulla scalarità dei benefici nel d.lgs. n. 231 del 2001, v. S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 49 ss. Sulla necessità di non eclissare il polo della prevenzione *ex ante*, sovrastimando in chiave premiale le condotte riparatrici *ex post*, da ultimo, R. SABIA, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino, 2022, p. 164, 295 ss., 302 ss.

⁵⁰ Una recente sentenza del Trib. Milano, sez. X pen., 6 marzo 2023-23 maggio 2023, n. 3314, di condanna di un ente, ha sancito un dato che nella prassi aziendale era già consolidato, vale a dire che il sistema di *compliance* (il modello organizzativo), dunque il parametro su cui misurare la diligenza dell'ente, è unitario, sicché prescinde dal livello gerarchico dei possibili autori o dalle relazioni verticali od orizzontali con l'ente; ciò benché, ovviamente, le cautele possano ed anzi debbano essere diversamente declinate a seconda della diversa incidenza dei singoli individui sulle sfere di rischio.

⁵¹ Per maggiori dettagli, sia consentito il rinvio a V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., p. 134 ss., 425 ss. Sulla struttura della responsabilità dell'ente, in una letteratura sterminata non compendiabile in questa sede, v., altresì, con impostazioni diversificate, A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, p. 5101 ss.; C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, n. 3, p. 167 ss.; C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, p. 1516 ss.; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 131 ss.; nonché, nella manualistica, R. BARTOLI, *Il criterio di imputazione oggettiva*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, cit., p. 171 ss.; O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, *ivi*, p. 203 ss. Sulla colpa di organizzazione, anche in chiave comparatistica, E. VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016.

della IV sezione concernente il disastro ferroviario di Viareggio; da ultimo, l'atto finale della saga *Impregilo*, ad opera della VI sezione⁵².

L'illecito corporativo, infatti, si sostanzia nell'omissione di cautele organizzative doverose, tale da aver reso possibile – in termini condizionalistici – o quantomeno sensibilmente agevolato la realizzazione, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, di un reato espressamente nominato da parte di una persona fisica qualificata (artt. 5, comma 1, lett. a) e b), 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001). Si badi però: a differenza di un'ordinaria partecipazione omissiva, la lacuna organizzativo-gestionale che fonda il fatto colposo dell'ente è frutto, di norma, della interazione disfunzionale – sincronica e diacronica – di una molteplicità di condotte inadeguate, attive o omissive, rispecchiando il contesto e i processi collettivi in cui si annida.

La colpa di organizzazione – si è colto in tali pronunce e in altre stilate nel solco di esse – è il *fondamento giustificativo* della responsabilità *ex crimine* dell'ente. Sostanzialmente, si tratta di una formula compendiaria che esprime l'impasto di plurime disfunzioni diacroniche e sincroniche che rispecchiano, in negativo, la dimensione pluri-personale del controllo efficace.

Certo, non è mancata una dose di creatività giurisprudenziale⁵³ nel riconoscere nella c.d. colpa di organizzazione un cardine della responsabilità della *societas*. Detto in termini probatori: nell'affermare che la carenza organizzativa non è non mero fatto impeditivo, ma *fatto costitutivo* dell'illecito dell'ente, della cui dimostrazione è onerata l'accusa, a prescindere dalla collocazione dell'autore materiale del "reato matrice" nella gerarchia aziendale. Nondimeno, tale approdo ermeneutico ci sembra motivato da un'apprezzabile interpretazione costituzionalmente orientata, necessaria per riordinare il sistema e metterlo in sincrono con i principi fondamentali a cui lo stesso legislatore si è dichiaratamente ispirato. Non la reputiamo nemmeno un'operazione eccezionale, ma ordinaria in un sistema teologicamente orientato.

5. Le ragioni dell'appeal del regime italiano a livello internazionale e il ruolo sistematico del

⁵² Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 3834, Espenhahn, rv. 261112; Cass., sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, in *Giur. it.*, 2022, n. 4, p. 953 ss., con nota di V. MONGILLO, *Imputazione oggettiva e colpa tra "essere" e normativismo: il disastro di Viareggio*; Cass., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, *Impregilo s.p.a.*, in *Sist. pen.*, 20.06.2022, su cui v. i commenti di C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, *ivi*, 27.06.2022; E. FUSCO – C.E. PALIERO, *L'"happy end" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, *ivi*, 27.09.2022; D. BIANCHI, *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni "umbratili" a margine d'una sentenza "adamantina" nel "magma 231"*, *ivi*, 14.10.2022; G. DE SIMONE, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *Giur. it.*, 2022, n. 12, p. 2758 ss.; F. CENTONZE, *Il crimine dell'"attore decisivo", i limiti della compliance e la prova "certa" della colpa di organizzazione. Riflessioni a margine della sentenza "Impregilo"*, in *Cass. pen.*, 2022, n. 12, p. 4372 ss.; A. MERLO, *Il D.Lgs. 231/01 preso sul serio: la Cassazione scrive l'ultimo capitolo della saga "Impregilo"*, in *Foro it.*, 2022, n. 11, p. 669 ss.

⁵³ Pone l'accento su quest'aspetto G. DE SIMONE, nel commento alla sentenza *Impregilo bis* citato alla nota precedente. Apprezzano questo esercizio di creatività, in quanto "di impronta garantistica" e razionalizzante, E. FUSCO – C.E. PALIERO, *L'"happy end"*, *cit.*, p. 144.

modello di organizzazione

Perché il modello italiano di responsabilità dell'ente ha esercitato una così forte attrattiva a livello internazionale?

A nostro avviso, non solo per aver fondato la responsabilità dell'ente sulla colpa di organizzazione, ma soprattutto per aver ancorato tale nozione (implicita ma radicata nel sistema) all'istituto del “modello di organizzazione, gestione e controllo”, quindi a qualcosa di tangibile, afferrabile, dimostrabile giudizialmente nel contraddittorio tra le parti. Nulla a che vedere con concetti evanescenti e impalpabili, come quello di “cultura organizzativa deviante”, una sorta di forza impersonale, di fantasma condizionante che sovrasterebbe i singoli.

Facendo riferimento al modello organizzativo è stato finalmente sciolto l'enigma della colpa di organizzazione, di questa formula sincopata, evocativa, oggi di successo, ma altrimenti indefinita.

Inoltre, legando la responsabilità ai sistemi di *compliance*, il nostro legislatore ha colto precocemente il vento che si stava levando dalle trasformazioni dei metodi di governo dell'impresa: il modello di organizzazione rappresenta oggi solo un (importante) tassello dei sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno alle aziende.

Non si deve paventare il rischio di formalismi e di burocratizzazione sterile, quale inevitabile riflesso dell'enfasi sul modello organizzativo. L'eccesso di burocrazia non appartiene alla *compliance* efficace, ma ne rappresenta la caricatura. Occorre fare sempre attenzione a che le parole non s'impadroniscano dei concetti. Il programma aziendale di prevenzione dei reati non va inteso come un documento voluminoso approvato dall'organo amministrativo, che deve necessariamente recare la scritta “modello *ex artt.* 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001”. Quale giudice sensato condannerebbe una persona giuridica solo perché venuta meno a un aspetto puramente formale? Ciò che conta veramente è se l'ente, tramite l'organo di vertice e – a scendere – tutte le figure chiave dell'amministrazione abbiano implementato un buon sistema di *compliance*, di prevenzione del rischio-reato, e soprattutto se l'abbiano reso efficacemente operativo.

La *compliance* più che il risultato – la conformità alle norme – indica il metodo adeguato per cercare di raggiungerlo. Essa si riassume in una serie di strategie organizzative di contenimento del rischio di commissione di illeciti penali, più o meno strutturate a seconda dell'elemento dimensionale e della complessità dell'ente.

Attraverso un metodo (appunto) *risk-based*, si parte dalla valutazione dei rischi e si mira all'impianto nell'organizzazione di: assetti funzionali trasparenti, sistemi di deleghe e procure (“chi fa cosa”), garanzie di tracciabilità delle decisioni, politiche proattive promananti dal vertice, codici etico-disciplinari e procedure decisionali attuative, programmi formativi, flussi informativi, presidi di

sorveglianza, monitoraggio e revisione⁵⁴.

Ovviamente, anche la documentazione può avere una certa salienza prevenzionistica, perché favorisce la consapevolezza dei comportamenti da tenere e la trasparenza interna, specie in una grande organizzazione. In una piccola impresa prevarranno, in larga parte, meccanismi più informali⁵⁵.

In definitiva, gli artt. 6 e 7 ci forniscono solo lo scheletro, l'impalcatura di un sistema di gestione del rischio di trasgressioni penalmente rilevanti, con qualche vistosa assenza: si pensi all'attività formativa, pacificamente essenziale.

Questa intelaiatura andrà poi rivestita di contenuti e ritagliata sulle specificità del singolo ente: ambito geografico, dimensioni, tipo di attività, evoluzione diacronica, natura pubblica o privata, ecc. L'ente non può pensare di comprare il suo abito organizzativo nella grande distribuzione: deve confezionarlo su misura.

Sotto questo profilo, il vero cuore pulsante del modello sono i protocolli decisionali; qui troviamo le vere cautele preventive: procedimentali, sostanziali (quelle, cioè, ritagliate sugli specifici rischi di reato) e di controllo⁵⁶.

Questo è ciò che si vuole dagli enti nella fase di implementazione del modello.

Diversamente, in caso di "incidente-reato", PM e giudice non sono chiamati a valutare l'intero apparato di *compliance* come se fossero dei consulenti aziendali. Piuttosto, devono scandagliare le misure, generali e speciali, rivolte al contenimento del rischio che si è invero realizzato nello specifico reato *sub iudice*; dunque, occorrerà verificare se sono state adottate e poi rese effettive. In quest'ottica, uno degli aspetti decisivi sarà, certamente, l'avvenuta realizzazione di *audit* periodici e un monitoraggio soddisfacente dell'organismo di vigilanza, senza ovviamente pretendere l'impossibile e conservando un atteggiamento realistico: una impresa non produce *compliance* e non vive di essa!

Ciò significa che l'organo giudicante, in conclusione, deve evitare un *duplice errore di prospettiva*, come dire due eccessi: la postura mentale del "giudice generalista", il quale assume quasi la veste del consulente aziendale che cerca nel modello la minima falla, anche quelle che nulla ha a che vedere col reato effettivamente realizzato; la postura del "giudice minimalista", che sostanzialmente si concentra sulla singola, specifica, minuta cautela per concludere nel senso della sua efficacia preventiva o meno rispetto al reato commesso, trascurando l'organizzazione, fatta di tanti tasselli funzionali alla riduzione del rischio rilevante. Questa, del resto, è la ragione per la quale la formula *compliance* si accompagna normalmente al termine programma o sistema.

⁵⁴ Diffusamente, in una letteratura sterminata, C. PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2^a ed., Milano, 2010, p. 153 ss.; A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 241 ss.

⁵⁵ Cfr., ancora, per i dettagli, V. MONGILLO, *Ai confini della responsabilità*, cit., p. 31.

⁵⁶ Cfr. la tassonomia elaborata da C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, Parte II, in *Cass. pen.*, 2013, p. 842 ss.

6. Il problema della carente determinatezza delle cautele organizzative doverose

Anche quest'intuizione centrata, la *compliance* quale baricentro di una responsabilità satura di note prevenzionistiche, ha mostrato qualche incrinatura alla prova dei fatti, come sempre accade nel mondo delle cose reali.

L'inversione dell'onere della prova che sembrerebbe affiorare dall'*incipit* dell'art. 6, d.lgs. n. 231/2001, una evidente stonatura rispetto all'ordinario riparto processuale dell'*onus probandi* tra accusa e difesa, è stata di fatto sanata dalla giurisprudenza per via ermeneutica, già a partire da una sentenza del 2010 della VI sezione della Corte di legittimità⁵⁷. Sull'ente grava solo un *onere di allegazione*, il che può ritenersi accettabile: nessuno meglio della stessa persona giuridica conosce la sua organizzazione. Pertanto, il rischio della prova mancata resta allocato sull'accusa, nel rispetto del c.d. onere sostanziale della prova, precipitato della presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), da riconoscere anche all'ente.

Circa la questione dell'*elusione fraudolenta* del modello organizzativo (art. 6, comma 1, lett. c), parimenti richiesta solo nel caso di "reato apicale", essa rischia di trasformarsi in una *probatio diabolica*, ovvero impossibile. La sentenza *Impregilo bis* ha confermato la lettura in termini di condotta ingannatoria, invalsa nella precedente giurisprudenza, ma ne ha ridimensionato la portata pratica nel decidere sul caso *sub iudice*⁵⁸. *De iure condendo*, sarebbe preferibile elidere questo inutile motivo d'incertezza, o quanto meno sopprimere l'avverbio "fraudolentemente"⁵⁹.

Ma il "problema dei problemi", nei primi venti anni di applicazione del decreto 231, è stato la *scarsa precisione dei parametri di adeguatezza* del modello e dunque l'insufficiente prevedibilità delle decisioni giudiziarie circa l'idoneità del programma di *compliance* penale adottato dall'ente⁶⁰.

⁵⁷ Cass., Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, in C.E.D. Cass., n. 247666-01; assunto confermato – tra l'altro – nelle sentenze sui casi ThyssenKrupp, disastro di Viareggio e Impregilo bis, già menzionate.

⁵⁸ In particolare, Cass., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, cit., ha confermato quanto stabilito in punto di diritto, nello stesso procedimento, da Cass., sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677, in C.E.D. Cass., n. 257987-01, vale a dire che l'elusione fraudolenta del modello organizzativo, che esonera l'ente dalla responsabilità per l'illecito dipendente dal reato commesso da soggetti in posizione apicale, richiede una condotta ingannevole e subdola, di aggiramento e non di semplice "frontale" violazione delle prescrizioni adottate. Differentemente, però, dal precedente della V sezione, proprio siffatta condotta ingannatoria è stata ravvisata dall'ultima pronuncia della Cassazione, al pari del giudice del rinvio, nel contegno tenuto dal presidente e dall'amministratore delegato di Impregilo, che avevano falsificato di comune accordo i dati richiesti alle competenti funzioni aziendali. Secondo F. CENTONZE, *Il crimine*, cit., p. 4388, nel caso di specie non poteva parlarsi di elusione fraudolenta perché se il modello lasciava ai vertici uno spazio di autonomia non comprimibile, ciò implica l'impossibilità di ravvisare «uno specifico controllo neutralizzato con frode».

⁵⁹ Ha proposto questa revisione, almeno parziale, C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello"*, cit., p. 11.

⁶⁰ Che questo rappresenti il dilemma di fondo è testimoniato anche dall'entità e diffusione dei contributi dedicati alla questione: in una letteratura non riassumibile in questa sede, v. almeno, in ordine cronologico-alfabetico, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 172 ss.; C. PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in G. LATANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2ª ed., Milano, 2010, p. 153 ss.; ID., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le soc.*, 2011, n. 12S, p. 46 ss.; G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, ivi, p. 55 ss.; F. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento della idoneità del Modello Organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, n.

