



DPEI
n. 2/2024
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, Enrico Cieri, Lucia Russo, Kolis Summerer, Vico Valentini

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

Bologna, 23 dicembre 2024

DPEI 2/2024

Rivista semestrale

SOMMARIO

Novità legislative

La riforma penale tributaria del 2024: le magnifiche sorti e progressive del pagamento postumo del debito
di Giovanni Flora

p. 6

Saggi e approfondimenti

Ddl Nordio e Traffico di influenze illecite: un'occasione mancata?
di Filippo Cacciola

p. 25

Atti del seminario *È ipotizzabile la responsabilità penale del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza? Ragionando sulla sentenza della Corte di cassazione n. 38914, Bologna, 25 settembre 2023*

Le attribuzioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza tra poteri e doveri
di Carlo Zoli

p. 33

Posizione di garanzia, nesso causale e tendenze evolutive. Rapsodiche considerazioni sulla responsabilità penale del RLS
di Francesco Contri

p. 42

Atti del seminario *Nuovi orizzonti della tutela (penale?) dell'informazione societaria: "informazione non finanziaria" e "informazione sulla sostenibilità" dell'attività d'impresa, Bologna, 6 maggio 2024.*

Scopo di lucro e sostenibilità

di Renzo Costi

p. 61

L'informazione societaria di sostenibilità: le nuove regole europee

di Sergio Gilotta

p. 63

Atti del Convegno *"Towards a European Law of Sustainability?"*, Modena, 24-26 ottobre 2024.

Modern slavery in the agri-food sector in Spain, comparative Criminal Law and sustainability due diligence. Brief discussion.

di Sara María Martínez Novillo

p. 71

Advancing Environmental Protection through Criminal Law: Innovations and Challenges in the 2024 EU Directive

di Georgios Bastounas

p. 77

Verso un diritto penale della sostenibilità: prime riflessioni e prospettive future

di Federica Raffone

p. 84

Rassegna giurisprudenziale

Dalla giurisprudenza di merito

□ Diritto penale della sicurezza sul lavoro

Sulla responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio occorso al terzo estraneo all'organizzazione imprenditoriale (nota a Tribunale di Catanzaro, sent. 31 ottobre 2023, ud. 18 settembre 2023, n. 1539)

di Chiara Gigante

p. 98

□ Responsabilità degli enti

Responsabilità degli enti dipendente da reato: la portata esimente del corretto svolgimento dell'attività di risk assesment (nota a Tribunale di Milano, sent. 22 aprile 2024 (ud. 25 gennaio 2024) n. 1070)

di Danilo Cilia, Massimo Pinardi

p. 110

□ Frodi, marchi e sicurezza alimentare e del prodotto

Le persistenti difficoltà della tutela penale dei marchi (nota a Tribunale di Pavia, sent. 27 settembre 2023 (ud. 20 settembre 2023), n. 1901)

di Gilberto Halili

p. 121

Novità legislative

La riforma penale tributaria del 2024: le magnifiche sorti e progressive del pagamento postumo del debito

di **Prof. Avv. Giovanni Flora**

Già Ordinario di diritto penale dell'Università di Firenze

Sommario: 1. I punti-chiave della legge delega per la riforma del sistema sanzionatorio tributario. - 2. La valorizzazione del pagamento susseguente come criterio ispiratore della riforma. - 3. La deludente attuazione del principio del *ne bis in idem*. - 4. La nuova configurazione delle fattispecie di omesso versamento delle ritenute fiscali effettivamente operate o dell'iva. - 5. L'insoddisfacente intervento chiarificatore della distinzione tra compensazione di crediti inesistenti e crediti non spettanti e la nuova causa di non punibilità incentrata sulla obiettivamente controversa spettanza del credito. - 6. La non punibilità dell'omesso versamento di ritenute fiscali o iva per impossibilità sopravvenuta incolpevole. - 7. L'estensione ai reati tributari della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto. - 8. Le modifiche in tema di sequestro preventivo in funzione di confisca. - 9. Le novità in tema di rapporti tra procedimento penale e procedimento tributario.

1. I punti-chiave della legge delega per la riforma del sistema sanzionatorio tributario

L'art. 20 della L. n.111 del 2023 (delega per la riforma fiscale) detta numerose disposizioni “per la revisione del sistema sanzionatorio tributario amministrativo e penale”. Tre sono le macro-aree di intervento. La prima concerne gli aspetti comuni alle sanzioni amministrative e penali (art. 20, lett. a, nn. 1,2,4,4,5); la seconda riguarda specificamente le sanzioni penali in senso stretto (art. 20, lett. b, nn. 1 e 2); la terza attiene al riordino del sistema sanzionatorio in materia di accise e di altre imposte indirette sulla produzione e contiene specifiche disposizioni sul sistema sanzionatorio penale in senso stretto, così dettagliate e numerose da lasciar intendere che il legislatore delegato debba procedere a riscrivere un nuovo articolato, sostitutivo di quello contemplato dal T.U. del 1995 (D. Lgs. n. 504/1995). Oggetto specifico di questo scritto saranno gli interventi sulla attuale disciplina penale in materia di imposte dirette ed iva (ora dettata - come è noto - dal D. Lgs. n.74/2000 e succ. mod.). Essi, pur non risistemando *ex novo* la materia, ne toccano tuttavia alcuni nodi fondamentali, tra i più rilevanti dei quali vanno subito ricordati: i rapporti tra illecito tributario penale e illecito tributario amministrativo anche al fine di dare piena attuazione al principio del *ne bis in idem*; la non punibilità degli omessi versamenti (di iva e di ritenute) per impossibilità incolpevole sopravvenuta, tema nel quale possiamo far rientrare anche l'invito al legislatore delegato di procedere ad una più rigorosa

distinzione tra crediti non spettanti e crediti inesistenti (art. 20, comma 1, lett. a, n. 5) che notoriamente ha riflessi immediati sulla disciplina delle fattispecie di indebita compensazione; l'attribuzione di espreso rilievo alla definizione avvenuta in sede tributaria ai fini di conferire rilievo penale al fatto (con evidente implicito riferimento al superamento delle soglie di punibilità); l'adeguamento delle disposizioni processuali al rilievo assunto dal pagamento rateale del debito tributario, anche a seguito delle procedure "conciliative" con l'Agenzia delle Entrate concluse anche prima del promovimento dell'azione penale e che, notoriamente, fa guadagnare o l'impunità o una drastica riduzione della pena, con inevitabili riflessi altresì sulla disciplina del sequestro preventivo.

La necessità di un "completo adeguamento" del sistema sanzionatorio amministrativo e penale al principio del *ne bis in idem* (art. 20, lett. a, n. 1) si era resa infatti necessaria perché il D. Lgs. n. 74 del 2000, con l'art. 19, aveva ritenuto di poter risolvere il problema del "concorso" tra illecito penale e illecito tributario amministrativo puntando tutto sul principio di specialità, sulla falsariga di quanto stabilito nell'art. 9, L. n. 689 del 1981. Soluzione però progressivamente messa in crisi da due fattori sopravvenuti: la nozione euro unitaria di sanzione (e quindi di illecito) "sostanzialmente penale" ancorché formalmente amministrativa (e la giurisprudenza europea ha sempre ritenuto le sanzioni "amministrative tributarie", a cominciare dalla sovrattassa, sostanzialmente penali); la nozione, anch'essa di fonte euro unitaria, ma ripresa prontamente anche dalla nostra Corte Costituzionale e dalla stessa giurisprudenza di legittimità, di "stesso fatto" da intendersi come "stesso fatto materiale" indipendentemente dalla struttura tipica dell'illecito (si pensi, ad es., che la giurisprudenza ha sempre negato che l'illecito amministrativo dell'omesso versamento iva e l'omologo illecito penale punissero il medesimo fatto, essendone diversa la struttura tipica).