Questione delicatissima, perché tocca la struttura stessa della responsabilità corporativa.

Com'è noto, il nodo della porosità della colpa riguarda, tradizionalmente, anche la colpa individuale. Nel caso della *culpa* dell'ente affiorano due venature problematiche in più: l'estrema varietà delle organizzazioni (dalla microimpresa ai giganti multinazionali), molto maggiore rispetto alle persone fisiche; l'assenza – al momento – di un sapere scientifico o quantomeno esperienziale consolidato. Abbiamo pochissimo di scritto, di positivizzato, in chiave cautelare in questa materia; lo sforzo che si sta cercando di compiere punta a far uscire questo paradigma di responsabilità da una sfera di pura *self-regulation*.

Tutto ciò complica, esponenzialmente, la definizione della soglia del *rischio tollerato*. Da un lato, il legislatore non può tipizzare dettagliatamente i modelli richiesti a qualsiasi organizzazione. Ma neppure è ragionevole lasciare la definizione di questa soglia interamente al “fai da te” delle imprese o all'intuizionismo ondivago del giudice. Del resto, per rispettare realmente il canone personalistico *ex art. 27, comma 1, Cost.*, anche l'accertamento della responsabilità per carente organizzazione dell'ente presuppone regole riconoscibili *ex ante*.

Va dato atto al legislatore italiano di non essersi disinteressato completamente del problema e, anzi, di aver fatto qualcosa di più rispetto a molti altri ordinamenti (cfr. ad esempio, la formula utilizzata nell'art. 102, comma 2, del c.p. svizzero, vale a dire «misure organizzative ragionevoli e necessarie per prevenire il reato»).

Tuttavia, i *parametri di idoneità* del modello organizzativo tracciati dall'art. 6, comma 2, sono molto elastici e privi di contenuto realmente modale-cautelare. La colpa dell'ente, che *primo visu* parrebbe “specificata” per inosservanza di regole scritte, in realtà è tale solo “tendenzialmente”⁶¹, giacché rivela, nei suoi meccanismi ricostruttivi, i lineamenti della colpa cd. “generica”⁶².

2, p. 129 ss.; A. FIORELLA, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della “pratica”*, in A.M. STILE – V. MONGILLO – G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, p. 359 ss.; 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. ed enti*, 2011, n. 3, p. 69 ss.; M. COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Dir. pen. cont.* – Riv. trim., 2016, n. 2, p. 66 ss.; V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, p. 137 ss.; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, n. 1-2, p. 49 ss.; E. PEZZI, *La vexata quaestio dell'idoneità ed efficacia dei MOG fra prospettive di riforma e fonti delle regole cautelari*, in *Legisl. pen.*, 8.10.2021. Nella manualistica, per tutti, N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 5^a ed., 2020, p. 52 ss.; A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 254 ss., 267 ss., 272 ss. Nella produzione monografica, con accurata analisi comparatistica, R. SABIA, *Responsabilità*, cit., p. 127 ss., 273 ss.

⁶¹ Abbiamo optato, nell'ambito di una tassonomia a sfondo comparatistico, per questo predicato più sfumato in V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., p. 285 ss.

⁶² In generale, per la considerazione che «in presenza di una regola elastica, sebbene si tratti di inosservanza di regole scritte, saremo piuttosto di fronte ad una “colpa generica” (quanto ai meccanismi ricostruttivi)», v. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 318. Secondo A. FIORELLA, in R. PINZA (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica D.LGS. 231/2001*, Arel-PwC, Roma, p. 31, l'estrema elasticità dei criteri di giudizio elencati dalla legge fa sì che «l'accertamento della loro violazione non differisc[a] sostanzialmente da quello della violazione di una norma di mera e generica diligenza caratteristica della cosiddetta colpa generica».

Non si dimentichi, inoltre, che il legislatore interno ha inteso coniare anche la figura dell'*organismo di vigilanza*, che è rimasta – questa sì – una specificità nel panorama internazionale. Infatti, anche la Spagna e i Paesi dell'America Latina che hanno mutuato questa componente del sistema precauzionale, l'hanno declinata come *encargado de prevención de delitos*, quindi in termini più affini al *compliance officer* anglosassone⁶³.

Nel tentativo di colmare il denunciato *gap* di determinatezza, il sistema 231 italiano è evoluto, nel corso degli anni, nel segno di una *flessibilità strutturata*, tipica di un apparato di regole “multilivello” o – detto diversamente – a cerchi concentrici.

Con un margine d'inevitabile stilizzazione, possiamo distinguere:

(i) un *nucleo centrale* di regole di *hard law*, cogenti sebbene (come detto) assai elastiche, che dettano i requisiti minimi generali e gli obiettivi essenziali del modello di prevenzione del rischio-reato (artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001), senza indicazioni differenziate per tipologie di illecito penale (con l'unica eccezione, allo stato, del modello organizzativo in materia di salute e sicurezza sul lavoro *ex* art. 30 d.lgs. n. 81/2008, salvi i singoli profili di disciplina mutuabili da normative di settore, come ad esempio nel campo degli abusi di mercato);

(ii) un *cerchio intermedio* che consta di indicazioni, regole e direttive più puntuali ma non vincolanti e per questo più malleabili e se del caso superabili dalle singole imprese con misure ritenute maggiormente adatte alla propria situazione (c.d. *soft law*): si tratta, nel disegno legislativo, dei codici di comportamento delle associazioni di categoria sottoposti al vaglio del Ministero della giustizia, «che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati» (art. 6, comma 3, d.lgs. n. 231/2001);

(iii) oltrepassando questo strato intermedio, si apre lo spazio più indefinito della c.d. *best practice*, distinta sia dalle cautele positivizzate (*hard* e *soft*) sia dal groviglio delle pratiche aziendali non ancora sufficientemente accreditate. Con l'espressione “migliori prassi” (o “pratiche”) si vuole indicare le conoscenze prevenzionistiche stabilizzatesi e dunque elevate, su basi consuetudinarie, alla dignità di parametro doveroso (benché non formalizzato), che il giudice dovrebbe poi *riconoscere* in quanto – eventualmente – vigente al tempo della condotta, senza “creare” *a posteriori* la cautela doverosa o comunque applicare un sapere postumo in modo sostanzialmente retroattivo.

Ma anche in un impianto regolatorio così articolato e policromo serpeggiano alcune criticità e

⁶³ Per approfondimenti, V. MONGILLO, *La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2018, n. 3, p. 148 ss.; nonché l'esaustiva monografia di A.S. VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, 2020, p. 446 ss. Sulla *compliance* nelle imprese multinazionali, per tutti, S. MANACORDA, *The “Dilemma” of Criminal Compliance for Multinational Enterprises in a Fragmented Legal World*, in S. MANACORDA – F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale*, cit., p. 67 ss.; C. PIERGALLINI, *La gestione ermeneutica del rischio normativo internazionale nel contesto della responsabilità da reato degli enti*, in *Le soc.*, 2021, n. 3, p. 321 ss.

lacune. Ci limitiamo a segnalare le due principali.

Anzitutto, va notato che all'estero la *soft law* in materia di *compliance* è per lo più di matrice pubblica (regolamenti governativi e linee guida di autorità di vigilanza). In Italia, invece, è rappresentata dai “codici di comportamento” elaborati dalle associazioni rappresentative degli enti, senza una reale dialettica democratica con l'intera platea degli *stakeholders*, e trasmessi, solo a valle del processo, al Ministero della giustizia, il quale si limita – unitamente ai ministri competenti – a un controllo di tipo burocratico e cartolare, ed eventualmente a formulare osservazioni. Ciò ha reso meno credibili queste linee guida agli occhi dei giudici. Al contempo, ha scoraggiato la fissazione o meglio la “raccolta” di regole cautelative più puntuali da parte delle associazioni di categoria in merito alle singole aree di rischio-reato.

La seconda criticità riguarda la *best practice*. Certamente non siamo più all'anno zero per quanto concerne la cultura della *compliance* penale; tuttavia, persiste uno scarso consolidamento esperienziale delle cautele preventive da adottare e *a fortiori* una ridotta cristallizzazione in testi scritti anche di natura *soft*. Ciò alimenta approcci ipercautelativi *post factum* del giudice: la distorsione del senso del poi, vale a dire l'equazione fallace reato = modello inidoneo o quantomeno non attuato. Ma così opinando, la regola di diligenza organizzativa è, di fatto, statuita *a posteriori* dal giudice, anche se poi si argomenta come se fosse nota o conoscibile anticipatamente da un ente-modello avveduto e diligente.

6.1. Le possibili soluzioni

Le possibili vie d'uscita da questa *impasse* si riducono grossomodo a tre: la soluzione ermeneutico-giurisprudenziale; la strada di una regolamentazione più dettagliata; la validazione *ex ante* da parte di soggetti privati o comunque la valorizzazione di fonti private suscettibili di certificazione ad opera di appositi organismi accreditati.

È più onesto cominciare dall'opzione giurisprudenziale: quando il legislatore non vuole o non sa come affrontare un problema finisce per scaricarlo sui giudici.

Da questo punto di vista, la novità più importante degli ultimi anni è rappresentata dalla sentenza *Impregilo bis* della VI sezione della Cassazione⁶⁴ che ha impresso una benefica “scossa” a un panorama applicativo che si stava avvitando in un asfittico rigore.

Tre sono gli snodi essenziali del percorso argomentativo seguito dalla Cassazione, che ovviamente non ha riguardato il rischio-reato in generale, ma la commissione dei fatti di aggio

⁶⁴ Cass., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, cit. Nello stesso senso, Cass. sez. V, 19 maggio 2023, n. 21640, in corso di pubblicazione su Giur. it., con nota di R. SABIA, *Non c'è responsabilità (corporativa) senza colpa (di organizzazione). La Cassazione ribadisce la metodologia di accertamento della responsabilità '231' affermata nel caso Impregilo bis.*

sub iudice, commessi da organi apicali attraverso comunicati diffusi al pubblico.

Il primo aspetto apprezzabile della pronuncia è stato il netto ripudio della detta fallacia logica dell'*hindsight bias*, il senno del poi. La commissione del reato non prova di per sé l'inadeguatezza del modello!

Ci appare condivisibile anche la lettura "realistica" degli obblighi preventivi dell'ente collettivo con riferimento al reato-presupposto sotto la lente del giudice. La Cassazione ha riconosciuto che non si può pretendere un controllo preventivo sul testo dei comunicati divulgati direttamente dagli organi di vertice, giacché questi dispongono di un margine di autonomia incompressibile. Quello che si può esigere è un'istruttoria preliminare da parte delle aree aziendali competenti e il previo concerto dei due soggetti super-apicali (AD e Presidente nel caso di specie). Di conseguenza, se questi apici si mettono d'accordo per falsificare il testo dei comunicati, ciò configura un'iniziativa estemporanea e fraudolentemente elusiva e solo loro ne devono rispondere, in assenza di elementi comprovanti una carente organizzazione preventiva.

Sul piano delle fonti cautelari, la Corte regolatrice ha cercato di rivitalizzare il ruolo delle linee guida di categoria. Il messaggio rivolto agli enti è stato chiaro: se vi conformate spontaneamente ai dettami dei "codici di comportamento", il giudice che intendesse disattenderne i contenuti avrà un dovere di motivazione rafforzata, in altre parole dovrà chiarire puntualmente cosa l'ente avrebbe potuto fare in base alla specifica disciplina di settore, o alle prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo. A questa limitazione della discrezionalità giudiziale corrisponderà il miglior posizionamento processuale dell'ente osservante.

L'operazione più interessante, almeno sul piano dogmatico-sistematico, è stata però l'*assimilazione* della struttura dell'illecito dell'ente e del suo accertamento al *paradigma del reato colposo di evento*.

Ma in questa operazione si annida anche il profilo più insidioso, giacché esposto ad equivoci, del *dictum* della Cassazione: ci riferiamo al tema dell'efficienza causale, rispetto alla commissione del reato, dell'assenza di un modello o – quanto meno – della sua insufficienza.

Ha osservato, in estrema sintesi, la Cassazione che il giudice deve ricorrere al criterio della "prognosi postuma", dunque collocarsi idealmente nel momento in cui è stato commesso il reato, per verificare se il "comportamento alternativo lecito", nel caso di specie l'adozione e l'osservanza di un modello organizzativo virtuoso, avrebbe eliminato o almeno ridotto il rischio di commettere reati dello stesso tipo di quello verificatosi. Quindi, *nesso di rischio* ed *evitabilità*: entrambi concetti chiave dell'imputazione nei reati colposi di evento.

Ma qual è il coefficiente probatorio che deve sorreggere il giudizio di evitabilità? Sappiamo che la giurisprudenza, con il conforto della dottrina maggioritaria, in relazione alla responsabilità

individuale per colpa distingue tra reato commissivo e reato omissivo: nel primo caso si accontenta delle “apprezzabili probabilità di successo”⁶⁵; nel secondo richiede un’efficacia impeditiva dell’evento confinante con la certezza, istanza del tutto condivisibile in questo caso, perché nel reato omissivo improprio evitabilità e causalità dell’omissione si sovrappongono.

Qualche passaggio in *Impregilo bis* – in particolare quello in cui si evoca la necessità di «escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio» – potrebbe, effettivamente, far pensare che il giudice di legittimità abbia preteso, anche nel caso dell’illecito – strutturalmente colposo come si è detto – dell’ente, la dimostrazione di una certezza impeditiva. Da alcuni commentatori il punto di vista della Cassazione è stato letto proprio in questi termini, vuoi plaudendo vuoi criticando⁶⁶.

Occorre però fare attenzione alle parole e alla loro connessione logico-sintattica. Asserire che la *societas* non risponde (solo) se è possibile affermare in modo *certo* che l’adozione del modello *non* avrebbe evitato l’evento, non significa esigere la sicura evitabilità (per affermare la responsabilità dell’ente), ma la certezza della non evitabilità. Sintetizzando all’estremo, significa che in caso di *apprezzabili probabilità di successo* si potrà condannare, e – per converso – che il deficit organizzativo deve avere, quantomeno, agevolato sensibilmente la commissione del fatto-reato.

Questa, a nostro avviso, è la lettura più ragionevole e realistica del *dictum* della Cassazione. Viceversa, pretendere la certa imperdibilità condannerebbe il d.lgs. n. 231/2001 all’irrelevanza applicativa. Tale conclusione abbraccia, praticamente, qualsiasi cautela organizzativa, anche quelle tendenzialmente più stringenti⁶⁷. Si pensi ai questionari di *due diligence* di cui le società normalmente si servono per appurare l’assenza di relazioni pregresse, entro un certo intervallo temporale, tra un potenziale consulente, partner o fornitore e la pubblica amministrazione con la quale si intrattengono rapporti contrattuali (c.d. “periodo di raffreddamento”). Un ente privato non ha poteri di indagine paragonabili a una autorità di *enforcement* pubblica. La controparte potrebbe mentire negando l’esistenza delle dette relazioni (se dicesse la verità, il contratto non verrebbe stipulato), responsabili aziendali potrebbero colludere, e normali ricerche in internet o di altro tenore non è detto che avrebbero fatto emergere il mendacio. Per non parlare delle relazioni intercorse al di fuori del *black period*, quindi fuori del perimetro temporale della cautela⁶⁸. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi ma l’esito non muterebbe: la prevenzione che si ottiene mediante organizzazione pressoché mai ha forza impeditiva.

⁶⁵ Basti leggere il passaggio dedicato a questo profilo nella sentenza delle SS.UU. nel procedimento ThyssenKrupp. Su questo importante snodo dommatico-applicativo, si veda, da ultimo, anche il contributo dell’estensore della sentenza: R. BLAIOTTA, voce *Predizione*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, t. III, cit., p. 1735 ss.

⁶⁶ Riferimenti, in V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 718, nt. 50.

⁶⁷ Per considerazioni più distese e puntuali, in questa sede esposte in modo estremamente semplificato e quasi didascalico, cfr. V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità “da reato” dell’ente collettivo*, in *Cass. pen.*, 2023, n. 3, p. 714 ss., 730 ss.

⁶⁸ Cfr. C. PIERGALLINI, *Note in tema di prevenzione del rischio-corruzione nel contesto societario*, in *Leg. pen.*, 16.02.2021.

A questo punto, siamo in grado di comprendere anche il senso del *decisum* della S.C. in relazione all’OdV monocratico (coincidente con il responsabile della funzione di *internal auditing*) di cui al tempo dei fatti disponeva la società Impregilo. I compiti spettanti ai membri dell’OdV non possono mai trascinare nella supervisione di comportamenti concreti, acquisendo connotazioni di tipo gestorio in attrito con gli assetti della *corporate governance* delineati dal diritto societario; tali compiti devono restare confinati a un «controllo sistemico continuativo sulle regole cautelari predisposte e sul rispetto di esse nell’ambito del modello organizzativo di cui l’ente si è dotato». Pertanto, nessuna facoltà di *dissenting opinion* da assegnare all’OdV, come ritenuto sette anni prima dalla V sezione della Suprema Corte.

Così, nel caso di specie, va riconosciuto – in linea con quanto asserito dalla Cassazione nel secondo *decisum Impregilo* del 2021 – che rispetto a reati di comunicazione commessi in modo repentino da soggetti super-apicali, nemmeno l’OdV più competente e indipendente immaginabile potrebbe impedirli, ma a ben vedere nemmeno potrebbe ridurre il rischio di verifica.

Si badi però: vanno evitate generalizzazioni improprie che relegherebbero l’OdV a un ruolo puramente esornativo. In altre situazioni fattuali – ad es. provviste occulte create a fini corruttivi, reati colposi in materia infortunistica, ecc. – non è affatto esclusa la possibilità di dimostrare che un presidio di vigilanza privo di sufficiente autorevolezza e autonomia, che sia rimasto sostanzialmente inattivo non avendo posto in essere, con la necessaria periodicità controlli (a campione o a sorpresa) adeguati sul rispetto delle procedure autonomate, abbia contribuito – unitamente ad altre carenze gestionali – a creare una cultura della non-compliance e un contesto che non frappone sufficienti ostacoli alla realizzazione di reati.

Si consoliderà l’orientamento appena passato in rassegna, che allo stato rappresenta la punta più avanzata nella giurisprudenza di legittimità?⁶⁹.

Non è facile pronosticarlo. D’altro canto, vi sono alternative realmente plausibili?

Sotto questo profilo, la *comparazione* può svolgere un ruolo prezioso, suggerendo o sconsigliando possibili traiettorie riformistiche.

Un’opzione che ciclicamente riaffiora nella discussione politico-legislativa e nel *certamen* dottrinale è quella dell’accreditamento/validazione pre-processuale del modello. In particolare, la

⁶⁹ L’indirizzo che è andato maturando negli ultimi due anni nella giurisprudenza della IV sezione della Cassazione (cfr. dapprima la sentenza relativa al disastro ferroviario di Viareggio n. 32899/2021 e poi, in senso adesivo, con le sentt. nn. 18413/2022, 39615/2022 e 580/2023), il cui tratto di originalità è dato dall’insistere sulla separazione concettuale tra “colpa di organizzazione” e “modello organizzativo” (*rectius*, assenza o inadeguatezza del modello), a nostro sommo avviso è incrinato da talune mende che consigliano un ripensamento: sia consentito rinviare, per ragioni di spazio, alle riflessioni formulate in V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 722 ss., in cui si è notato anche come tale impostazione sia stata condizionata dalla fattispecie *sub iudice* nella pronuncia che ha inaugurato il filone, in cui era in ballo la responsabilità di società straniere operanti senza articolazioni territoriali in Italia, onde si controverteva sull’esigibilità di moduli organizzativi redatti secondo i precetti normativi domestici. Forti rilievi critici anche nelle note di C.E. PALIERO e C. PIERGALLINI alla sentenza n. 18413/2022, pubblicate in Cass. pen., n. 11/2023.

suggerimento che aleggia è quella della *certificazione o attestazione preventiva* del sistema di *compliance* penale ad opera di organismi abilitati, vale a dire di soggetti privati investiti del potere di validare la regolare conformità allo standard normativo dei contenuti del modello.

In Italia, com'è risaputo, in questa direzione si orientò un progetto elaborato dall'AREL nel 2009-2010⁷⁰, che venne poi recepito anche dal Governo in carica ma non approdò mai alle Camere, anche perché la proposta di riforma fu sottoposta a severo vaglio critico dalla dottrina e non riscosse particolare entusiasmo nemmeno nel mondo imprenditoriale. Grossomodo, si temeva un'onerosa bollinatura seriale senza vantaggi certi per le imprese, notandosi anche che la certificazione non avrebbe mai potuto conculcare al giudice il libero convincimento, immaginando prove legali vincolanti⁷¹.

Qualcosa di affine a una certificazione, *de lege lata*, l'abbiamo solamente nel settore nevralgico della sicurezza sul lavoro. Ci riferiamo alla denominata "asseverazione" dell'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, prevista dall'art. 51, comma 3-*bis*, dello stesso decreto. Nondimeno, i soggetti, i contenuti e gli effetti di tale validazione sono ben diversi dal congegno ipotizzato nel progetto AREL. Secondo il precetto normativo giuslavoristico, infatti, la detta asseverazione è di competenza degli organismi paritetici e di essa gli organi di vigilanza «possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività»⁷².

Proprio nel torno di anni in cui venne respinto in Italia, l'istituto della certificazione si concretizzò dall'altra parte dell'Oceano, segnatamente in Cile, con l'entrata in vigore della *Ley* n. 20.393/2009⁷³. Nella prassi di quel Paese, però, questo meccanismo non ha dato buona prova di sé; così è subentrata, da ultimo, la fase della disillusione. La recente *Ley de delitos económicos* 21.595, promulgata il 7 agosto e pubblicata il 17 agosto 2023 (cfr. art. 50), nel riformare – tra l'altro – il regime cileno della responsabilità penale delle persone giuridiche, ha soppresso l'istituto della certificazione dal testo legislativo, prevedendo la sua sostituzione con l'obbligo per le imprese che abbiano adottato

⁷⁰ L'ultima versione si trova pubblicata – insieme alla Relazione illustrativa – in R. PINZA (a cura di), *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 9 ss.

⁷¹ G.M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lg. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 11, p. 4032. Ulteriori riserve in G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 10, p. 1140; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le soc.*, 2010, n.10, p. 1247 ss.; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., p. 100 ss. Di diverso avviso, A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Compliance Programs e dominabilità «aggregata» del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 117 s.

⁷² Cfr., in tema, P. PASCUCCI, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 43/2015.

⁷³ Cfr. A.S. VALENZANO, *Il rilievo della certificazione dei Modelli organizzativi anche con riferimento all'esperienza cilena*, in A. FIORELLA – R. BORGOGNO – A.S. VALENZANO (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Napoli, 2015, 161 ss.; R. SABIA, *Responsabilità*, cit., p. 256 ss.

un sistema di prevenzione dei reati di sottoporsi a «valutazioni periodiche da parte di terzi indipendenti e meccanismi di miglioramento o aggiornamento sulla base di tali valutazioni»⁷⁴.

In prospettiva interna *de iure condendo*, non si tratta di atteggiarsi ad antagonisti intransigenti della certificazione o attestazione che dir si voglia. Non può escludersi che meccanismi certificatori – se accortamente declinati – possano contribuire a elevare lo standard delle cautele implementate dalle imprese, supportando il processo di miglioramento continuo. Sul piano processuale, però, continuiamo a ritenere valida la riserva secondo cui nessuna forma di validazione anticipata potrebbe sottrarre alla magistratura – perlomeno – il controllo sull’effettiva attuazione del modello. Ed è verosimile che i giudici, il più delle volte, sarebbero indotti a ravvisare, nonostante la certificazione, *défaillances* quanto meno nella fase attuativa del sistema di *compliance*. Ci pare allora più realistico immaginare l’accesso a percorsi privilegiati (non esclusivi comunque) di uscita anticipata dal procedimento e/o l’esonero da misure “paralizzanti” per l’ente il cui modello sia stato “attestato”. Si pensi, in particolare, alla radicale neutralizzazione di misure interdittive sin dalla fase cautelare e alla possibilità di richiedere o consentire da parte dell’ente la messa alla prova, quale nuovo istituto da immettere nel perimetro del d.lgs. n. 231/2001⁷⁵ e la cui chiave di accesso andrebbe tipizzata nell’esiguità della colpa di organizzazione, che anche la “certificazione” in parola potrebbe contribuire a suffragare⁷⁶.

Soluzioni alternative, ma funzionalmente affini a quest’ultima, potrebbero essere:

a) il ricorso a *presunzioni di conformità iuris tantum* (cioè confutabili, ma con motivazione rafforzata, dal giudice) dei modelli sviluppati al metro delle norme tecniche (norme ISO e assimilabili) o delle linee guida più accreditate nei diversi settori. Questi meccanismi presuntivi fanno parte della tendenza all’irrigidimento della *soft law*, nel senso dell’integrazione della *soft law* nella *hard law*. A tale visione s’ispira, nel nostro ordinamento, l’art. 30, comma 5, del d.lgs. n. 81/2008, che ha introdotto una presunzione di “conformità”, “per le parti corrispondenti”, del modello corrispondente ad alcune regole tecniche/standard nazionali o internazionali: le *Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro* del 28 settembre 2001 o il *British Standard OHSAS*

⁷⁴ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1195119&idParte=10449671>.

⁷⁵ Cfr., sull’opportunità di questo innesto nel sistema 231, G. FIDELBO – A.R. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2016, n. 4, 3 ss.; A.R. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell’azione contro gli enti*, Torino, 2018, p. 171 ss.; H. BELLUTA, *L’ente incolpato. Diritti fondamentali e “processo 231”*, Torino, 2018, p. 121 ss.; G. FIDELBO – V. MONGILLO, *Le recenti modifiche introdotte dalla “spazzacorrotti” e dal decreto legislativo di attuazione della direttiva PIF al regime della responsabilità dell’ente in materia di reati contro la pubblica amministrazione*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi: dalla “spazzacorrotti” alla riforma dell’abuso d’ufficio*, Torino, 2020, p. 387 ss.; FE. MAZZACUVA, *L’ente premiato. Il diritto punitivo nell’era delle negoziazioni: l’esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020, p. 294 ss. Sul tema anche P. TRONCONE, *La messa alla prova dell’ente collettivo e delle società. Gli effetti non previsti di un diritto sanzionatorio criptico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2021, n. 3-4, p. 836 ss. Le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno – a nostro parere correttamente – escluso l’applicabilità dell’ammissione alla prova (art. 168-bis c.p.) agli enti: Cass., sez. un., 27 ottobre 2022, n. 14840.

⁷⁶ Per maggiori dettagli sia permesso il rinvio a V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni*, cit., p. 619 s.

18001:2007 (oggi dobbiamo fare riferimento, a quest'ultimo riguardo, alla ISO 45001:2018). Ad ogni modo, si tenga presente, da un lato, che la verifica dell'efficace attuazione del modello resterebbe nella piena disponibilità del giudice e, dall'altro lato, che anche questi standard internazionali non dettano cautele e procedure puntuali, ma si limitano a delineare l'intelaiatura del modello di *compliance* penale e lo schema dei possibili protocolli preventivi per le singole aree di rischio trattate;

b) l'elaborazione di “*modelli*” e “*protocolli pilota*” da parte di un organismo pubblico o privato da individuare, che potrebbe anche assolvere un ruolo di consulenza e supporto agli enti nel confezionamento dei modelli preventivi (una sorta di *cooperative compliance*), secondo tecniche di interpellato di cui potrebbero beneficiare soprattutto le piccole imprese⁷⁷.

Ovviamente, nessuna soluzione è una panacea. Nondimeno, riteniamo vi siano ampi margini per un'evoluzione più accorta e razionale del sistema della responsabilità dell'ente, *in primis* rispetto a ciò che ne rappresenta l'elemento nevralgico, vale a dire la strategia della prevenzione mediante adeguata organizzazione.

7. Cenni a una possibile revisione del sistema sanzionatorio 231

Qualche considerazione in prospettiva di riforma merita anche il sistema delle sanzioni corporative (l'elenco completo, come già si è accennato *supra*, § 3, è contenuto nell'art. 9 del d.lgs. n. 231/2001).

L'arsenale sanzionatorio forgiato dal d.lgs. 231 è informato a uno spiccato *gradualismo*⁷⁸, rapportato alla varietà idealtipica degli enti che il legislatore ha considerato come possibili destinatari di procedimenti 231.

La sintassi “sanzione/autore collettivo”, in cui si riflette, a monte, quella “illecito/autore”, è solare nel d.lgs. 231/2001.

Le sanzioni patrimoniali obbligatorie (sanzione pecuniaria e confisca) sono pensate, primariamente, per l'ente lecito incorso *occasionalmente* nell'illecito, quindi per l'ente “correggibile” senza bisogno di trattamenti invasivi.

Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna sono concepite, invece,

⁷⁷ Su questa proposta – avanzata originariamente da C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, Parte II, in *Cass. pen.*, 2013, spec. p. 866 s.; ID., *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del D.Lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, n. 7, p. 867 s. – v., per recenti sviluppi, non senza evidenziare talune problematiche attuative, v. R. SABIA, *Responsabilità*, cit., p. 159 ss., 315 ss.

⁷⁸ Si consentito rinviare, al riguardo, a V. MONGILLO, *Il sistema sanzionatorio. Considerazioni generali*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, cit., p. 289 ss. Sul sistema sanzionatorio relativo all'ente collettivo, da una prospettiva teleologica, si vedano anche i contributi di C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1199 ss.; M. CATENACCI, *Sanzioni per l'ente e fini della pena: qualche riflessione*, in V. PLANTAMURA E G. SALCUNI (a cura di), *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa, p. 87 ss.; nonché, da ultimo, V. TORRE, *La “capacità di pena” della persona giuridica*, Pisa, 2023.

per l'ente recidivo, delinquente abituale o persino incorreggibile.