D'altra parte non poteva nemmeno ritenersi appagante la tesi adottata a livello europeo, a partire dalla nota sentenza della Corte EDU nel famoso caso A. e B. contro Norvegia (Grande Camera 15 novembre 2016), secondo la quale una stessa persona non può essere sottoposta a sanzione sia penale sia amministrativa (ma sostanzialmente penale) per uno stesso fatto materiale solo se i due procedimenti non apprestano una risposta punitiva coerente ed unitaria, nel rispetto del principio di proporzionalità e non hanno una stretta connessione temporale e sostanziale. Come è dimostrato dalla quotidiana prassi applicativa, si tratta infatti di requisiti (la stretta connessione sostanziale e temporale, la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo) assai sfuggenti che lasciano al singolo giudice la più ampia discrezionalità.

La legge delega non poteva poi non interessarsi del tema della non punibilità degli omessi versamenti per "incolpevole impossibilità sopravvenuta": uno dei problemi più spinosi in materia di reati tributari, frequentemente ricorrenti nella prassi. La giurisprudenza di merito aveva cercato talvolta di risolvere il problema in via equitativa, ma senza conferire sostanza dogmatica adeguata alle

soluzioni adottate (ovvio che in questi casi non si può parlare né di forza maggiore, né di stato di necessità), la più convincente delle quali poteva forse rinvenirsi nella mancanza di dolo: è vero che la norma si “accontenta” del dolo “generico”, ma è anche vero che in mancanza di disponibilità di risorse non si può dire che chi omette veramente “voglia” omettere, mancandogli la possibilità di scegliere se tenere o no quel comportamento. La giurisprudenza di legittimità, salvo rare eccezioni, è invece notoriamente attestata su posizioni rigorosissime ed anche recentissimamente ha ribadito (Cass. Pen., Sez. III, 16 giugno 2023, n. 33430) che, in primo luogo, la crisi di liquidità deve essere “incolpevole” elencandone una serie di requisiti pressoché impossibili da integrare, concludendo poi che la impossibilità di adempiere deve essere (oltre che “incolpevole”) assoluta.

La legge delega invece (art. 20, comma 1, lett. b, n. 1) incaricava il legislatore delegato di prevedere una specifica causa di non punibilità degli omessi versamenti (dell’iva e delle ritenute fiscali) in caso di “sopravvenuta impossibilità di far fronte al pagamento del tributo, non dipendente da fatti imputabili al soggetto stesso”.

La delega si proponeva anche di rivedere gli assetti dei rapporti tra procedimento penale e procedimento tributario (art. 20, comma 1, lett. a, n. 3) su due piani: quello del conferimento di efficacia di giudicato nel procedimento tributario alla sentenza di assoluzione “perché il fatto non sussiste o l’imputato non lo ha commesso” quanto ai fatti materiali accertati in sede dibattimentale nel processo penale; quello dell’adeguamento dei profili penali sostanziali e processuali connessi alle ipotesi di non punibilità o all’applicazione di circostanze attenuanti all’effettiva durata dei piani di estinzione dei debiti tributari anche nella fase antecedente all’esercizio dell’azione penale.

La ragione sta ovviamente nelle maggiori garanzie che sul piano probatorio sono apparecchiate nel processo penale rispetto a quelle tipiche del processo tributario il quale, nonostante qualche timida apertura alla prova testimoniale, ancora conosce la prova per presunzioni, anche “semplici” e addirittura prive dei caratteri di gravità, precisione e concordanza.

2. La valorizzazione del pagamento susseguente come criterio ispiratore della riforma

Con il d.lgs. n. 87 del 2024, il legislatore prosegue ed accentua una linea di politica criminale, già da tempo perseguita,¹ che mira a riconnettere effetti favorevoli al comportamento *lato sensu* riparatorio dell’offesa patrimoniale. Sembra per vero questo il “criterio direttivo” di fondo “attuato”.

¹ Significativo il titolo (“L’irrefrenabile funzionalizzazione riscossiva del moderno diritto penale tributario, in Sistema Penale, 19.04.2024) di un recente saggio di F. Di Vizio. In senso analogo, M. DI SIENA, *Splendore e viltà: riflessioni a margine degli interventi operati dalla riforma fiscale in relazione ai delitti di omesso versamento* (in corso di pubblicazione su *Rass. Trib.*, 2024) il quale giunge ad affermare, ancorché “provocatoriamente” (p. 6 datt.) che ormai i delitti tributari costituiscono una *species* dei delitti contro il patrimonio; R. LUCEV, *La riforma dei reati tributari (D. Lgs. 14 giugno 2024,*

Il pagamento del debito tributario, infatti, già prima della recente riforma, comportava la non punibilità dei delitti di omesso versamento intervenuto prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, con possibili proroghe che potevano essere discrezionalmente (ma pressoché sempre) concesse; come pure la non punibilità dei delitti di omessa e infedele dichiarazione e, a seguito di successiva integrazione della norma (tramite l'art. 39, c.1, lett. q-*bis* d.l. n. 124 del 2019, conv. nella l. n. 157 del 2019) anche dei reati di dichiarazione fraudolenta, mediante “ravvedimento operoso o presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo di imposta successivo”; sempreché queste ultime condotte fossero tenute prima che l'autore avesse avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'invio di avvisi di accertamento o di procedimenti penali.

Ebbene, la recente riforma non solo ha conservato le sopra ricordate cause di non punibilità ed ha allungato i termini di perfezionamento dei reati di omesso versamento (che tecnicamente sono requisiti di tipicità, ma sostanzialmente rappresentano termini più “comodi” di pagamento che consentono di evitare la punibilità), ma ha previsto anche nuove cause di non punibilità attraverso meccanismi diversificati. Più precisamente:

- 1) I delitti di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-*bis*)² e di iva (art. 10-*ter*) sono soggetti ad una curiosa clausola di non punibilità condizionata alla attualità della rateizzazione del pagamento del debito corrispondente, a sua volta “contro-condizionata” dall'eventuale decadenza dal beneficio della rateizzazione, purché il debito residuo da onorare sia superiore a cinquantamila euro, per ritenute, o a settantacinquemila euro per iva. Assai complicato inquadrare questa originale costruzione negli schemi dogmatici della grammatica penalistica.
- 2) Il delitto di indebita compensazione di crediti non spettanti (art.10-*quater*, comma 1) non è più punibile, in base al comma 2-*bis* della stessa norma, quando “anche per la natura tecnica delle valutazioni, sussistono condizioni di obiettiva incertezza in ordine agli specifici elementi o alle particolari qualità che fondano la spettanza del credito”. Norma esoterica, assolutamente incomprensibile a coloro che non abbiano dimestichezza con la materia regolata dal “Manuale di Frascati”³.
- 3) All'art. 13, la cui nuova rubrica è ora intitolata “*Cause di non punibilità-Pagamento del debito tributario*” viene prevista una nuova causa di non punibilità, in ossequio all'art. 20, lett. b), n. 1

n. 87): *quando “la minaccia è più forte della sua esecuzione*, in *Le Società*, 2024; T. SABBATINI, *La riforma dei reati tributari*, in *Giur. Pen. web*, 2024, 9, 3, che parla di natura “retrattile” della minaccia.

² La citazione di articoli non seguiti da alcuna specificazione devono intendersi riferiti al d.lgs. n. 74 del 2000.

³ OCSE (2015), *Manuale di Frascati 2015: Linee guida per la raccolta e la comunicazione di dati sulla ricerca e lo sviluppo sperimentale, La misurazione delle attività scientifiche, tecnologiche e di innovazione*, OECD Publishing, Parigi, <https://doi.org/10.1787/9789264239012-en>.

della legge delega, di incerta natura, dei reati di omesso versamento delle ritenute o dell'iva (i cui termini di perfezionamento sono stati prolungati) che scatta quando il fatto “dipende da cause non imputabili all'autore, sopravvenute al momento della effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'imposta sul valore aggiunto”, fornendo poi una griglia di indici della “non imputabilità all'autore” dei quali “il giudice tiene conto”.