Si stanno cominciando, finalmente, a stilare in modo più organico ed euristicamente appagante le prime statistiche giudiziarie sull'impatto sanzionatorio del d.lgs. n. 231, nei primi 20 anni e poco più di vigenza⁷⁹.

Risulta dai dati raccolti che la mediana (non stiamo parlando della media) delle sanzioni pecuniarie irrogate in primo grado per delitti contro la p.a. è 30.000 euro, per i reati in materia infortunistica o ambientali (quelli più frequentemente contestati) è tra i 10 e i 15mila euro.

L'ammontare non è molto elevato. Ma ciò dipende, verosimilmente, anche dall'incidenza degli sconti di pena e dal fatto che una normativa pensata principalmente per la grande impresa venga, nella prassi, applicata più frequentemente nei riguardi della PMI, anche per la peculiare composizione del tessuto produttivo italiano.

Le statistiche rivelano, altresì, che le *sanzioni interdittive* conoscono un'applicazione estremamente circoscritta all'esito del processo, quasi inesistente. Ciò indizia che i meccanismi premiali tendono a funzionare, sin dalla fase cautelare (artt. 49-50 d.lgs. n. 231/2001).

All'interno dell'arsenale sanzionatorio *contra societatem* l'unica sanzione intangibile e non modulabile appare la *confisca* (art. 19). Rispetto ad essa, si registra il più evidente strappo della legalità nel sistema 231, che invero affligge anche gli analoghi istituti ablatori previsti dal diritto penale delle persone fisiche. Basti pensare alla nozione del tutto indeterminata di *profitto illecito*, con gli inevitabili minuetti di statuizioni giurisprudenziali contraddittorie. Questa incertezza è un problema serissimo. Benché, infatti, la confisca, sul piano logico-finalistico, serva più a perequare che a punire, essa è allo stato la più temuta dalle società che delinquono per gli importi che può raggiungere. Non essendo proporzionabile in senso classico entro una forbice edittale, guardando al passato del reato e alla sua gravità, può facilmente tracimare in concreto in una sanzione grossolanamente "eccessiva" e finanche assumere una portata interdittiva *de facto* sin dalla fase dei sequestri.

Ci sembra, pertanto, non più rinviabile una precisazione legislativa della nozione e dei criteri di calcolo del profitto illecito. Ad ogni modo, l'assunzione di un ruolo impropriamente afflittivo da parte della confisca (e a monte dei sequestri) è stato fomentato nella prassi anche da un livello edittale della sanzione pecuniaria non particolarmente incisivo, specie nei confronti della grande azienda.

Nell'ordinamento italiano, strumenti di ingerenza e conformazione forzosa della operatività delle aziende sono rinvenibili fuori dell'orbita 231 dove la *compliance* è solo incentivata. Si pensi ai vari strumenti previsti dal codice antimafia nella disponibilità del prefetto o del giudice della prevenzione, alle misure di controllo giudiziario applicabili dal giudice penale, ad esempio, in materia

⁷⁹ Cfr. i dati raccolti in seno a un progetto coordinato dal CNPDS e riportati in S. FERRO, *L'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 sul territorio: un'indagine statistica*, in F. CENTONZE e S. MANACORDA (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, Bologna, 2023, p. 163 ss.

di sfruttamento lavorativo e riduzione in schiavitù (art. 3 della l. n. 199/2016), ecc.

De iure condendo, potrebbe rivelarsi feconda anche la previsione, almeno per alcune categorie di reati, di sanzioni principali votate alla riorganizzazione coattiva dell'ente (sulla falsariga dell'esperienza spagnola della *intervención judicial* o di quella francese del *placement sous surveillance judiciaire*), ed altresì di *misure ingiunzionali* che impongano all'ente che non vi provveda spontaneamente l'adozione del modello o altre misure riparatorie⁸⁰.

8. (Segue) e sul diritto processuale dell'ente

Ci sia consentito, per finire, un cenno al diritto processuale dell'ente.

Oggi da più parti si reclama maggiore discrezionalità anche nell'esercizio dell'azione punitiva nei confronti della persona meta-individuale o nella conclusione di accordi stragiudiziali tra Procure ed enti.

Nella prassi operativa del d.lgs. n. 231/2001, a dire il vero, già è affiorata una tendenza strisciante verso una discrezionalità che non esitiamo a definire *contra legem*, giacché investe persino l'annotazione dell'illecito, prima ancora che la sua contestazione.

Si pensi, altresì, allo scambio "sotterraneo" che sovente viene praticato nella stanza del pubblico ministero con il legale dell'ente, ad esempio promettendo l'inazione in cambio di condotte riparatorie.

Si consideri, infine, la strumentalizzazione dall'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001, talvolta sperimentata per patteggiare con l'ente concedendo uno "schermo" alle persone fisiche, assumendo per pura *factio* l'impossibilità di identificazione, a cui in realtà si è rinunciato a monte⁸¹.

Con questi stratagemmi, vengono importati in modo surrettizio e senza espressa trasposizione legale i *deferred prosecution agreements* statunitensi, attraverso i quali i pubblici ministeri divengono arbitri assoluti dell'addebito contro l'ente.

Personalmente siamo contrari a forme di americanizzazione spuria del nostro sistema di giustizia penale. La *diversion* statunitense è una giustizia opaca e "monetizzata", che per ragioni di asserita efficienza svende la legalità processuale. Andrebbe studiata andando a fondo di tutte le sue patologie, tra le quali – non da ultimo – le porte girevoli tra uffici dei *prosecutors* e delle *law firms*.

⁸⁰ Per altre proposte di riforma concernenti il sistema sanzionatorio, cfr., *amplius*, il nostro V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni*, cit.

⁸¹ Rilievi critici a questa obliqua discrezionalità dell'azione punitiva, che, attraverso un uso strumentale dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001, conduce a patteggiamenti "anticipati" per l'ente al fine di incamerare somme a beneficio dell'Erario, lasciando "silenziosamente" indenni le persone fisiche, M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit., p. 603; similmente, V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., p. 364, nt. 165, anche qui con considerazioni a margine del caso milanese Credit Suisse.

Ciò nonostante, le tecniche di *diversion* statunitensi si stanno diffondendo a livello globale in tutti i paesi di *common law* e da ultimo persino in un Paese di *civil law* come la Francia (v. la *convention judiciaire d'intérêt public* introdotta con una legge del 2016), o al di là dell'Oceano in Cile dove troviamo congegni analoghi. Ciò è espressione di riflesso imitativo, ma anche della competizione tra Stati per aggiudicarsi una fetta della ricca torta dell'*enforcement* internazionale anti-corruzione⁸². Abbiamo avuto casi di accordi stragiudiziali multilaterali pure per dirimere conflitti tra diverse giurisdizioni; uno di questi, concernente il colosso aerospaziale Airbus, ha coinvolto Francia, Regno Unito e USA nel 2020.

Reputiamo queste forme di “diversione” distorsive e neppure indispensabili per raggiungere lo scopo di una maggiore deflazione processuale ed efficienza dell'*enforcement*. Gli stessi effetti di deflazione possono ottenersi già *de lege data* mediante istituti come il patteggiamento e potrebbero essere ulteriormente incrementati *de lege ferenda* con accorte revisioni, in particolare rendendo il rito alternativo in questione sempre azionabile e integrabile con la pattuizione di condotte riparatorie *ex art. 17*. Potrebbe obiettarsi che il patteggiamento provochi uno stigma maggiore rispetto a forme di *diversion* pre-processuale del tipo di quelle appena evocate. Ma come si è notato, le sanzioni 231 non veicolano *blaming*, hanno scopi puramente pragmatici.

La collaborazione processuale dell'ente potrebbe essere incentivata introducendo una attenuante *ad hoc* (come oggi accade nel codice penale spagnolo), ma senza nutrire eccessive aspettative, tanto più in un sistema imprenditoriale come il nostro, e possibilmente evitando il baratto in salsa nordamericana tra informazioni fornite agli inquirenti e fuoriuscita anticipata o sospensione del procedimento.

Finora, un embrione di premialità per la collaborazione *post-delictum* dell'ente è affiorato, nell'ordinamento interno, solo nel settore dell'anticorruzione con l'intervento novellistico del 2019 (legge n. 3), ma nel quadro di un innalzamento draconiano e palesemente irragionevole dei livelli edittali delle sanzioni interdittive⁸³.

Possiamo ipotizzare ulteriori utili innovazioni. Due le abbiamo già evocate: potenziare il patteggiamento e introdurre una forma di *probation* processuale dell'ente, sulla falsariga della messa alla prova oggi prevista per gli individui adulti. Sul versante della non punibilità, potrebbero essere, altresì, ricercati nessi di raccordo tra l'art. 131-*bis* c.p. e la responsabilità dell'ente, con opportuni accorgimenti.

⁸² Per i dettagli, sia permesso ancora il rinvio a V. MONGILLO, *Criminalità di impresa transfrontaliera*, cit., p. 154 s.

⁸³ Dettagli e severe critiche in C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 537; N. PISANI, *La recente politica di inasprimento sanzionatorio tra irragionevolezza e irrazionalità*, in C. IASEVOLI (a cura di), *Croniche innovazioni tra diritto penale e processo*, Bari, 2021, p. 25 ss.; G. FIDELBO – V. MONGILLO, *Le recenti modifiche*, cit., p. 367 ss.

9. Nota conclusiva

Il d.lgs. n. 231/2001 ha rappresentato una *sfida culturale* che imponeva, e tuttora impone, una migliore formazione del giurista in materie così tecniche⁸⁴ e, soprattutto, un profondo cambio di mentalità negli operatori.

Questo mutamento di *habitus* mentale non ci pare sia ancora maturato appieno, specie nella magistratura (giudici, ma soprattutto pubblici ministeri). Essa continua a vedere nella nuova responsabilità un impaccio processuale. Dovrebbe piuttosto cogliervi uno strumento pragmatico con cui valorizzare e quindi incentivare l'impegno organizzativo degli enti, evitando il fallace senno del poi o approcci ipercautelativi *post factum*, e – in caso di non-compliance – per azionare la leva riparatoria del decreto 231.

Il rischio è che prendano il sopravvento moduli deformalizzati come quelli che si vanno sperimentando nel quadro della prevenzione antimafia (amministrazioni e controlli giudiziari *ex* d.lgs. n. 159/2011).

Per vero, tutti gli operatori del diritto devono sforzarsi di metabolizzare la valenza positiva dei nuovi strumenti di contrasto al crimine di impresa.

Il legislatore, dal canto suo, deve ora evitare di farsi suggestionare dalle sirene di esperienze distanti dal contesto socio-economico italiano e poco coerenti con le nostre coordinate ordinamentali. Il d.lgs. n. 231/2001 nelle sue strutture portanti va preservato e potenziato. Con esso, l'Italia è tornata ad essere contesto di produzione giuridica, originale ed avanzata; adesso è bene guardarsi dal divenire contesto di ricezione acritica di modelli altrui.

⁸⁴ Lo rimarca anche V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 2021, n. 4, p. 633 ss.

DPEI 1/2024

Responsabilità degli enti e sistema sanzionatorio

di Valeria Torre

Professoressa associata di diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia

Sommario: 1. Note introduttive. – 2. Gli elementi problematici della controversa questione della natura delle sanzioni corporative. – 3. La strategia regolativa nel governo delle attività economiche. – 4. L'apparato sanzionatorio. – 5. Criteri commisurativi tra special-prevenzione e riparazione. – 6. Profili critici e prospettive di riforma.

1. Note introduttive

L'introduzione della responsabilità da reato dell'ente ha sollecitato un vivace dibattito che si è prevalentemente incentrato sulla natura della responsabilità da reato dell'ente, sull'individuazione del modello ascrittivo delineato dalla normativa italiana e sulla ricerca di aspetti della colpevolezza di organizzazione, coerenti con il dettato costituzionale¹. La scienza penalistica innanzi al *novum*

¹ La letteratura scientifica è sterminata, per essenziali riferimenti si vedano: C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012; ID., *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, p. 605; ID., *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 910; ID., *Profili di diritto comparato*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Volume I. Diritto sostanziale*, Torino, 2020, p. 3; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008; A. GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità della società*, in *St.Sen.*, 2006, p. 239; ID., *La tendenza "eccentrica" della disciplina sanzionatoria di cui al d.lgs. n. 231/2001 tra "ibridazioni" normative e nuovi "sottosistemi"*, in P. PISA, *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti Genova*, 15 novembre 2006, Torino, 2008, p. 78; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" veramente innocua?*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2003, p. 878; A. MANNA, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo: riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs.231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021, p. 3; N. MASULLO, *Colpa e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018; C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516, 1542; ID., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2018, p. 175; C. PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 376 (parte I), 843 (parte II); ID., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in A. STILE, V. MONGILLO, G. STILE (a cura di), cit., 375; ID., *Autonormazione e controllo penale*, *Dir.pen.proc.*, 2015, 261; D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, p. 315; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 393; ID., *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1995, 1931, 1036; G. RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Padova, 2004; L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 7; K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1995, p. 615.

legislativo ha esercitato un controllo di razionalità sistematica, cercando di ricondurre elementi e criteri ascrittivi metaindividuali nell'ambito di note categorie e istituti tipicamente antropomorfi. In questo tentativo di ritrovare un'unità ordinamentale, non si è sempre colta la specificità dell'illecito corporativo, costringendo alle volte il dato normativo in schemi non perfettamente aderenti alle sue peculiarità. Alcune di queste “forzature dogmatiche” rispondono alla condivisibile preoccupazione di evitare che la responsabilità da reato della persona giuridica apra una breccia nel sistema di garanzie e di principi che regolano la materia penale, con un effetto erosivo anche sul nucleo di garanzie predisposte a tutela della persona fisica. In particolare, il timore di uno scivolamento verso forme di responsabilità obiettiva e per fatto altrui ha condizionato il delicato compito ricostruttivo della dottrina e della giurisprudenza, ostacolando il consolidarsi di *topos* giuridici, per cui il quadro teorico e applicativo appare alquanto frammentato e contrastante. Questo in parte può spiegare l'applicazione a “macchia di leopardo”² della disciplina del d.lgs. 231 e le scelte interpretative operate dalla giurisprudenza per scongiurare un *deficit* di effettività, non sempre rispettose del formante legislativo³.

Non è, invece, emerso a livello teorico un interesse particolare per l'apparato sanzionatorio⁴, che ha assunto il ruolo di “cenerentola” dell'illecito corporativo. In questa breve riflessione, si cercherà di dimostrare come una più attenta considerazione delle sanzioni a carico dell'ente potrebbe contribuire a dissipare dubbi sulla natura della responsabilità corporativa e ridurre le incertezze sistematiche, consentendo anche di cogliere la necessaria correlazione tra il pensiero dogmatico e le ragioni politico-criminali che hanno indotto i diversi ordinamenti a prevedere una forma di responsabilità penale della persona giuridica.

Invertire il tradizionale ordine di trattazione della responsabilità della persona giuridica, interrogandosi preliminarmente sulla portata afflittiva delle sanzioni, consentirebbe, inoltre, di edificare un sistema di garanzie coerente con l'apparato sanzionatorio, selezionando solo quelle forme di tutela che è necessario estendere alla *corporation*. In questo modo si limita il rischio che preconcepite impostazioni antropomorfe possano condizionare eccessivamente il dibattito teorico sulla responsabilità da reato dell'ente, proponendo argini garantisti all'intervento punitivo che potrebbero rivelarsi superflui. Tra i principi garantistici, assume un profilo di notevole problematicità quella

² Sul punto C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 530. T. E. EPIDENDIO, *Collaborazione processuale e alternative al processo*, in *RASE*, 2018, 145, 148 spiega lo scarso successo processuale della disciplina della responsabilità da reato dell'ente in base a diversi elementi, tra cui la concorrenza di interventi normativi più efficaci e meno onerosi dal punto di vista probatorio, come le misure preventive antimafia e la confisca preventiva.

³ La prassi giurisprudenziale ha spesso ignorato la strategia regolativa adottata dal d.lgs. 231, adottando, ad esempio, una prospettiva eccessivamente rigorosa nella valutazione dell'idoneità dei modelli organizzativi *ex art. 6*, interpretazione che altera la relazione di tipo cooperativo tra attore pubblico e attore privato.

⁴ Considera quello delle sanzioni un tema “poco arato” a livello teorico V. MILITELLO, *Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato: spunti di confronto fra Sud-America ed Europa*, in *Riv. trim. dir. pen. e c.*, 2018, p. 571. In questo senso anche A. NIETO MARTIN, *Justicia empresarial restaurativa y victimas corporativas*, in *Leg. pen.*, 17.3.2021.

dell'art. 27 comma 1 Cost., in ragione del fatto che persistenti resistenze teoriche nei confronti dell'affermazione della responsabilità penale della persona giuridica fanno leva sulla incapacità di colpevolezza. Proprio in relazione al principio della personalità della responsabilità penale appare senz'altro utile verificare alla luce delle sanzioni previste dalla 231, la necessità o meno di individuare una categoria dogmatica per la persona giuridica affine alla colpevolezza della persona fisica. Come emerge nella giurisprudenza sulla “materia penale” il sistema di garanzie rispetto alle sanzioni punitive può assumere una dimensione variabile, in ragione del contenuto afflittivo e della funzione perseguita, ma – aggiungerei – anche rispetto alla tipologia del destinatario.

Si intende, perciò, analizzare l'apparato sanzionatorio senza i condizionamenti di una visione antropomorfa che sostanzialmente ripropone una lettura della pena come moderna forma di vendetta e castigo⁵ e pertanto bisognosa di una legittimazione sul piano assiologico anche attraverso il principio di colpevolezza⁶. Anticipando alcune riflessioni che in seguito saranno meglio argomentate, questo approccio suggerisce, in prospettiva di riforma, un ampliamento degli orizzonti di intervento punitivo oltre una dinamica meramente repressiva, proiettando la giustizia penale verso forme cooperative e riparative di reazione all'illecito volte ad una tutela effettiva dei beni giuridici.

Questa scelta metodologica si giustifica, infine, alla luce dell'impostazione “nominalistica” che la dottrina in modo quasi unanime condivide nel definire più in generale il reato, affidandosi al criterio della sanzione⁷. Di fronte all'impossibilità di rinvenire una univoca definizione sostanziale di reato, ma anche di criteri valoriali che possano indirizzare verso una soluzione condivisa, l'unico elemento realmente connotativo dell'illecito penale è quello formale che fa perno sulla sanzione.

L'espansione del diritto penale, scandita da contingenze ed emergenze politico-criminali rende, inoltre, ancora più problematico cogliere i connotati sostanziali del reato, in quanto il disvalore penale delle singole fattispecie si disperde in questa elefantiasi normativa e la distinzione tra illecito penale e illecito civile e amministrativo diviene più sfumata. In particolare, poi in ambito economico il linguaggio tecnico e il riferimento a standard extragiuridici non permettono di percepire in modo immediato la pregnanza lesiva delle condotte, rendendo vana la ricerca di definizioni sostanziali di reato.

⁵ Si veda da ultimo R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma punitivo della giustizia punitiva*, in *Sist. pen.*, luglio 2023.

⁶ Più in generale sulla fondazione del principio di colpevolezza tra i contributi più significativi si veda: G. FIANDACA, *Considerazione su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 844; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, ivi, p. 825; C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, ivi, 1980, 373; Id., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, ivi, 1984, p. 16;

⁷ Nella manualistica è dominante il ricorso ad un criterio nominalistico per definire il reato: S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Pt.G.*, Bologna, 2017, p. 40; C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Pt. G.*, IV ed., Milano, 2023, p. 5; G. MARINUCCI, E. DOLICINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Pt.G.*, XI ed. Milano, 2022, p. 215; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, XIII ed., Milano, 2023, p. 2; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Pt.G.*, IX ed., Torino, 2023, p. 11 ss; in modo problematico A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Pt.G.*, IX ed., Milano, 2020, 17, p. 246.

2. *Gli elementi problematici della controversa questione della natura delle sanzioni corporative*

Ad un primo sguardo la natura delle sanzioni corporative potrebbe essere inquadrata nell'ambito delle sanzioni punitive, concetto in cui è possibile far confluire non solo le pene in senso stretto, ma anche conseguenze diversamente definite, che sostanzialmente con la sanzione penale condividono alcune esigenze di garanzia⁸. In realtà questa collocazione non sembra risolvere gli interrogativi di fondo che la responsabilità degli enti pone.

Il problema definitorio non perde, infatti, di rilievo sistematico e questo nonostante un consolidato orientamento della giurisprudenza sovranazionale della Corte EDU e della Corte di Giustizia estenda alcune tutele previste per le pene criminali⁹ a qualsiasi conseguenza sanzionatoria, comunque denominata, purché riconducibile alla “materia penale”. Non è infatti possibile esimersi da una indagine più approfondita sulla natura delle sanzioni a carico dell'ente, in quanto solo rispetto alla pena in senso stretto è necessario tener conto di quelle esigenze di garanzia e delimitazione del potere punitivo espresse dal principio di colpevolezza, mentre tali esigenze sono quantomeno attenuate - se non del tutto assenti - quando vengono in gioco altri tipi di sanzioni punitive¹⁰.

Per questo pare opportuno porsi l'interrogativo sulla colpevolezza di organizzazione e sulla scelta dei criteri di imputazione soggettiva solo dopo aver definito la natura delle sanzioni.

La natura delle sanzioni corporative assume, quindi, una importanza preliminare rispetto al tema della colpevolezza di organizzazione. Sebbene la colpevolezza dell'ente non costituisca oggetto di questo approfondimento, pare nondimeno utile evidenziare l'utilità di un nuovo approccio alla responsabilità penale: qualora si giunga alla conclusione che la sanzione corporativa abbia natura penale e, pertanto, emerga l'esigenza di contenere il potere punitivo attraverso la categoria della

⁸ A. ALESSANDRI, *Confisca e imprese: spunti e problemi*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Scritti in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, p. 1069, 1089, afferma che le sanzioni previste dalla 231 hanno un carattere punitivo e repressivo, attratte senza alcun dubbio nella *matière pénale* e sottoposte alle garanzie convenzionali. In questo senso anche P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, *La pena, ancora*, cit., p. 1101, 1113.

⁹ Sul punto si vedano i diversi contributi raccolti nel volume curato da M. DONINI, L. FOFFANI, *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; A. GARGANI, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative. Quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, *Leg. Pen.*, 3.12.2018, p. 7 ss.; FRANC. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuo punitivo*, Torino, 2017, p. 95. Anche la giurisprudenza italiana, proprio in tema di sanzioni a carico dell'ente, ha affermato che, pur essendo un *tertium genus*, alle stesse si estendono le garanzie costituzionali sul punto: Cass. SS.UU. 24.04.2014, n. 38343, in *Dir.Pen.Cont.*, 19.9.2014. Più in generale sugli orientamenti della Corte costituzionale in materia di sanzioni punitive: F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1775.

¹⁰ Sul punto C. F. GROSSO, *Crisi e prospettive di riforma del sistema delle pene*, in G.A. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, 189, 198; L. MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 1039, 1063 ss.

colpevolezza anche nei confronti dell'ente, si deve tener conto di un cambio di paradigma che la responsabilità della persona giuridica ha imposto, sganciandosi da un'ottica eccessivamente antropomorfa per evitare di condizionare o sacrificare le potenzialità politico-criminali delle pene corporative¹¹. Anche perché è in questa ostinata inclinazione verso un diritto penale dell'autore individuale anche nell'ambito di forme di criminalità nelle e delle organizzazioni complesse che si nascondono i maggiori pericoli per la tenuta del principio di colpevolezza. La ricerca di profili "personalistici" nella responsabilità della persona giuridica potrebbe implicare un impoverimento del piano soggettivo e "umano" dell'imputazione penale, che in realtà mortifica il principio di colpevolezza. Se alla colpevolezza si attribuisce una funzione limitativa del potere punitivo, un baluardo a tutela di diritti fondamentali della persona, tali esigenze non paiono così significative e apprezzabili nel caso della persona giuridica¹². L'eventuale estensione delle garanzie del diritto penale "nucleare" al diritto penale delle persone giuridiche dovrà comportare un adattamento dei contenitori concettuali e dei criteri di imputazione alla natura del suo destinatario e al bisogno di tutele che esso richiede. La ricerca di una colpevolezza dell'ente con contenuti analoghi a quello della persona fisica può, infatti, apparire una preoccupazione eccessiva rispetto ad un attore artificiale.

Il tentativo di semplificare le questioni teoriche inerenti alla responsabilità da reato della persona giuridica attraverso lo studio delle sanzioni rivela ulteriori difficoltà: la definizione utilizzata dal legislatore di "sanzione amministrativa" impone, infatti, uno sforzo argomentativo notevole per sostenere la eventuale natura penale della responsabilità, come sembra emergere alla luce delle funzioni e dei caratteri delle sanzioni corporative¹³.

Il quadro sanzionatorio, inoltre, non ha connotati uniformi: in alcuni casi si apprezza uno spiccato contenuto afflittivo delle sanzioni, ma è significativo lo spazio riservato a dinamiche premiali di tipo riparatorio e/o ripristinatorio, che in fase commisurativa consentono attenuazioni della reazione punitiva¹⁴. Altre sanzioni invece sembrano apparentemente difettare del carattere dell'afflittività come,

¹¹ GA. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 752, 758.

¹² G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà, il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. e c.*, 2003, p. 941; GA. DE FRANCESCO, op. ult. cit., 758; A. GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità della societas*, in *St. sen.*, 2006, p. 239, 289; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" veramente innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. e c.*, 2003, p. 878; A. VALLINI, *Alcune riflessioni sulla natura delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001*, in P. PISA, (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio. Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti*, Genova, 15 novembre 2006, Torino, 2008, p. 31, il quale sintetizza l'interrogativo di fondo cui si cerca di offrire una soluzione: «se sanzionare un ente non può mai significare punirlo, in senso stretto (*societas puniri non potest*), non ha neppure senso interrogarsi circa la compatibilità di una disciplina in tema di responsabilità dell'ente stesso rispetto a precetti fondamentali prettamente penalistici (come quelli di cui all'art. 27 Cost.), per il semplice fatto che quella della persona giuridica non è una responsabilità penalisticamente significativa (*societas delinquere non potest*)».

¹³ In questo senso, da ultimo, L. PICOTTI, *Ente*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M.M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022.

¹⁴ Così G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà*, cit., p. 973.

ad esempio, la confisca – e pertanto risulta più difficile classificarle come pena, sebbene esse concorrano alla realizzazione di una strategia preventiva, generale e speciale, tipica del diritto penale, ma si mostrano del tutto insensibili alle condotte *post-delictum*.

L'apparato sanzionatorio presenta quindi un carattere ibrido, per certi aspetti funzionale alla logica e alle esigenze del tipo di regolamentazione e strategia cooperativa del d.lgs. n. 231, che, per perseguire efficacemente scopi preventivi, necessita di reazioni flessibili e interventi differenziati. È indubbio che la forte caratterizzazione in funzione cooperativa e proattiva della 231 e le sue componenti innovative abbiano avuto un riflesso anche sul sistema sanzionatorio, che ha rappresentato un formidabile laboratorio di sperimentazione di forme di integrazione tra strategie sanzionatorie diverse. La dottrina ha opportunamente messo in luce come l'aspetto riparativo che plasma le dinamiche commisurative¹⁵ costituisce una volta culturale ed ha fornito l'abbrivio per una sua più ampia diffusione anche nell'ambito della giustizia penale delle persone fisiche.

I caratteri maggiormente innovativi della disciplina della 231 sono, infatti, da individuare proprio nei meccanismi “premiali” funzionali ad una logica riparativa che incentiva un ritorno alla legalità. Fino all'entrata in vigore della l. n. 199 del 2022, c.d. riforma Cartabia, tali elementi erano presenti solo in modo randomico e asistemico nell'ambito del diritto penale della persona fisica, mentre il d.lgs. n. 231 per la prima volta ha elaborato in modo organico un sistema di interazione tra sanzione e giustizia riparativa che sollecita anche una più attenta riflessione sulla natura delle sanzioni¹⁶.

Diviene, quindi, essenziale una indagine analitica sulle singole sanzioni e risulta imprescindibile una valutazione anche del complesso sistema commisurativo¹⁷, sia per definire l'effettiva natura delle sanzioni, ma anche per verificare se sia ancora possibile ritenere prevalente l'aspetto punitivo nonostante gli ampi spazi riservati a modelli di giustizia riparativa, oppure sia preferibile individuare un nuovo contenitore sanzionatorio, che si ponga come alternativo a quello tradizionalmente repressivo, proprio in ragione dei caratteri innovativi della sanzione corporativa. In base alla prevalenza di elementi punitivi o di natura riparativa, la disciplina sanzionatoria può essere collocata nell'orizzonte prettamente penalistico, di tipo repressivo, attribuendo in questo caso uno spazio poco significativo ad elementi dal carattere ibrido e non meramente afflittivo, oppure ritenere

¹⁵ In particolare, M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G. L. GATTA, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, vol. II, p. 579; ID., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1578, secondo il quale nell'impianto sanzionatorio della 231 domina un vero modello di delitto riparato. Sul punto si veda da ultimo A. MALACARNE, *Processo penale de societate e giustizia riparativa: un dialogo possibile?*, in *Leg. pen.*, 27/06/2023, p. 20.

¹⁶ P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente*, cit., p. 1104.

¹⁷ Il momento della commisurazione è la “vera cartina di tornasole (anche) di qualsiasi teoria della pena, così: L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 421 ss.

che una simile interazione tra modelli di giustizia riparativa e logiche punitive in senso stretto abbia impresso un mutamento genetico che delinea una nuova strategia sanzionatoria, di tipo “proattivo”, caratterizzata da logiche premiali, sanzioni positive e meccanismi riparativi. In questo scenario la pena si riduce effettivamente ad una *extrema ratio*, priva di forza connotativa rispetto al modello di intervento previsto dal d.lgs. n. 231/2001¹⁸.