- 4) Il legislatore delegato, nell'art. 13, comma 3-ter, detta poi le condizioni in base alle quali, anche per i reati tributari, per i quali i limiti di pena non siano ostativi, può trovare applicazione, in presenza dei requisiti codicistici, la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto (intervento normativo peraltro non espressamente contemplato nella legge delega, potendo al più trovare fondamento nell'art. 20, lett. a), n. 1) della legge delega ove fa riferimento al “principio e criterio direttivo” della razionalizzazione del sistema sanzionatorio). In linea, peraltro, con orientamenti giurisprudenziali che si andavano consolidando⁴.
- 5) Infine, allo stesso criterio sembra ispirarsi anche il nuovo ultimo comma dell'art. 12-bis, in base al quale il sequestro a fine di confisca non può essere disposto, salvo vi sia concreto pericolo di perdita della garanzia, se il debito tributario è in corso di estinzione mediante rateizzazione ed il contribuente sia in regola con i pagamenti.

3. *La deludente attuazione del principio del ne bis in idem*

Il compito di dare completa attuazione al principio del *ne bis in idem* non era davvero facile. La strada più semplice sarebbe stata quella di “addolcire” le sanzioni amministrative che colpiscono fatti identici a quelli costituenti reato. Il problema si sarebbe risolto alla radice: tali sanzioni (ed illeciti) amministrativi tributari non si sarebbero più potuti qualificare come “sostanzialmente penali” ed il complessivo carico sanzionatorio avrebbe potuto ritenersi di per sé proporzionato. Ma si sarebbe dovuto procedere ad una complicata revisione di tutto l'armamentario sanzionatorio amministrativo tributario cui si sarebbe potuto certo provvedere ricorrendo ad una clausola generale di riduzione. Con l'effetto però, di prosciugare drasticamente il gettito derivante dall'incasso delle somme, elevatissime, a titolo di sanzioni.

Una seconda strada poteva essere proprio quella di una “conferma” del principio di specialità. A fronte di due illeciti, uno formalmente e l'altro sostanzialmente penale, confluenti sul medesimo

⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 5.3.2024, n. 14073; Sez. II, 17.11.2023, n. 396; Sez. III, 4.04.2023, n. 18029; Sez. III, 21.03.2023, n. 20279; Sez. IV, 16.03.2023, n. 17190; Sez. III, 20.02.2020, n. 16599; Sez. III, 22.01.2019, n. 15020; Sez. III, 13.11.2018, n. 12906; Sez. III, Sentenza, 20.11.2015, n. 13218. Sul punto, seppure con particolare riguardo all'ipotesi dell'art. 5 d.lgs. 74/2000, v. L. VALOTTI, *L'art. 131 bis c.p. e i reati tributari: presupposti applicativi e novità dopo la riforma Cartabia*, in *Sist. Pen.*, 24.02.2023 (commento a Sez. III, 27.09.2022, n. 39835).

“fatto storico” non si vede perché debbano trovare applicazione entrambi. Non dovrebbero valere le regole che disciplinano il concorso di reati/concorso apparente di norme? Con la possibile conseguenza, anche così facendo, di dover rinunciare, però, al gettito derivante dalle sanzioni “amministrative”.

Una terza via poteva essere quella di tradurre in norma l’elaborazione a livello europeo del *ne bis in idem*, indicandone come “presupposti” quelli stabiliti per la prima volta (e per vero “in negativo”) dalla Corte EDU nel famoso caso A. e B. contro Norvegia (Grande Camera 15 novembre 2016), stabilendo che una stessa persona non può essere sottoposta a sanzione sia penale sia amministrativa per uno stesso fatto materiale se i due procedimenti non apprestano una risposta punitiva coerente ed unitaria, nel rispetto del principio di proporzionalità e non hanno una stretta connessione temporale e sostanziale.

Ed è proprio quello che, nella sostanza, ha fatto il riformatore che non ha coniato espressamente nessuna norma dedicata. La disciplina della materia rimane così affidata agli “arresti” (sino ad ora) consolidati della giurisprudenza europea cui si adegua anche quella “domestica”. In ossequio alla quale la riforma ha però introdotto – opportunamente - una norma che impone al giudice che intervenga per ultimo (procedimento amministrativo tributario e procedimento penale tributario marciano, infatti, ciascuno per conto proprio) di tenere conto della sanzione (penale o “amministrativa”) già irrogata in via definitiva allo stesso soggetto (o anche all’ente) al fine di garantire un carico sanzionatorio complessivo proporzionato (art. 21-ter). Nel solco di una richiesta di archiviazione, per così dire pionieristica e dal sapore “profetico”, della Procura di Milano nel procedimento per dichiarazione fraudolenta che già aveva portato alla irrogazione di sanzioni amministrative per lo stesso fatto⁵. Certo il tutto rimane affidato ad un giudizio di proporzionalità per effettuare il quale non viene dettato alcun criterio orientativo. Viene allora da domandarsi se il modello dell’art.187-terdecies TULF possa essere “esportato” anche nel settore penale tributario.

4. La nuova configurazione delle fattispecie di omesso versamento delle ritenute fiscali effettivamente operate o dell’iva

Le fattispecie incriminatrici di omesso versamento delle ritenute e dell’iva sono ora rimodellate su uno schema rovesciato rispetto a quello tipico della sintassi penalistica che suona più o meno così: l’omesso versamento è punito a meno che il debito tributario (quindi imposta evasa, più interessi, più sanzioni) non sia in corso di estinzione mediante rateazione “rituale” (art. 3-bis d.lgs. n. 462 del 1997);

⁵ Sul punto, v. M. SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, in *Sist. Pen.*, 28.11.2022.

in caso di decadenza dal beneficio della rateazione la punibilità “congelata” “risorge”, ma solo se il debito residuo è superiore a cinquantamila euro per ritenute o a settantacinquemila euro per iva.

Questa contorsionistica costruzione⁶ che cerca di limitare l’abnormità della ottusa persistenza nel voler comunque incriminare gli omessi pagamenti (in contrasto con la delega del 2014)⁷, crea non pochi problemi di inquadramento dogmatico che non costituisce un mero esercizio di stile, ma ha ricadute sulla individuazione dell’oggetto del dolo e sulla responsabilità di eventuali concorrenti.

Orbene, cominciando dalla previsione di “non punibilità” legata alla attualità dei pagamenti rateali, ci si chiede: si tratta di requisiti che incidono sulla condotta di omesso pagamento e quindi ne costituiscono limiti esegetici espressi (se sto pagando non sto omettendo il pagamento, sia pure scadenzato nel tempo) e, correlativamente escludono anche il dolo dell’omesso versamento (se sto versando certamente non voglio certo omettere il versamento)? Oppure si tratta di condizioni obiettive di “non” punibilità? Quest’ultima soluzione è poco persuasiva perché confligge con la stessa definizione di “condizione” che è un evento futuro e incerto mentre qui la attualità del pagamento rateale sembrerebbe costituire una evenienza che attiene alla qualificazione stessa condotta omissiva⁸. A me sembra dunque più corretta la prima soluzione proprio perché l’attualità della rateazione è costruita come causa che “paralizza” la rilevanza penale della condotta.