Il compito di definire la natura delle sanzioni risulta alquanto complicato anche per la mancanza di una esplicita indicazione degli scopi preventivi e/o riparatori che la responsabilità amministrativa da reato dell’ente persegue. Non è chiaro il finalismo sanzionatorio che le singole disposizioni perseguono e l’assenza di indicazioni normative genera una certa ambiguità sul contenuto politico criminale delle scelte legislative, che affiora in contraddizioni e incoerenze intrasistemiche, non facili da risolvere. Come del resto evidenziato anche rispetto ai criteri commisurativi definiti dall’art. 133 c.p.¹⁹, l’identificazione del fine o dei fini della sanzione è un problema logico e interpretativo che il giudice affronta preliminarmente alla commisurazione della sanzione: in base alla funzione assegnata alla pena è possibile che vengano in rilievo circostanze diverse oppure che medesime circostanze assumano una differente accezione. Se la discrezionalità riconosciuta in sede commisurativa è funzionale ad una individualizzazione della sanzione, tale operazione risulta preclusa in assenza di qualsiasi esplicita determinazione normativa sulla funzione che tale apparato sanzionatorio deve perseguire. Di conseguenza, anche la dettagliata definizione degli indici di commisurazione, non sembra apportare alcun contributo in termini di certezza del diritto, tanto da poter ritenere schemi vuoti le norme sui criteri fattuali²⁰.

Pur senza una esplicita indicazione normativa, nella disciplina della responsabilità da reato della persona giuridica emergono dalla tipologia delle sanzioni e dai criteri commisurativi elementi

¹⁸ Secondo A. GARGANI, *La tendenza “eccentrica”*, cit. p. 87: «Permeata – così come i criteri di imputazione soggettivi della responsabilità – da un’accentuata valenza special-preventiva, che prevale nettamente sulla tradizionale idea di giustizia in senso retributivo, le sanzioni previste a carico delle persone giuridiche sono oggetto di una disciplina caratterizzata dalla previsione di originali “vie di fuga” dalla risposta punitiva, la cui esperibilità è subordinata alla realizzazione di prestazioni riparatorie e dalla predisposizione ed attuazione di adeguate contro-misure volte a contenere il rischio della commissione di reati da parte degli intranei».

¹⁹ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Milano, 1979, p. 18, 34 s., 43 s., 77, evidenzia come: «Stabilire quale fine il giudice debba avere presente è, in ordine logico, il primo interrogativo che deve essere sciolto nella commisurazione della pena: come si è visto, infatti, solo una volta chiariti i criteri “finalistici”, ha senso domandarsi quali debbano essere i criteri “fattuali” e quale significato, positivo o negativo, debba attribuirsi a ciascuno di essi».

²⁰ Come è noto, anche l’indicazione dell’art. 27 comma 3 Cost. non ha impedito alla prassi giurisprudenziale di riconoscere un sincretismo finalistico, secondo una prospettiva polifunzionale della pena nell’ambito delle pene a carico delle persone fisiche. Sull’ambiguità di tale concetto si veda E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit. p. 93, 103 ss. 107. Ancor più flebile sembra la rilevanza dell’indicazione costituzionale, alla luce anche delle incertezze e perplessità rispetto alla possibilità di intraprendere un percorso rieducativo nei confronti dell’ente. Sul punto di veda A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022, *passim*.

indicativi circa i criteri finalistici²¹, questo perché tutta la trama normativa del d.lgs. 231 è frutto di una strategia cooperativa, orientata alla prevenzione che informa anche la dinamica punitiva.

3. *La strategia regolativa nel governo delle attività economiche*

Prima ancora che dalle sanzioni e dai criteri commisurativi, indicazioni significative possono essere anche ricavate, infatti, dall'analisi della strategia regolativa che anima la 231. Il governo delle attività economiche è prevalentemente gestito da forme di regolamentazione ibrida pubblico-privato, basate su di un controllo indiretto e focalizzate sull'interazione tra il sistema e il contesto normativo secondo un tipo di relazione che difficilmente può spiegarsi attraverso schemi causali lineari e la logica tradizionale *command and control*. Più in generale la disposizione normativa rinuncia ad una definizione dei comportamenti leciti, per coinvolgere l'ente in un programma preventivo, attraverso la condivisione di scopi socialmente utili. In questo tipo di regolamentazione alla elasticità del precetto focalizzato su norme scopo e obblighi prestazionali corrisponde anche una notevole flessibilità sanzionatoria, in ragione del grado di *compliance* e di impegno mostrato dall'ente anche attraverso condotte poste in essere successivamente alla realizzazione del reato di connessione. Per questo è problematico inquadrare secondo una logica binaria lecito/illecito la responsabilità dell'ente, in quanto questa può essere accertata solo attraverso una complessa valutazione di componenti organizzative e processi decisionali e di (auto)controllo, condizionati da innumerevoli variabili, che possono spiegarsi solo secondo relazioni causali e interpersonali di tipo circolare e di sistema. Imputare la responsabilità del reato all'ente significa valutare la concretezza della singola realtà, che sfugge ad aprioristici schemi deduttivi.

Apprezzabile è quindi l'impianto sanzionatorio del d.lgs. n. 231 per la sua scalarità afflittiva, coerente con il modello di disciplina incentrato sul "controllo mediante organizzazione"²². Tale strategia regolativa – come è noto - mira a sollecitare una attitudine collaborativa da parte della persona giuridica nella prevenzione dei reati: fulcro dell'intera disciplina è il modello organizzativo²³, che ha una duplice funzione, *ex ante* quale elemento essenziale nell'ambito dei criteri ascrittivi della responsabilità in base agli artt. 6 e 7, ed *ex post*, perno di una dinamica riorganizzatrice e riparativa.

La centralità che il modello organizzativo assume è dovuta ad un approccio di tipo proattivo,

²¹ Secondo C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 101, il momento commisurativo è un "rigoroso indice rivelatore dei fini della sanzione".

²² Sul punto sia consentito rinviare a V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti del diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2013.

²³ Sul punto 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.

in cui una forma di “paternalismo libertario” spinge l’ente verso scelte virtuose allo scopo di prevenire attraverso l’autodisciplina la commissione di reati nell’ambito della sua attività²⁴. La “minaccia” di una corresponsabilizzazione dell’ente per il reato presupposto può essere “neutralizzata” proprio attuando *ex ante* un efficace modello di organizzazione. Viceversa, il fallimento preventivo del modello organizzativo espone la persona giuridica ad una reazione sanzionatoria, che però viene graduata secondo l’idea di *responsive regulation*: la risposta punitiva viene calibrata in relazione all’approccio collaborativo che l’ente mostra di aver adottato e di avere intenzione di adottare in futuro nella prevenzione dei reati. A livello teorico il riferimento è alla piramide sanzionatoria elaborata da Fisse e Braithwaite²⁵, in cui una strategia di *compliance* coesiste e si integra con un momento punitivo, secondo lo schema del *carrot and stick*²⁶. Coerente con questa “spinta gentile”²⁷ verso la legalità è una reazione sanzionatoria in cui, almeno in una prima fase, l’intensità della pretesa punitiva si affievolisce, non solo perché i bisogni (collettivi) di pena nei confronti dell’ente sono piuttosto flebili o comunque non così significativi da imporre una strutturazione della pena in chiave retributiva²⁸, ma anche perché tutto l’impianto sanzionatorio è pervaso da un utilitarismo volto al recupero della legalità anche *post factum*. Là dove l’ente abbia fallito nel suo scopo preventivo rispetto ai reati di connessione, la sanzione non necessariamente risponde ad una logica di mera corrispettività, ma può intraprendere percorsi premiali, seguendo logiche riparative, che riservano uno spazio significativo ad una “prognosi” favorevole sulla capacità dell’ente di impedire in futuro la commissione di reati²⁹. In questo contesto l’adozione *post-delictum* di un modello organizzativo incide in modo notevole nella fase

²⁴ Così C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio dell’illecito dell’ente: sistematica e rationale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1199, 1220.

²⁵ In questo senso anche G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1270, 1275, il quale prospetta il ricorso ad un “approccio organizzativo o al sistema” e non meramente punitivo, come quello utilizzato dalla prassi giurisprudenziale, che: “ha nelle sue mani la grande responsabilità di cogliere il *novum* di questa disciplina, sottraendosi alla tentazione – che peraltro appartiene alla tradizionale impostazione giuridico-formale – di restringere tale *novum* nella camicia di forza dell’*antiquum* penalistico, della mera ricerca del *blame*, nella predominanza del momento reattivo-sanzionatorio *ex post* a scapito del momento costruttivo-preventivo *ex ante*”.

²⁶ Sulla piramide sanzionatoria si veda I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, New York– Oxford, 1992; J. BRAITHWAITE, B. FISSE, *Corporations, Crime and Accountability*, Honk Hong, 1993. Inquadrano la responsabilità dell’ente in tale strategia, *carrott and steak*, anche A. GARGANI, *La tendenza eccentrica*, cit., p. 95; G. LOSAPPIO, *Modello organizzativo e controllo giudiziario ex d.lgs. n. 159/2011*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs.n.231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2020, p. 542, 546.

²⁷ Nel descrivere questa nuova prospettiva di intervento GA. DE FRANCESCO, *Premessa generali*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma*, cit., p. 25, definisce la minaccia della pena interdittiva: “una “spinta indiretta” ad attivarsi, che non invece come una conseguenza inevitabile della trasgressione”. D. FONDAROLI, *Homo oeconomicus. La responsabilità in attività di impresa tra condizionamenti comportamentali e “spinta gentile”*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, p. 1529; ID., *Metafore: l’homo oeconomicus e la “spinta gentile” nella prospettiva del sistema punitivo*, in corso di pubblicazione su *Criminalia*, 2022.

²⁸ C.E. PALIERO, *Il sistema*, cit., p. 1217.

²⁹ Sul punto si veda V. MONGILLO, *Il sistema sanzionatorio*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Vol. I, Diritto sostanziale*, Torino, 2020, p. 289 ss.; C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1353; F. STELLA, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. e c.*, 1998, p. 459, 472.

commisurativa e in quella cautelare, garantendo una regressione afflittiva, qualora le esigenze preventive risultino già soddisfatte dalla condotta dell'ente.

Da questo punto di vista appare chiaro che il diritto sanzionatorio delle persone giuridiche non può che giustificarsi in un'ottica meramente utilitaristica, di tipo preventivo³⁰ e in particolare special preventivo, ove un meccanismo di regolamentazione su base cooperativa può funzionare correttamente, nella misura in cui è supportato dalla minaccia di reazioni punitive, quale meccanismo di rinforzo delle norme-scopo previste dal d.lgs. 231.

In questa dinamica regolativa lo spazio riservato a valutazioni special-preventive non è più circoscritto alla sola fase esecutiva: già nella fase di commisurazione della sanzione è possibile “personalizzare” il tipo e il *quantum* di reazione sugli indici di rischio-reato che l'organizzazione dell'ente manifesta³¹.

Tratteggiato il contesto e la strategia di governo dell'attività economica, appare chiaro che il bisogno pena³² che emerge rispetto all'organizzazione/ente, debba essere soddisfatto attraverso misure non meramente afflittive, le quali nell'economia sanzionatoria dovrebbero ridursi effettivamente ad una *extrema ratio*.

Il catalogo sanzionatorio del d.lgs. n. 231 dovrebbe quindi essere interpretato alla luce di tale finalità politico-criminale. Tuttavia, nonostante le notevoli aperture riservate a momenti riparativi e a strumenti premiali, alle volte le sanzioni sembrano ancora troppo condizionate da una logica di mera corrispettività tra illecito e sanzione e tale rapporto sinallagmatico risulta regolato da criteri di proporzione di stampo tipicamente retributivo³³. Da questo punto di vista le sanzioni corporative perseguono finalità e assecondo dinamiche tipiche della pena in senso stretto, che consentono quindi

³⁰ Riconoscono alle sanzioni della 231 una comune finalità preventiva M. DONINI, *Compliance*, cit., p. 279; F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in GA. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Torino, 2004, p. 35, 46; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente*, cit., p. 428; A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, in S. VINCIGUERRA, M. CERESA GASTALDO, A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 31, 63; C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente*, cit., p. 1199; C. PIERGALLINI, *I reati presupposto dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in G. LATTANZI (a cura di), *Lineamenti Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, p. 221.

³¹ Sul punto V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021, p. 632, il quale evidenzia come tale strategia sia “antagonistica alla più tradizionale logica fondata sull'archetipo della esclusione/neutralizzazione del soggetto colpevole”.

³² Il bisogno di pena è un concetto complesso che può essere interpretato come bisogno di pena “collettivo”, che si concretizza in una richiesta di penalità la cui genesi e soddisfacimento possono essere oggetto di manipolazione massmediatica e politica e come bisogno di pena proprio del soggetto autore del reato, la cui consistenza deve essere attentamente valutata e rientra nella più ampia tematica della punibilità, ma anche della commisurazione della pena. Sul punto si vedano le riflessioni di C. E. PALIERO, *Il mercato della penalità. Bisogno e Meritevolezza di pena nel rationale della punibilità*, Torino, 2021, p. 12 ss.

³³ Per gli opportuni distinguo tra principio di proporzione e retribuzione si veda l'approfondita trattazione in F. VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., *passim*. Sulle diverse fasi della penalità e fini della pena si veda: G.A. DE FRANCESCO, *Della pena e del punire*, in *Leg. pen.*, 17.10.2022.

di riconoscere loro natura penale. Tale conclusione sembrerebbe avvalorata anche dai caratteri che connotano la sanzione corporativa, che presenta una indubbia afflittività e una notevole carica simbolica.

4. *L'apparato sanzionatorio*

Nel tratteggiare sinteticamente la struttura sanzionatoria predisposta dal d.lgs. n. 231 è possibile affermare che la trama normativa si incentra principalmente sulla pena pecuniaria, non solo perché essa è la sanzione generale, ma anche perché è indefettibile, in quanto anche le condotte riparatorie possono attenuare la severità, ma non escludere la punibilità. Le sanzioni interdittive, invece, si applicano solo in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, richiedendo la sussistenza di ulteriori condizioni (*ex art. 13*) e possono essere utilizzate anche come misura cautelare (*ex artt. 45 ss.*). La scelta del legislatore, motivata anche dalla Relazione ministeriale di accompagnamento, di adottare un sistema sanzionatorio orientato secondo una direzione (eminentemente) binaria (sanzione pecuniaria/interdittiva) è dettata dalla necessità di superare gli eventuali limiti e gli effetti controproducenti delle sanzioni pecuniarie. In particolare, per evitare che la pena pecuniaria venga “metabolizzata” e riassorbita negli altri rischi di impresa ed eventualmente “scaricata” sugli *stakeholders*³⁴, sono state previste pene interdittive in grado di rafforzare l'efficacia deterrente di tutto l'impianto sanzionatorio.

La confisca nella trama del d.lgs. n. 231 contribuisce a rafforzare l'efficacia preventiva – in particolare deterrente – di un apparato sanzionatorio, che ambisce a colpire prevalentemente una criminalità di tipo economico, del profitto. Essa ha per oggetto il prezzo e il profitto del reato, ma può essere disposta anche “per equivalente”, evidenziando un polimorfismo strutturale che spesso genera ambiguità e confusione nel tentativo di definire natura e funzione dell'istituto. Nonostante sia ad essa riconosciuta una funzione perequativa³⁵, la sua carica afflittiva è la più elevata nell'ambito della 231 e ciò crea inevitabili attriti e incongruenze rispetto all'inclinazione mostrata dall'apparato sanzionatorio verso modelli di giustizia riparativa, ma anche con la tradizionale logica punitiva incentrata su un

³⁴ Sul punto si veda F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, Riv. it. dir. proc. pen., 1970, p. 951, 958; ID., *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti nei paesi della C.E.E.*, in Giur. Comm., 1979, p. 647, 663; J.C. COFFEE, “No Soul to Damn: No Body to Kick”. An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, Mich. L.R., 1981, p. 389, 399; R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, p. 168.

³⁵ V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicate all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive de iure condendo*, in Riv. trim. dir. pen. e c., 2022, p. 560, 584; N. PISANI, *La confisca del profitto del reato tributario tratto dall'ente: dalla prevenzione alla riparazione*, in RASE, 2021, p. 69, 79 ss. Per una puntuale analisi delle diverse posizioni dottrinali, si veda: D. FONDAROLI, *Le ipotesi*, cit., p. 326 ss.; si veda inoltre, F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. 231/2001*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 2488, 2493.

giudizio di proporzione³⁶. La confisca infatti è totalmente insensibile a qualsiasi ragionevole limitazione basata sul principio di proporzionalità sanzionatoria³⁷.

Accanto a sanzioni di tipo patrimoniale (pena pecuniaria e confisca) e organizzativo/strutturale³⁸, il legislatore ha previsto sanzioni reputazionali³⁹: la pubblicazione della sentenza di condanna⁴⁰ e la pubblicità legale delle condanne, attraverso l'istituzione dell'anagrafe nazionale, simmetrico nella funzione e nella disciplina al casellario giudiziario per le persone fisiche.

Nel complesso il sistema sanzionatorio messo a punto per le persone giuridiche rispecchia una valutazione equilibrata, tendenzialmente orientata ad un canone di proporzione⁴¹ in cui emerge un approccio prudente e mite ispirato ad una "flessibilità regressiva" delle sanzioni previste per l'ente.

Là dove condotte riparatorie evidenzino un ritorno alla legalità, viene messo in discussione anche il bisogno di pena, viceversa per i casi di maggiore gravità si innesca una progressione sanzionatoria che vede accostarsi alla sanzione pecuniaria quella interdittiva. Da questo punto di vista è condivisibile l'affermazione secondo cui: «il testo normativo in esame è riuscito a predisporre una scansione razionale degli strumenti sanzionatori di fronte al bisogno di sanzione; in pratica, le singole sanzioni si porgono come trincee dissuasive progressivamente avanzate e governate nella loro sequenza dal principio di *extrema ratio*»⁴².

In questa valutazione positiva dell'apparato sanzionatorio non può, tuttavia, tacersi l'irragionevole previsione di una misura ablativa come la confisca, regolata da automatismi insensibili allo sforzo riparativo e ad una più generale logica di proporzionalità della reazione punitiva al reato: se la sanzione pecuniaria e quella interdittiva sono articolate secondo tale logica, la confisca segue percorsi totalmente differenti. In questo modo la finalità perequativa perseguita dalla confisca si è di fatto tramutata in una funzione iper-punitiva del tutto irrazionale, che rischia di mettere in crisi la logica cooperativa della responsabilità da reato dell'ente.

In sintesi, tutte le sanzioni presentano un carico afflittivo notevole, con una marcata valenza

³⁶ Che la proporzione debba costituire un canone applicativo di provvedimenti ablativi appare ragionevole e oltretutto in linea con la giurisprudenza della costituzionale e sovranazionale, sul punto si veda F. VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., p. 156. Più di recente sulla sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 2023, L. CHIARELLI, *Corte costituzionale n. 5/2023: un'occasione per ribadire il ruolo preventivo della confisca senza condanna e del diritto penale moderno*, in *Sist. Pen.*, 27 giugno 2023.

³⁷ Sul punto si veda da ultimo M.G. BRANCATI, *Sulle strategie di risposta al reato: il caso della riparazione*, in *Leg. pen.*, 17/07/2023, p. 10 ss.

³⁸ Per questa distinzione si veda C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, DPP, 2001, p. 1351; fa riferimento ad una "triade di risposte punitive" A. ROSSI, op. cit., p. 63. Sul punto si veda anche D. CERQUA, D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, p. 243.

³⁹ Secondo A. ALESSANDRI, *Art. 27 comma 1*, in *Commentario della costituzione*, a cura di G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Bologna, 1991, p. 3, 161 è l'unica sanzione plausibile per la persona giuridica, che non richiederebbe neanche di dover riconoscere la responsabilità penale dell'ente.

⁴⁰ R. GUERRINI, op. cit., p. 181.

⁴¹ Così F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi*, cit. 35, p. 46.

⁴² R. GUERRINI, cit., 186.

simbolico-espressiva. Il simbolismo sanzionatorio in particolare si afferma attraverso meccanismi riparatori, come la riorganizzazione dell'ente e la riparazione del danno, che rafforzano la validità dei precetti violati, realizzando una tutela *ex post* dei beni giuridici lesi. Appurato che la sanzione corporativa ha caratteri tipici della pena, occorre a questo punto verificare se la valorizzazione delle condotte riparative nell'ambito dei criteri commisurativi incida in modo decisivo sulla tipologia di sanzione, tanto da imprimere un mutamento del suo codice genetico, in grado di mutare il carattere punitivo in uno riparativo⁴³.

5. *Criteri commisurativi tra special-prevenzione e riparazione.*

Dal quadro appena tracciato si è potuto constatare come prevalga un finalismo special preventivo che punta ad una risposta sanzionatoria ritagliata sulla componente organizzativa dell'ente e sulla sua capacità riparativa⁴⁴. Nei criteri commisurativi le condotte riparatorie e riorganizzative sono collocate sullo stesso piano della gravità del fatto e del grado di responsabilità dell'ente, così da imprimere alla disciplina sanzionatoria per la persona giuridica un'innovativa impostazione culturale, che, coerentemente con l'afflato solidaristico che emerge a livello costituzionale, ridisegna la razionalità teleologica del sistema punitivo, discostandosi dall'idea di mera retribuzione o deterrenza⁴⁵.

Accanto ai tradizionali criteri che accolgono una logica essenzialmente sinallagmatica, che riflette una impostazione di tipo retributivo - sebbene depurata da componenti moraleggianti e legata ad un criterio neutro di proporzione fra gravità del fatto e severità della sanzione - l'art. 11 attribuisce eguale rilevanza, in una prospettiva affatto diversa, all'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. Tali condotte riparatorie *post-factum* sono quindi collocate sullo stesso piano della gravità del fatto e del grado di responsabilità dell'ente, imprimendo così alla disciplina sanzionatoria per la persona giuridica un'innovativa impostazione teleologica che viene ribadita anche nel successivo art. 12.

Irrompe nella commisurazione della pena una nuova prospettiva, che non si limita ad un giudizio retrospettivo, legato all'idea di mera retribuzione o deterrenza⁴⁶, ma valorizza un

⁴³ V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicate all'ente*, cit., p. 560.

⁴⁴ GA. DE FRANCESCO, *La rieducazione e il "lato nobile" della riparazione*, in *DisCrimen*, 24 giugno 2023, p. 6: "Invero, anche all'interno dell'ordito normativo che lo caratterizza, si coglie l'idea di fondo di una risposta all'illecito ispirata ad una strategia di adeguamento progressivo alle esigenze della prevenzione, di un'attenzione rivolta, per l'appunto, agli sviluppi e agli 'itinerari' successivi alla vicenda lesiva, valutati nell'ottica della loro capacità di restaurare, nei limiti del possibile, gli interessi sui quali tale vicenda era venuta ad incidere; e da tale punto di vista, com'è stato di recente sostenuto in un'indagine di ampio respiro, risulta, altresì, del tutto appropriato collocare l'assetto normativo in questione in una prospettiva fondata sulla valorizzazione dello stesso principio 'rieducativo', sia pure, come ben s'intende, commisurandolo alle particolari caratteristiche del 'soggetto' che abbia dimostrato di sapersi attivare in senso conforme all'obiettivo di vedersi riconosciuto il proprio impegno a favore della comunità".

⁴⁵ V. in tal senso, M. DONINI, *Compliance*, cit., p. 579.

⁴⁶ M. DONINI, *Compliance*, cit., p. 579.

comportamento riparatorio, volto a superare l'offesa e a reintegrare il bene leso. Un mutamento notevole, espressivo di una diversa impostazione culturale rispetto a quella espressa nel codice penale, ove le condotte riparatorie *post-factum* sono generalmente inquadrate come elementi circostanziali che concorrono alla commisurazione della pena in senso ampio⁴⁷. La rilevanza delle condotte riparatorie, risarcitorie e organizzatorie *post-factum* può essere interpretata come una “svolta culturale” nell'idea punitiva, che, emancipandosi da un'ottica meramente retributiva, conferisce maggiore razionalità alla disciplina sanzionatoria dell'ente, in modo coerente con un'impostazione teleologica della pena orientata in senso utilitaristico⁴⁸.

La maggiore regressione sanzionatoria fondata su condotte riparative è prevista per le più gravi sanzioni corporative: le misure interdittive. La minaccia di una sanzione particolarmente afflittiva per l'ente, con una forte caratterizzazione general-preventiva, può infatti essere totalmente disinnescata attraverso un comportamento cooperativo, il cui fulcro è la riparazione dell'offesa che si articola su diversi fronti: rispetto al bene giuridico leso, in quanto si richiede il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose; rispetto alle esigenze del sistema economico, il profitto è messo a disposizione ai fini della confisca, in modo da soddisfare quelle esigenze perequative che la confisca dovrebbe perseguire; infine con l'adozione di un MOG si orienta alla legalità il sistema aziendale che diviene uno strumento utile proprio in un'ottica di prevenzione dei reati.

La finalità special-preventiva, sancita dall'art. 27, c. 3, Cost. è, quindi, affidata ad una diversa e più articolata strategia che è: «riconducibile all'assunto secondo cui la salvaguardia dei beni fondamentali dipende non già da dinamiche intimidative o neutralizzative (cioè da fattori di ‘coazione’ esterna che considerano i loro destinatari come meri corpi suscettibili di essere condizionati, e non come interlocutori capaci di scelte autonome), bensì da processi motivazionali orientati all'accoglimento ‘per convinzione’, anche attraverso il profilo sanzionatorio, dei precetti normativi»⁴⁹. Come, infatti, affermato dalla Relazione ministeriale: «le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e ri-organizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa»⁵⁰. Tale strategia sanzionatoria è chiaramente ispirata al modello *tit for tat* che ha informato

⁴⁷ Sul rilievo che con la c.d. riforma Cartabia assumono le condotte riparative nella commisurazione della pena, cfr. G.M. BRANCATI, op. cit., p. 26.

⁴⁸ M. DONINI, *Compliance*, cit., p. 593.

⁴⁹ Così L. EUSEBI, *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2007, 185, 191; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 280; ID., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1129.

⁵⁰ Così la Rel. Min.

il procedimento commisurativo del sistema nord-americano: i criteri che guidano il *sentencing* per le persone giuridiche incentivano, infatti, le condotte che esprimono un “controvalore” rispetto all’offesa causata, attraverso un notevole decremento sanzionatorio⁵¹.

Per implementare un rapporto cooperativo da parte della persona giuridica, l’adozione del MOG può avere rilievo anche in fase esecutiva, consentendo la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria⁵².

Tra le finalità che spiegano tradizionalmente l’idea di penalità è la special-prevenzione positiva ad interpretare in modo adeguato e coerente la filosofia del d.lgs. n. 231/2001: tutto il decreto di fatto “favorisce, induce o impone un ripensamento organizzativo e gestionale dell’ente”⁵³, attraverso l’adozione di modelli organizzativi, la cui vocazione preventiva non può essere contraddetta da un sistema sanzionatorio sprovvisto di strumenti efficaci⁵⁴. Ed è proprio la duttilità sanzionatoria del d.lgs. n. 231 che consente di apprezzare la maggiore o minore propensione dell’ente a ritornare su di un percorso di legalità, indirizzando così la sanzione verso una dimensione special-preventiva di tipo positivo o negativo secondo le esigenze concrete⁵⁵.

Nonostante gli ampi margini di discrezionalità consentiti da una più flessibile e articolata trama sanzionatoria, in cui affiora chiaramente un ordito di tipo riparatorio, le sanzioni a carico dell’ente sembrano mantenere una caratterizzazione di tipo punitivo: la tipica logica sinallagmatica non viene, infatti, scalfita da misure premiali, che sembrano piuttosto puntualizzare il giudizio di proporzione che informa e limita l’idea di pena. Anche se proprio la interazione con modelli di giustizia riparativa e l’accentuazione in chiave special-preventiva delle sanzioni potrebbe svelare una vocazione della pena corporativa e più in generale prospettare una nuova tipologia di sanzioni in grado di superare la contrapposizione tra pena e misure di sicurezza per dischiudere nuovi orizzonti sanzionatori⁵⁶.

Come si avrà modo di evidenziare, gli elementi innovativi presenti nell’apparato sanzionatorio della persona giuridica, in realtà, concorrono a definire la relazione tra sanzione e reato secondo il principio di proporzionalità in cui vengono presi in considerazione anche le dinamiche *post-factum*,

⁵¹ Sulle *Sentencing Guidelines* si vedano C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 66, 93, 133; P. GRUNER, *Beyond Fines: Innovative Corporate Sentencing Under Federal Sentencing Guidelines*, 71 Wash. U. L. Q., 1993, p. 261, 266 ss.

⁵² Per più ampi e approfonditi riferimenti bibliografici sulle diverse forme di controllo si veda G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 219.

⁵³ F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi*, cit., p. 47.

⁵⁴ Sul punto C. PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., p. 221, 253; P. SEVERINO, op. cit., p. 1107.

⁵⁵ Sul significato di tale strategia si veda M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in M. DONINI, M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 21, il quale osserva come la «stessa imputazione, in fondo, oltre ovviamente alla sua minaccia legale, ha come obiettivo l’implementazione di sicurezza, prima che la ricerca e la definizione di una responsabilità bene individuata, nel quadro di un diritto molto “funzionale” a bisogni generali e politici, più che a primarie esigenze di attribuzioni i colpe e giuste retribuzioni».