Con riguardo poi alla reviviscenza della punibilità in caso di decadenza dalla rateazione, la tentazione di configurarla come condizione obiettiva di punibilità (qui certo sopravvenuta) è forte. Ma ne dovrebbe conseguire la irrilevanza causale del fattore (o dei fattori) che hanno condotto alla decadenza dal beneficio della rateazione e della consapevole volontà che permanga un debito superiore alle soglie di rilevanza. Insomma, un elemento che concentra in sé tutto il reviviscente disvalore penale del fatto (se non si scavalcano i limiti quantitativi previsti il fatto “risorto dalle sue ceneri”, come l’Araba Fenice. non sembrerebbe costituire reato) starebbe fuori dal fuoco del dolo.

Comprendo che vi potrebbe essere una soluzione più semplice. La prima è una causa di non punibilità per ragioni di opportunità sottoposta alla “condizione risolutiva” della decadenza del beneficio della rateazione. Schemi civilistici “prestati” al diritto penale. Il tutto connotato da un puro oggettivismo, estraneo ai canoni, anche costituzionali, della responsabilità penale. Resterebbe da stabilire comunque in quale fase dell’iter processuale debba iniziare la condotta di pagamento rateale

⁶ T. SABBATINI, *La riforma*, cit., 11, parla in proposito di “tipo inedito” e di “norma a geometria variabile”.

⁷ Il riferimento è alla Legge delega per la riforma tributaria 11 marzo 2014 n. 23, poi clamorosamente tradita in fase di attuazione dal d. lgs. n. 128 del 2015.

⁸ Secondo la “Relazione tecnica” al D. Lgs. 87/2004, p. 1 costituirebbe condizione obiettiva di punibilità di questi reati il fatto che il contribuente non si sia avvalso della possibilità del pagamento rateale. Con il che il redattore (o i redattori) della Relazione mostrano una ignoranza preoccupante delle categorie basilari del diritto penale, qualificando come condizione obiettiva di punibilità un fatto che al più potrebbe essere uno strano presupposto negativo della condotta e non collima affatto con lo sghembo modello descrittivo della fattispecie.

del debito⁹: fino a che la sentenza di condanna non sia passata in giudicato e forse anche in fase esecutiva? Ragionevolezza e oculatezza politico criminale, pur in una prospettiva di massimo soddisfacimento di esigenze di riscossione, dovrebbero condurre a individuare, anche per coerenza con la previsione del primo comma (che fa riferimento ad un pagamento integrale, ancorché in ipotesi rateizzato, ma con scadenze assai ravvicinate), il termine ultimo in quello immediatamente precedente l'apertura del dibattimento.

Piuttosto la norma nulla dice sulla “colpevolezza” in ordine alla decadenza dal beneficio della rateazione, né sulle sorti di una eventuale ripresa del pagamento rateale, evenienza per la quale potrebbero forse tornare ancora utili le previsioni dell'art. 13. Infatti, una volta che l'Autorità Giudiziaria, ed *in primis* il pubblico ministero, abbia contezza che è in atto un pagamento rateale (che sarà cura dell'interessato, magari a mezzo del proprio difensore, comunicare tempestivamente), si può ipotizzare un'inevitabile stasi del processo, se non, ancor prima, del procedimento con la conseguenza che la revoca intervenga in un momento in cui è ancora possibile sfruttare l'opportunità offerta dall'art. 13, anche solo per cercare di far arretrare il debito sotto i limiti della rilevanza penale.

Quanto alla necessaria “rimproverabilità” all'agente della causa di decadenza dal “beneficio” potranno riproporsi le tematiche della “crisi di liquidità” che il nuovo art. 13, comma 3-*bis* cerca di risolvere e che potrebbero applicarsi per analogia alla fattispecie in esame. Si deve infatti ritenere che la norma appena citata non sia di natura eccezionale, anzi ed i cui requisiti, ancorché particolarmente confacenti all'omesso versamento, ben potrebbero adattarsi a valutare la non rimproverabilità all'agente della causa di decadenza dalla rateazione, con conseguente non punibilità. Preme infine sottolineare che la categoria generale della inesigibilità di un comportamento diverso dovrebbe in ogni caso trovare applicazione.

5. L'insoddisfacente intervento chiarificatore della distinzione tra compensazione di crediti inesistenti e crediti non spettanti e la nuova causa di non punibilità incentrata sulla obiettivamente controversa spettanza del credito

⁹ Interessanti spunti si possono cogliere dalla sentenza resa da Cass. Pen., Sez. III, 13.09.2023 n. 43569 chiamata a decidere in ordine all'applicazione dello *ius superveniens* ovvero la speciale causa di non punibilità introdotta dall'art. 23 D.L. n. 30 marzo 2023, n. 34 che aveva esteso il termine di pagamento di una delle definizioni introdotte dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197 fino al momento “prima della pronuncia della sentenza di appello” e alla questione di legittimità costituzionale di detta norma in relazione all'art. 3 Cost. Nel caso di specie, il ricorrente aveva estinto il debito tributario, mediante pagamento del debito, prima della sentenza di primo grado, cosicché nonostante il processo si trovasse ormai in fase di legittimità, secondo la difesa non sembrava potersi ragionevolmente dubitare del fatto che la suddetta previsione normativa dovesse trovare applicazione anche nel caso in esame in forza dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità, in una ipotesi del tutto analoga di successione di leggi penali (il riferimento era alla modifica del D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 13, operata attraverso il D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, art. 11 che ammetteva l'applicazione della causa di non punibilità ai processi che si trovano nella fase del giudizio di legittimità).

L'art. 20, lett. a), n. 5 della delega disponeva, come si è accennato all'inizio di questo lavoro, che si dovesse procedere ad introdurre una più rigorosa distinzione normativa tra le fattispecie di compensazione indebita di crediti di imposta “non spettanti” e crediti di imposta “inesistenti”. La distinzione ha rilievo, infatti, non solo ai fini di stabilire il livello delle sanzioni amministrative, ma anche delle sanzioni penali contemplate dall'art. 10-*quater*: pena da sei mesi a due anni se i crediti indebitamente compensati sono non spettanti, pena da un anno e sei mesi a sei anni se i crediti sono inesistenti.

Le soluzioni astrattamente ipotizzabili erano tre: inserire le due definizioni nell'art. 1, intitolato, appunto, “definizioni”; oppure, secondo una tecnica forse preferibile, precisare le definizioni nella sede tributaria dedicata alla materia delle compensazioni (art. 13 D. Lgs. n. 471 del 1997) e farvi rinvio nella descrizione delle fattispecie incriminatrici. O, infine, inserirla proprio nel corpo dell'art. 10-*quater* dedicato in funzione tipizzante delle due differenti fattispecie.

La soluzione adottata è stata la prima: sono state così inserite nel testo dell'art.1 le lettere *g-quater* e *g-quinquies*. Ma si deve subito anticipare che le due definizioni non brillano certo per chiarezza e non appaiono risolutive¹⁰. Si trattava infatti di tracciare il reciproco confine tra le due definizioni condizionato dal contrasto radicatosi in seno alla giurisprudenza penale che dibatteva se la nozione di crediti inesistenti andasse o meno mutuata da quanto statuito dalle Sezioni Unite civili¹¹. A non convincere è soprattutto la definizione di “crediti inesistenti”, dove vengono equiparate due situazioni di eterogeneo disvalore: al n.1) sono considerati inesistenti quelli per i quali mancano in tutto o in parte i requisiti oggettivi o soggettivi “specificamente indicati nella disciplina normativa di riferimento”, con rinvio dunque alla normativa tributaria non sempre di agevole decifrazione; al n.2) i crediti per i quali requisiti necessari per la compensazione, stabiliti nel n.1) sono oggetto di rappresentazioni fraudolente attuate con documenti materialmente o ideologicamente falsi, simulazioni o artifici. Non v'è chi non colga la palese incongruenza di una equiparazione di due situazioni completamente differenti. Men che mai risolutiva appare la definizione di crediti “non spettanti”, fondata essenzialmente sulla violazione delle formalità di ammissione alla compensazione o sulla mancanza di “ulteriori elementi o particolari qualità” richiesti per il riconoscimento del credito o in difetto dei prescritti adempimenti amministrativi “previsti a pena di decadenza”. Ed in proposito, non solo sfugge la meritevolezza di pena della compensazione di crediti la cui non spettanza viene così declinata; ma il rinvio alla disciplina e alle formalità contemplate dalla normativa tributaria di settore lascerà invariate tutte le difficoltà ed i dubbi interpretativi che quell'inestricabile ginepraio trascina

¹⁰ R. LUCEV, *La riforma dei reati tributari*, cit., 3 ss.; T. SABBATINI, *La riforma*, cit., 4 ss.

¹¹ Cass. civ., S.U. 11.12. 2023, nn. 34419, 34452 e 344445, in *Guida al Dir.*, 2023, 46; per una tesi opposta, Cass. Pen. Sez. III, 14.10.2023, n. 6; Cass. pen. Sez. V, 10.6.2024, n. 27480.

con sé¹².

Si deve invece apprezzare l'intento del riformatore di dare soluzione al problema, che assai frequentemente si pone nella prassi, del trattamento da riservare ai casi in cui vengano dedotti in compensazione crediti la cui spettanza sia obiettivamente controversa in ragione della particolare tecnicità del presupposto. Infatti, all'ultimo comma viene introdotta una apposita causa di non punibilità per chi porta in compensazione un credito la cui spettanza sia obiettivamente controversa quando, anche per la natura tecnica delle valutazioni, vi sia obiettiva incertezza "in ordine agli specifici elementi o alle particolari qualità che fondano la spettanza del credito". Si tratta di una causa di esclusione della colpevolezza, di non facile decifrazione per chi non abbia dimestichezza ultra-specialistica con questa materia. Ma, comunque, di opportuna introduzione, considerato che l'art. 15 D.Lgs. n. 74 del 2000, di pressoché nulla applicazione nella prassi, riferisce la obiettiva incertezza alla portata e all'ambito di applicazione delle norme tributarie, mentre qui l'incertezza riguarderebbe i presupposti tecnici della applicazione delle norme tributarie (ad esempio, può risultare obiettivamente controverso se una ricerca che ha originato crediti che si vogliono portare in compensazione sia assistita o meno dal requisito della "novità" secondo il c.d. "manuale di Frascati")¹³. Un errore sul precetto di esclusione della punibilità, erroneamente disciplinata come un errore sul precetto, sarebbe da considerare più propriamente come un errore su norma non giuridica extrapenale che dovrebbe ricadere nell'ambito di disciplina dell'art. 47, comma 3 c.p, ed escludere quindi il dolo del fatto. L'art. 15, sancisce invece una presunzione assoluta di inevitabilità di un errore che, concernendo la disciplina tributaria implicitamente (o espressamente) richiamata all'interno della norma incriminatrice, costituisce un errore sul precetto¹⁴. E c'è da scommettere che gli errori per obiettiva incertezza della normativa tributaria cui sarà necessario far riferimento per comprendere la inesistenza o la non spettanza del credito non saranno infrequenti.

6. La non punibilità dell'omesso versamento di ritenute fiscali o iva per impossibilità sopravvenuta incolpevole.

Come già accennato nel paragrafo introduttivo di questo lavoro, uno degli obiettivi principale che la riforma del sistema sanzionatorio penale tributario si prefiggeva era quello di assicurare la non punibilità degli omessi versamenti "per incolpevole impossibilità sopravvenuta" (art. 20, comma 1,

¹² Sul punto, in senso critico sostanzialmente conforme a quello qui espresso, R. LUCEV, *La riforma dei reati tributari*, cit., 3 ss.; T. SABBATINI, *La riforma*, cit., 5 ss.

¹³ R. LUCEV, *La riforma dei reati tributari*, cit., 3 ss.; T. SABBATINI, *La riforma*, cit., 4 ss.

¹⁴ Sul punto, volendo, G. FLORA, *Errore, tentativo, concorso di persone e di reati nella nuova disciplina dei reati tributari*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 697 ss.

lett. b, n. 1 della legge delega).

Problematica che non aveva mai trovato una soddisfacente soluzione nella prassi applicativa. Alle decisioni dei giudici di merito, ispirate essenzialmente a criteri equitativi, ma fondate sugli assunti teorici più disparati e non sempre fondati (in particolare né la forza maggiore, né lo stato di necessità sono correttamente invocabili), si contrapponeva, anche di recente, una sorta di “muro” della giurisprudenza di legittimità, francamente degno di miglior causa¹⁵. Per vero, non solo, si potrebbe fondatamente sostenere che le norme che incriminano gli omessi versamenti contrastano palesemente con l’art. 8 della legge delega del 2014, secondo il quale dovevano essere elevate a reato solo le condotte simulatorie o fraudolente o consistenti nella predisposizione od uso di documenti falsi (vi è un preciso riferimento alla violazione di detti criteri che non avrebbero potuto consentire la criminalizzazione degli omessi versamenti nella sentenza Corte Cost. n. 175 del 2022¹⁶); ma avallarne la punibilità anche di fronte a documentate crisi di liquidità, asserendo che comunque l’erario dovrebbe essere un creditore “più privilegiato degli altri”, è francamente, anche eticamente, inaccettabile.

Il legislatore delegato ha così costruito una fattispecie di non punibilità che non si limita, però, come forse avrebbe potuto fare, a replicare puramente e semplicemente la formulazione della legge delega, ma ne configura gli elementi di tipicità, con effetti tassativizzanti tutti da verificare.

Innanzitutto, definisce le tempistiche della “sopravvenienza” delle cause “non imputabili all’autore”: la causa impeditiva del versamento deve sopravvenire alla effettuazione delle ritenute o

¹⁵ Cassazione civile, sez. VI, 28.09.2020, n. 20389 (“Le sanzioni fiscali devono essere pagate anche in caso di grave crisi aziendale e di non liquidità. A nulla vale che la società in house abbia perso il sostegno degli enti pubblici dai quali è partecipata. L’esimente della forza maggiore per escludere le sanzioni tributarie irrogate a seguito dell’omesso versamento di tributi richiede la sussistenza sia di un elemento oggettivo sia di un elemento soggettivo”); Cass. pen., Sez. III, 03.03.2020, n. 21158 (“le sole difficoltà economiche del contribuente di adempiere l’obbligazione tributaria, sono insufficienti per l’integrazione degli estremi dell’art. 45 c.p. Ne deriva che l’agente deve dimostrare per la deduzione della cd. crisi di liquidità la non imputabilità e l’imprevedibilità del dissesto economico aziendale nonché l’impossibilità di fronteggiare la situazione tramite misure adeguate da valutarsi in concreto”); analogamente, Cass., Pen., Sez. III, 20.06.2019, n. 38482 secondo cui “in tema di omesso versamento i.v.a., l’inadempimento della obbligazione tributaria può essere attribuito a forza maggiore solo quando derivi da fatti non imputabili all’imprenditore a cui egli non abbia potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico. Quindi, se l’omesso versamento è dovuto ad una libera scelta imprenditoriale, non può essere invocata la forza maggiore per escludere la sussistenza del dolo. (Fattispecie in cui l’imputato ha utilizzato il flusso finanziario derivante da una vendita sottocosto di un cespite immobiliare per far fronte alle spese correnti, invece che accantonarlo per il successivo versamento dell’imposta”). O, ancora, Cass. Pen., Sez. III, 14.7.2021, n. 40042, secondo cui l’imputato può invocare l’assoluta impossibilità di adempiere il debito erariale, quale causa di esclusione della responsabilità penale, a condizione che provveda ad assolvere gli oneri di allegazione concernenti sia il profilo della non imputabilità a lui medesimo della crisi economica che ha investito l’azienda, sia l’aspetto della impossibilità di fronteggiare la crisi di liquidità tramite il ricorso a misure idonee, da valutarsi in concreto” con commento di D. COLOMBO, *La crisi di liquidità nei reati di omesso versamento di imposte: due recenti pronunce sulla valenza esimente*, in *DisCrimen*, 11.11.2021.