⁵⁶ Sul punto M. PELISSERO, *Principi generali*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), Torino, 2020, p. 164.

senza che venga di fatto scardinata la logica sinallagmatica dell'idea tradizionale di pena⁵⁷. Non sempre, quindi, l'interazione tra modelli e strategie sanzionatorie offre soluzioni realmente innovative e spesso accresce la complessità del modello punitivo, che pare poco coerente e razionale con gli obiettivi politico-criminali.

6. *Profili critici e prospettive di riforma.*

Meccanismi premiali, volti alla ri-organizzazione e fondati su strategie risarcitorie/ripristinatorie⁵⁸ caratterizzano, quindi, in modo significativo l'apparato commisurativo del d.lgs. n. 231/2001 dimostrando, da un lato, che l'afflittività quale carattere indefettibile della sanzione punitiva, può assumere diverse sfaccettature, dall'altro, che possono inserirsi in una articolata dinamica sanzionatoria anche elementi di flessibilità e di progressione/regressione punitiva, legate a condotte riparatorie, sintomatiche di un atteggiamento antitetico alla vicenda lesiva, che fa venir meno qualsiasi bisogno di pena⁵⁹. Non è difficile individuare nel dato positivo l'influenza che i sistemi di *common law* hanno esercitato nella riforma della responsabilità da reato dell'ente in Italia⁶⁰: la logica commisurativa e punitiva si costruisce su di una piramide sanzionatoria in cui la meritevolezza e i bisogni di pena si calibrano innanzitutto su comportamenti collaborativi e logiche negoziali, che giustificano un progressivo allontanamento da meccanismi sinallagmatici di proporzione e corrispettività tra fatto e pena e una accentuazione della componente reintegratrice della prevenzione speciale e generale.

Nonostante l'importanza di tale nuova strategia, le dinamiche riparative che innescano i meccanismi premiali incidono prevalentemente sul *quantum* di pena, mentre non vi è alcuna proiezione di tale nuova strategia sull'arsenale sanzionatorio, che risulta piuttosto limitato: profili conciliativi e riparatori che rappresentano il coerente sviluppo di una logica di proattiva legata alla *compliance*⁶¹ penale non incidono, infatti, sul tipo di sanzione adottata dal legislatore. Nel d.lgs. 231 le condotte riparative concorrono solo a definire i contorni di un più ampio giudizio di proporzione tra sanzione e fatto illecito⁶², la cui meritevolezza di pena risulta attenuata in conseguenza di condotte *post-delictum* unilaterali che ne hanno eliso o affievolito la portata lesiva. Questa valutazione si colloca pur sempre

⁵⁷ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 192.

⁵⁸ V. MAIELLO, *Premialità*, cit., p. 637 ss.

⁵⁹ Sul punto si veda GA. DE FRANCESCO, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismi*, in *Leg. pen.* 02/09/2019, p. 1, 4.

⁶⁰ C. DE MAGLIE, *Etica*, cit., *passim*.

⁶¹ Sul punto si veda G. LOSAPPIO, *Organizzazione, colpa e sicurezza sul lavoro. Dosimetria dell'impresa e della colpa di organizzazione*, in *DSL*, 2016, p. 98, 111, il quale evidenzia come la disciplina della responsabilità degli enti faccia perno sulle sanzioni positive.

⁶² Sulla possibilità di ricondurre le condotte riparative al principio di proporzionalità F. VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., p. 192 ss.

in un'ottica punitiva tradizionale ove convivono momenti retributivi e finalità preventive e la maggior parte delle condotte riparative si spiegano secondo una dinamica premiale, piuttosto che riparativa in senso proprio⁶³. Da questo punto di vista, tali istituti «finiscono col confermare la validità della logica punitiva basata sulla ritorsione»⁶⁴ ove la pena è sempre connotata in senso negativo, secondo una dinamica di sottrazione di diritti, mentre un programma di giustizia riparativa richiede modalità diverse di approccio al conflitto, in grado di attivare percorsi che conducono ad un positivo reingresso nella società, in base ad una piena partecipazione dei protagonisti della vicenda criminale alla risoluzione del conflitto generato dal reato⁶⁵. Sostanzialmente le condotte riparatorie si collocano anche in questo caso «all'interno del principio della proporzionalità della pena: non già come *deviazione* rispetto a tale principio in funzione di scopi special-preventivi, ma come coerente *sviluppo* di premesse già insiste in esso, conformemente a una idea del punire che ha a cuore non un astratto ideale di giustizia, ma – anzitutto – gli interessi, materiali e morali, della o delle vittime, la cui tutela sta nel fuoco dell'intera teoria contemporanea della proporzionalità della pena»⁶⁶.

In questo scenario trova però conferma l'idea di pena come “raddoppio del male”⁶⁷, calibrata attraverso criteri proporzionali, di tipo sostanzialmente retributivo. Ciò non significa che la pena si esaurisca nella mera retribuzione, ben potendo una pena costruita su criteri retributivi essere funzionale a logiche special e general preventive. La proporzione tra sanzione e fatto illecito (e colpevolezza), sebbene funzionale anche ad una esigenza di garanzia e di limitazione del potere punitivo, non consente, tuttavia, di affrancarsi del tutto da una visione arcaica di pena-castigo⁶⁸, ma soprattutto non valorizza adeguatamente le potenzialità dell'ente di riorganizzarsi secondo le aspettative dell'ordinamento, né è in grado di sfruttare la sua notevole capacità di far fronte ad esigenze ripristinatorie e risarcitorie, potenzialità e capacità che potrebbero essere meglio considerate se anche le sanzioni e non solo i precetti del d.lgs. 231 fossero incentrate su obblighi prestazionali.

Appurata la natura penale delle sanzioni a carico dell'ente ed evidenziate le peculiari esigenze riparative scaturite dalla realizzazione di un reato corporativo, resta l'interrogativo se questa marcata

⁶³ Sul punto si vedano le osservazioni critiche di L. EUSEBI, *La pena*, cit., p. 850 ss., il quale auspica che «la mediazione penale non debba fungere da argenteria della festa di un diritto penale che nella ferialità mantenga un'impronta di carattere retributivo, bensì debba contribuire, entro il quadro di una visione estesa della giustizia riparativa, o restaurativa, al delinearsi di un sistema delle sanzioni penali aventi pur sempre valore progettuale». Diversamente A.M. MAUGERI, *La funzione*, cit., p. 92; secondo V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni*, cit., p. 567, la prospettiva riparatoria è così marcata che ha stemperato la dimensione preventiva della 231. Sull'ambiguità e confusione del concetto di giustizia riparativa, si vedano i diversi contributi di G. DEMURO, M. DONINI, S. SEMINARA in C.E. PALIERO, F.VIGANÒ, F.BASILE, G.L.GATTA, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018.

⁶⁴ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 291.

⁶⁵ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 96 ss., 316 ss.

⁶⁶ Così F. VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., p. 194.

⁶⁷ Così M. DONINI, *Per una concezione*, cit., p. 1162 ss.

⁶⁸ Più in generale sull'irrazionalità del paradigma della corrispettività, si veda L. EUSEBI, *Modelli della giustizia e sanzioni penali*, in *DisCrimen*, 22 gennaio 2023, e in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa. Le cose nuove del XXI secolo*, 2022, p. 4, 31, 33.

vocazione punitiva del d.lgs. 231, che ripropone le dinamiche tipiche di un diritto penale antropocentrico, sia ancora uno strumento adeguato per “responsabilizzare” l’ente rispetto all’offesa arrecata e i danni prodotti.

Mutato il contesto culturale, ma anche giuridico, la scelta compiuta dal legislatore del 2001 sembra aver esaurito il carattere innovativo e la sua spinta propulsiva ad un cambiamento, per cui occorre interrogarsi se non sia maturato il tempo per una significativa riforma dell’apparato sanzionatorio, che inevitabilmente deve portare ad una “rettifica” dei criteri di imputazione della responsabilità, coerente con le dinamiche cooperative e *riflessive* del disegno preventivo cui sembra ispirarsi il d.lgs.231, ma soprattutto con gli scopi politico-criminali che le sanzioni ambiscono a perseguire⁶⁹.

De iure condito, in ragione del carattere punitivo che le sanzioni del d.lgs. 231 mostrano, occorre necessariamente rafforzare un sistema di garanzie in cui la concreta possibilità dell’ente di orientarsi tramite parametri normativi verso modelli comportamentali virtuosi costituisca un vero e proprio limite alla potestà punitiva. In questa ottica vi è responsabilità nella misura in cui il comportamento preventivo sia effettivamente esigibile⁷⁰. Ciò implica che nel giudizio di responsabilità corporativa si prendano in considerazione prassi generalmente praticate, un *know-how* diffuso nel settore di attività, standard e processi di (auto-)normazione extra-legislativi. Il rischio di avallare prassi sciatte può essere arginato attraverso una rete di controlli preventivi che, però, allo stato attuale non sono previsti.

Tuttavia, emerge come l’esigenza politico-criminale predominante della responsabilità da reato dell’ente sia quella di attivare un percorso di “responsabilizzazione” anche *post-factum*, che potrebbe essere meglio soddisfatta tramite sanzioni di tipo prescrittivo e prestazionali, secondo una dinamica effettivamente riparativa.

In una prospettiva *de iure condendo* andrebbe quindi ampliato lo spazio riservato alla logica riparativa, sin dalla fase della comminazione della pena, in modo da modulare l’apparato sanzionatorio non soltanto su una afflizione costruita in negativo, ma facendo leva su un contenuto positivo, in cui si descrivono e prescrivono le condotte che consentono di “recuperare” la tutela del bene giuridico *post delictum*. La sanzione, se deve riflettere quel sistema di valori e quelle esigenze frustrate proprio dal comportamento criminale dell’ente, non può esaurirsi in un intervento privativo di diritti e di libertà, ma deve costituirsi come un vero e proprio progetto di ritorno alla legalità⁷¹, in cui si afferma una

⁶⁹ F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione*, cit., p. 428 afferma che è in atto una rivoluzione che riguarda il paradigma della giustizia punitiva che deve necessariamente confrontarsi con modelli di giustizia riparativa.

⁷⁰ Valorizza tale giudizio la Cass. sez. VI, 15 giugno 2022, in *Giur. it.*, 2022, p. 2758, con nota di G. DE SIMONE, *Si chiude finalmente, e nei migliori dei modi, l’annosa vicenda Impregilo*.

⁷¹ Sul punto si vedano i contributi di L. EUSEBI, “*Gestire*”, cit., p. 226; ID., *Un’asimmetria necessaria tra il delitto e la pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1022; ID., «Cautela in poena», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 472.

strategia riparativa globale⁷². Tali nuove strategie necessitano anche di un contesto processuale adeguato, più incline alla mediazione e alla conciliazione, che ad una dialettica basata sul contraddittorio e sulla contrapposizione fra le parti.

In una prospettiva di riforma, rispetto a mutamenti significativi dell'idea di reazione sanzionatoria e del quadro processuale, sembra eccessivo richiedere un sistema rigoroso di contrappesi garantistici e anche la necessità di individuare una colpevolezza di organizzazione potrebbe risultare attenuata innanzi all'opportunità di ridisegnare una *governance* economica in cui vanno disinnescati situazioni di rischio e pericolo per i beni minacciati dall'esercizio di attività di impresa. Si fa largo quindi una nuova concezione della pena, non più passivamente subita, ma "agita"⁷³, quale unica tecnica sanzionatoria coerente anche con l'impegno, con il contegno pro-attivo che la disciplina in materia di responsabilità degli enti richiede al suo destinatario. Il deficit di autocontrollo organizzativo, espressione di quel disvalore d'azione dell'illecito dell'ente, può essere superato, infatti, solo attraverso una sanzione di carattere organizzativo, in modo da imporre l'adesione ad un progetto di legalità, cui l'ente dovrebbe sottoporsi in base a quei limiti costituzionali posti all'esercizio dell'attività di impresa e alla libertà economica.

Nel definire una nuova dinamica sanzionatoria occorre, quindi, prevedere come principali le pene prescrittive/riparative⁷⁴ con la possibilità di "accompagnare" l'ente nel ritorno alla legalità, attraverso obblighi di riparazione "specifici", di riorganizzazione "sorvegliata", anche nell'ambito di percorsi alternativi di messa alla prova per l'ente⁷⁵.

Questo in fondo sembra suggerire anche l'impostazione solidaristica della nostra Costituzione all'art. 41, che nel riconoscere la libertà di impresa, individua significativi limiti, confermati dalla

⁷² In alcuni sistemi sia di *common law* che sudamericani le sanzioni a carico dell'ente prevedono lavori a favore della comunità, sul punto si veda: V. MILITELLO, *Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato*, cit., p. 571; V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicate all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione*, cit., p. 560. Nel sistema brasiliano la legge 9605 del 1998 prevede la responsabilità dell'ente per i reati ambientali e l'art. 23 prevede tra le sanzioni la "prestazione di servizi alla comunità".

⁷³ Sul punto si veda M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria*, cit., p. 1162; ID., *Pena agita pena subita. Il modello del diritto riparato*, in A. BONDI, G. FIANDACA, G.P. FLETCHER, G. MARRA, A.M. STILE, C. ROXIN, K. VOLK, *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, p. 389; L. EUSEBI, *La pena*, cit., p. 830. Già nell'ambito della pena intesa come emenda, si evidenzia la necessità di un ruolo attivo del condannato, cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit. p. 123 ss.

⁷⁴ Questa la proposta di riforma del sistema punitivo generale, avanzata da L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *DisCrimen*, 31 marzo 2021.

⁷⁵ Tra le strategie sanzionatorie messe in atto in altri ordinamenti, di particolare interesse è il lavoro di pubblica utilità. Sul punto si veda l'analisi di V. MILITELLO, *Le sanzioni*, cit., p. 578. Nel *Federal Sentencing Guidelines* è previsto, nell'ambito della *probation*, una forma di *community service*: R. S. GRUNER, *Beyond Fines*, cit., p. 293. Significativa è l'esperienza nordamericana ove secondo il *Sentencing Guidelines* la decisione per l'adozione di *remedial order* di natura non patrimoniale è fortemente condizionata dalla tipologia di vittima e dalla presenza di soggetti che anche indirettamente sono stati danneggiati dalle condotte illecite della corporation. Tali sanzioni risultano particolarmente efficaci nell'ambito di reati a soggetto passivo indeterminato, della sicurezza alimentare, farmaceutica, ambientale e del lavoro. Sul punto si vedano le osservazioni di B. FISSE, *Reconstructing*, op. cit., p. 1229; ID., *Community Service As A Sanction Against Corporations*, in *Wis.L. Rev.*, 1981, p. 970. Sulla problematica relativa alla messa alla prova dell'ente si veda A. MALACARNE, *Processo penale de societate*, cit., p. 11.

recente legge costituzionale n. 1 del 2022⁷⁶.

DPEI 1/2024

⁷⁶ Sul punto si vedano le considerazioni di C. LAZZARI, P. PASCUCCI, *La gestione della circolarità dei rischi tra ambiente interno ed ambiente esterno all'azienda. Profili giuridici*, in *DSL*, 1/2023, p. 35.