¹⁶ Corte Cost., 14.07.2022, n. 175 con commento di A. INGRASSIA, *La Corte Costituzionale riscrive il delitto di omesso versamento delle ritenute per garantire la riserva di legge: le prospettive di un paradosso solo apparente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, fasc. 3, 1300 ss.; G. FLORA, “Non avrai altro creditore all’infuori di me!”. *Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *DisCrimen*, 9.11.2020.

alla riscossione dell'iva. Non fa parola di una sua eventuale “imprevedibilità”¹⁷. Due osservazioni in proposito. La prima: la precisazione che la causa ostativa al versamento debba sopravvenire alla “riscossione” dell'iva, implica che il reato in questione presuppone comunque che l'iva sia stata effettivamente pagata dal cessionario del bene o dal fruitore del servizio e non possa configurarsi in caso di fattura semplicemente emessa/iva non riscossa; come invece certa giurisprudenza, sulla base della lettera della norma (iva dovuta in base alla dichiarazione), riteneva¹⁸.

La seconda: la sopravvenienza al momento della “riscossione” sembrerebbe non tener conto che il momento in cui scatta l'obbligo di versamento è ben più lontano di quello della riscossione; momento nel quale il contribuente nemmeno sa se sarà gravato dell'obbligo di versamento, ben potendo risultare a credito o comunque non dover effettuare alcun versamento. Non vorrei che la norma fosse il frutto di un'idea evidentemente dura a morire, ovvero che il contribuente abbia un obbligo di accantonamento che la fattispecie assolutamente non contempla¹⁹. È al momento del versamento, della condotta omissiva tipica che dovrebbe valutarsi la “sopravvenienza” della causa che ne determina la non rimproverabilità all'autore.

In secondo luogo, essa detta gli indici normativi dei quali il giudice “tiene conto” ai fini di effettuare il giudizio di “non imputabilità all'autore” del mancato pagamento: crisi “non transitoria” di liquidità che deve (?) trovare causa nella inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi o per mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di amministrazioni pubbliche e della non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi.

Ebbene, innanzi tutto, non pare che gli indici di non imputabilità dell'omesso pagamento, debbano essere considerati tassativi, nonostante l'apparenza. Si tratta di forme tipicizzate che hanno come comune denominatore la non esigibilità di un comportamento diverso, secondo il noto brocardo *ad impossibilia nemo tenetur* che, prima che una causa di non punibilità, costituisce un limite esegetico implicito di qualsiasi condotta omissiva. Sicché vi potrebbero essere anche altre situazioni di cui si

¹⁷ F. DI VIZIO, *L'irrefrenabile funzionalizzazione riscossiva*, cit., 4.

¹⁸ C. SANTORIELLO, *Revisione sanzioni tributarie*: in *G.U. il D. Lgs. N. 87/2024*, ne *Il Quotidiano Giuridico*, 1.07.2024, p. 2.

¹⁹ G. FLORA, *Non avrai altro creditore all'infuori di me!*, cit., 93 ss.; nonché D. COLOMBO, cit., 2. Ciò che peraltro gli orientamenti più rigorosi della Cassazione esprimevano: v. Cass. Pen., III Sez., 23.01.2018, n. 38594 Rv. 273958 - 01, secondo la quale "in tema di reato di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, l'emissione della fattura, se antecedente al pagamento del corrispettivo, espone il contribuente, per sua scelta, all'obbligo di versare comunque la relativa imposta sicché egli non può dedurre il mancato pagamento della fattura né lo sconto bancario della fattura quale causa di forza maggiore o di mancanza dell'elemento soggettivo"; o ancora, Cass. Pen., III Sez., 24.09.2019, dep. 2020, n. 6506, Rv. 278909 - 01, che afferma "l'omesso versamento dell'IVA dipeso dal mancato incasso per inadempimento contrattuale dei propri clienti non esclude la sussistenza del dolo richiesto dall'art. 10-ter del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, atteso che l'obbligo del predetto versamento prescinde dall'effettiva riscossione 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”.

deve tenere conto, quale, ad esempio, una crisi dei mercati che non consenta di incassare da cessioni di beni o prestazioni di servizi quanto era ragionevolmente presumibile in modo da poter adempiere al dovere di versamento. Come ancora dovrebbe rilevare la sussistenza di un conflitto di doveri tra mantenere la continuità aziendale e i livelli occupazionali o pagare il debito erariale²⁰ che non consente al soggetto gravato di entrambi i doveri di effettuare una scelta libera dai pesanti condizionamenti che quel conflitto determina.

In secondo luogo, se la crisi ha da essere non transitoria risultano integrati gli estremi per poter ricorrere alle procedure contemplate dal codice della crisi e dell'insolvenza, cosicché eventuali pagamenti esporrebbero al rischio di incriminazione per bancarotta preferenziale (art. 322, comma 3 Codice della crisi e dell'insolvenza). Non solo, ma la non transitorietà mal si concilia con una valutazione da effettuare al momento in cui scatta il dovere di adempiere. La dogmatica dell'omissione non è il pezzo forte del legislatore. Anche qui si impone una interpretazione ortopedica.

Resta per vero la consolazione di non vedere replicata nel testo della norma, la tendenza giurisprudenziale a richiedere che il contribuente abbia fatto tutto il possibile, compresa la vendita dei propri beni, per mettersi nelle condizioni di adempiere²¹.

Peraltro, lo *ius superveniens* sembra aver gettato il seme che ha fatto germogliare alcuni timidi, positivi segnali di apertura della giurisprudenza di legittimità che, pur senza addentrarsi nelle questioni circa la natura di norma di favore dell'art. 13 co. 3 bis e della sua applicabilità retroattiva²², sembra finalmente voler ampliare l'angusto e delimitato perimetro della valenza esimente della crisi di liquidità²³.

²⁰ V., ancora, G. FLORA, “Non avrai altro creditore all'infuori di me!”, cit., 8, che cita anche Cass., Sez. III, 5.06.2019 – 16.10.2019 n. 42522, relativa al caso di un imprenditore che aveva dato la precedenza a pagamenti in grado di assicurare la continuità aziendale rispetto al pagamento del debito IVA.

²¹ Secondo F. DI VIZIO, *op. cit.*, invece, ancora si dovrebbe pretendere che egli faccia di tutto, ivi compreso il ricorso al credito bancario, visto che si tratta di soggetto “*che si è arricchito di risorse destinate all'erario*”, confondendo ancora una volta un reato di omesso pagamento con un reato assimilabile alla appropriazione indebita.

²² A. NATALINI, *Commento a Cass. Pen., Sez. III, 15/7/2024, n. 30532*, in *IUS Tributario on line*.

²³ In senso ampiamente liberatorio, si segnala la sentenza dell'11 novembre 2024, n. 41238 che accogliendo il ricorso del legale rappresentante di una società condannato per omesso versamento dell'IVA ha affermato che non può essere chiamato a rispondere del reato di omesso versamento IVA chi non ha riscosso l'importo delle fatture emesse o chi si trovi nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, non essendogli imputabile la causa del debito con l'Erario (“Ad avviso di questo collegio la necessità che impone di tenere adeguato conto delle deduzioni difensive concernenti la concreta impossibilità di far fronte ai versamenti dovuti, trova ormai un' importante riscontro nel diritto positivo per il recente D.lgs n. 87 del 14/06/2024 intervenendo sull' art. 13 n.74 del 2000, ha introdotto un' ulteriore causa di non punibilità, se il fatto dipende da cause non imputabili all' attore sopravvenute, rispettivamente all' effettuazione delle ritenute o all' incasso dell' imposta sul valore aggiunto, il giudice tiene conto della crisi non transitoria di liquidità dovuta all'inesigibilità per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi o al mancato pagamento da parte di amministrazioni pubbliche e della non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi”).

7. *L'estensione ai reati tributari della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto.*

La riforma introduce nel corpo del D. lgs n.74 del 2000 una nuova causa speciale di non punibilità che non trova espresso riscontro nella legge delega; a meno che la si voglia ricondurre ad una esigenza di “razionalizzazione del sistema sanzionatorio amministrativo e penale” (art. 20, comma 1, lett. a) n. 1 della delega), posto che nella prassi giurisprudenziale già si era manifestata la tendenza a riconoscere la applicabilità della “particolare tenuità del fatto”, contemplata dall’art. 131-bis c.p. anche ai reati tributari, sia pure in casi assai limitati. Infatti, posto che la gran parte degli illeciti penali tributari si caratterizza per il superamento di soglie quantitative di evasione, si aveva ragione di ritenere che, una volta scavalcata la soglia, non vi fosse spazio per valutazioni di “particolare tenuità”. Sennonché in caso di minimi scostamenti si poteva al contrario pensare che ci si trovasse in presenza di fatti collocabili in quell’area occupata dal limite inferiore di tipicità che, in base al criterio della sanzione penale come *extrema ratio*, ben potevano giudicarsi non bisognosi di sanzione penale.

Il legislatore delegato è così intervenuto a convalidare espressamente questa linea interpretativa, inserendo nell’art. 13, un comma *3-ter* nel quale ha dettato gli indici di “particolare tenuità del fatto di cui all’art. 131-bis del Codice penale” dei quali il giudice deve tenere conto ai fini del riconoscimento della non punibilità dei reati tributari, ovvero, *ratione loci*, tutti quelli previsti dal d. lgs. n. 74 del 2000. Premesso che questa causa di non punibilità sembra destinata a valere per tutte le fattispecie penali tributarie contemplate dal nuovo testo del d.lgs. n. 74 del 2000 e non solo per i delitti riscossivi, è pacifico che essa trovi applicazione (anche e a maggior ragione) per i delitti di omesso versamento. Autorevole opinione ritiene invece che questa causa di non punibilità debba trovare applicazione **solo** per i delitti “riscossivi” (10-bis e 10-ter), ma nessun elemento né testuale, né sistematico, autorizza, ad avviso di chi scrive, una tale limitazione. L’unica limitazione può discendere, come si vedrà, dai limiti di pena previsti in generale dall’art. 131-bis c.p., ampiamente soddisfatto dai reati di omesso versamento.

Infatti, il richiamo espresso alla causa di non punibilità contenuta nel Codice penale ne recepisce implicitamente tutti i presupposti applicativi, occupandosi la norma esclusivamente di dettare gli indici della tenuità. Quindi essa troverà applicazione solo per i reati tributari puniti con pena edittale non superiore nel minimo a due anni, per la cui determinazione dovrà però tenersi conto anche delle attenuanti ad effetto speciale (art.131-bis, comma 5 c.p.), quale quella contemplata dal “nuovo” (ma anche dal “vecchio”, pur se meno favorevole quanto ai tempi di estinzione del debito), art. 13-bis (diminuzione fino alla metà). E solo qualora non ci si trovi in presenza di un comportamento abituale; cosicché si riproporrà la questione della applicabilità al caso di più reati tributari uniti dal vincolo della continuazione che dovrebbe però trovare soluzione positiva. Infatti, il reato continuato va considerato

come unico o plurimo a seconda delle conseguenze più favorevoli e comunque come unico ai fini del trattamento sanzionatorio nel quale non può non ricomprendersi anche la applicazione di una causa di non punibilità.

Come poi si evince inequivocabilmente dal testo della norma, il giudice è chiamato ad effettuare una valutazione tenendo conto di “uno o più” dei seguenti indici: l’ entità dello scostamento dell’evasione rispetto alla soglia di punibilità; l’avvenuto pagamento integrale del debito in base al piano di rateizzazione concordato con l’amministrazione finanziaria che – ovviamente- non integri i presupposti della non punibilità dei reati di omesso versamento ai sensi del primo comma dello stesso art. 13 (integrale pagamento nei termini e tempi ivi contemplati); l’entità del debito residuo in fase di estinzione mediante rateazione; la situazione di crisi così come descritta nell’art. 2 del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza .

Innanzitutto, se il giudice è chiamato a prendere in considerazione “uno o più” di questi indici, significa che già in base ad uno solo egli potrà valutare la sussistenza della particolare tenuità, come, ad esempio (e verosimilmente ciò accadrà nella maggior parte dei casi), il minimo superamento della soglia di rilevanza penale. Ma potrà anche accadere che possa tenere in considerazione anche uno scostamento non proprio minimo, compensato però dal successivo pagamento integrale del debito rateizzato, oppure dalla impossibilità sopravvenuta del pagamento rateizzato per il sopraggiungere dello stato di crisi o del minimo superamento della rediviva soglia di punibilità (i settantacinquemila o cinquantamila euro di cui fanno parola nuovi articoli 10-bis e 10-ter) in caso di perdita del beneficio della rateizzazione per il pagamento del debito di cui si è omesso il pagamento.

Insomma, nonostante il tentativo, lodevole, di fornire al giudice una guida più stringente per la valutazione della particolare tenuità, il giudizio rimane pur sempre discrezionale e, ancora una volta, solo dalle prime applicazioni si comprenderà se il legislatore abbia fatto buon uso della “sua” discrezionalità.

8. Le modifiche in tema di sequestro preventivo in funzione di confisca.

Le modifiche introdotte in tema di confisca sono diretta conseguenza della attuazione del criterio direttivo della delega contenuto nell’art. 20, comma 1, lett. b, n.3 secondo il quale, nel rivedere i rapporti tra processo penale e procedimento tributario si sarebbe dovuto provvedere all’adeguamento dei profili sostanziali e processuali connessi alle ipotesi di non punibilità o di applicazione di attenuanti all’effettiva durata dei piani di estinzione dei debiti tributari “anche nella fase antecedente all’esercizio dell’azione penale”. Il riferimento ad interventi normativi che avessero riguardo anche alla fase delle indagini preliminari in funzione della agevolazione della estinzione del debito fiscale mediante rateizzazione è stato raccolto dal legislatore delegato che si è ripromesso di incidere sui provvedimenti

di sequestro preventivo in funzione di confisca che, nella prassi, costituiscono notoriamente ostacolo, spesso insormontabile, al pagamento. È stato così introdotto un secondo comma all'art. 12-*bis*²⁴. La lettura che ne deve essere data è quella secondo la quale il sequestro preventivo in funzione di confisca, qualora il debito sia in corso di estinzione mediante rateizzazione, nella misura determinata “anche a seguito di procedure conciliative o di accertamento con adesione” ed il contribuente sia in regola con i pagamenti, **non deve essere disposto**. Solo **eccezionalmente** se vi è pericolo concreto di dispersione della garanzia patrimoniale desunta dalle condizioni reddituali, patrimoniali o finanziarie “del reo”²⁵, anche tenendo conto della gravità del reato, il sequestro può essere disposto. Insomma, ancorché la costruzione sintattica possa far sembrare il contrario, il sequestro preventivo, in presenza dei presupposti descritti, non può essere disposto. Questa è la regola. Il sequestro è l'eccezione. E, per vero, la costruzione così articolata (sintomatica l'espressione “reo”, anziché “contribuente”) è verosimilmente frutto di una sorta di ossessione per le proprietà taumaturgiche del sequestro preventivo, di un ingiustificato *horror vacui* di cui è rimasto vittima il legislatore. Non si è infatti considerato che l'ammontare delle somme da pagare a seguito di accertamento con adesione è frutto di un contraddittorio con l'Agenzia delle Entrate il cui esito deve essere congruamente motivato e non v'è poi ragione di ritenere che l'Agenzia, ammettendo alla rateizzazione, non abbia compiuto adeguate valutazioni sulla affidabilità del contribuente, sul cui giudizio certo incide anche la gravità del reato. Ma tant'è.

Non v'è più traccia, infine, dell'accento contenuto nel precedente testo, alla possibilità di procedere comunque alla confisca e quindi al previo sequestro in caso di interruzione dei pagamenti, con conseguente perdita del “beneficio” della rateizzazione²⁶. Si potrebbe peraltro facilmente profetizzare che potrebbe “rivivere” la ammissibilità del sequestro in ragione del pericolo di dispersione della garanzia patrimoniale la cui concretezza andrebbe però accertata rigorosamente.

9. Le novità in tema di rapporti tra procedimento penale e procedimento tributari

La delega si proponeva anche di rivedere gli assetti dei rapporti tra procedimento penale e procedimento tributario (art. 20, comma 1, lett. a, n. 3). Come è noto, al contrario di quanto prevedeva la l. n. 216 del 1982, il cui art. 12 sanciva che la sentenza penale definitiva di assoluzione o di condanna, pronunciata a seguito di “giudizio”, facesse stato nel procedimento tributario, il D. Lgs. n. 74 del 2000, ha invece disposto che procedimento penale e procedimento tributario amministrativo, pur con qualche

²⁴ Per una approfondita analisi, T. SABBATINI, *La riforma*, cit., 13 ss.

²⁵ Termine che andrebbe sostituito con quello di “contribuente”, perché non vi può essere nessun “reo” quando il risultato finale del pagamento sarà la non punibilità.

²⁶ Lo fa rilevare T. SABBATINI, *La riforma*, cit., 16.

correttivo, si sviluppessero “ognuno per conto proprio” (artt.20 e 21). L’intervento riformatore ha inciso su due piani: quello del conferimento di efficacia di giudicato nel procedimento tributario alla sentenza di assoluzione “perché il fatto non sussiste o l’imputato non lo ha commesso” quanto ai fatti materiali accertati in sede dibattimentale nel processo penale; quello dell’adeguamento dei profili penali sostanziali e processuali connessi alle ipotesi di non punibilità o all’applicazione di circostanze attenuanti all’effettiva durata dei piani di estinzione dei debiti tributari anche nella fase antecedente all’esercizio dell’azione penale.

Quanto al primo piano, la precedente normativa prevedeva infatti che ciascun procedimento seguisse il suo corso (art. 20, D. Lgs. n. 74/2000), anche se il successivo art. 21, comma 2 regolava i casi della eseguibilità delle sanzioni amministrative in caso di archiviazione, o sentenza irrevocabile di assoluzione o proscioglimento con formula che escludesse la rilevanza penale del fatto. Ora invece si stabilisce la rilevanza, già all’interno del processo tributario, della sentenza irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l’imputato non lo ha commesso quando ha ad oggetto gli stessi fatti materiali. La riforma, in conformità alla delega, non distingue, né correttamente potrebbe, tra assoluzione ai sensi del primo o del secondo comma dell’art. 530 c.p.p. (opportunamente nemmeno citato nel testo), stante la piena equivalenza delle due formule anche ai fini extrapenali (Cass. Civ. 5 luglio 2022, n. 27130). La norma sancisce altresì la possibilità che la sentenza penale definitiva di assoluzione possa essere depositata anche nei giudizi tributari dinanzi alla Corte di cassazione, fino a quindici giorni prima dell’udienza o della adunanza in camera di consiglio.

La ragione sta, ovviamente, nelle maggiori garanzie che sul piano probatorio sono apparesentate nel processo penale rispetto a quelle tipiche del processo tributario il quale, nonostante qualche timida apertura alla prova testimoniale, ancora conosce la prova per presunzioni, anche “semplici” e addirittura prive dei caratteri di gravità, precisione e concordanza. La limitazione all’esito dibattimentale, con esclusione di quanto accertato nel giudizio abbreviato non pare sinceramente del tutto ragionevole, anche perché le regole probatorie del giudizio abbreviato e del dibattimento sono le stesse. Lo sbarramento della delega potrebbe essere superato unicamente con la proposizione di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. Certo nella prassi non potrà non tenersi conto, nel procedimento tributario, e fin dall’inizio, delle sentenze di tale tenore emesse anche a seguito di giudizio abbreviato o in sede di udienza preliminare e anche dei decreti di archiviazione (si potrebbe quasi dire “a maggior ragione”)²⁷.

Sul punto dei rapporti tra processo tributario e processo penale, la delega voleva palesemente

²⁷ Per l’irragionevolezza della esclusione delle sentenze assolutorie pronunciate a seguito di giudizio abbreviato, delle sentenze di proscioglimento in udienza preliminare e dei decreti di archiviazione, R. LUCEV, *La riforma*, cit., 8-9; T. SABBATINI, *La riforma*, cit., 22.

incentivare le procedure “conciliative” tra fisco e contribuente (per es.: accertamento con adesione) che normalmente portano ad un abbattimento della pretesa tributaria così da far eventualmente il *quantum* di evasione “concordato” al di sotto dei limiti di rilevanza penale. Siccome nella prassi applicativa questa conseguenza non era pacifica, la riforma ha conformemente stabilito, all’art. 20, comma 1-*bis* che gli atti di definitivo accertamento delle imposte in sede amministrativa, relativi ai medesimi fatti posti a base dell’esercizio dell’azione penale possano essere acquisiti nel processo penale ai fini della prova del fatto. Si potrebbe obiettare che l’istituzione di un tale vincolo potrebbe tradursi nella introduzione di una “prova legale” del fatto in sede penale, contraria al principio del “libero convincimento”. Tuttavia, la formulazione testuale (“possono essere acquisiti a fine di prova”) sembra lasciare al giudice penale un certo qual margine di apprezzamento consentendogli di discostarsi dagli esiti delle procedure conciliative in presenza di elementi di prova in grado di smentirli con certezza. Va poi rilevato che il riferimento ai “fatti posti a base dell’esercizio dell’azione penale” non sembra tuttavia ostativo al riconoscimento dei risultati raggiunti in sede amministrativa anche prima di tale momento e possano pertanto, per esempio, essere posti a base di una definizione del procedimento penale nelle forme del “patteggiamento” in fase di indagini preliminari (art. 447 c.p.p.).

Infine, come è stato osservato²⁸, la nuova norma potrebbe costituire un ostacolo al transito nel processo penale di atti privi del carattere della definitività e fondati su presunzioni semplici confliggenti palesemente con le regole probatorie che governano il processo penale.

²⁸ T. SABBATINI, *La riforma*, cit., 20-21.

SAGGI E APPROFONDIMENTI

Ddl Nordio e Traffico di influenze illecite: un'occasione mancata?di **Filippo Cacciola****Avvocato del foro di Milano****I. PREMESSA.**

Il delitto di traffico di influenze illecite *ex art. 346-bis c.p.*, come noto, è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge n. 190 del 6 novembre 2012 (c.d. “legge Severino”), al fine di punire quelle condotte prodromiche all’accordo corruttivo o comunque distorsive dell’esercizio delle funzioni pubbliche, reputate di per sé lesive dell’imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione

¹.La scelta del legislatore del 2012 di inserire nel codice penale la fattispecie incriminatrice *de qua* è stata fortemente influenzata dalle sollecitazioni internazionali pattizie – si badi, non si trattò di obblighi internazionali di criminalizzazione, come spesso viene erroneamente sostenuto – quali la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d’Europa del 1999 (art. 12) e la Convenzione sulla lotta alla corruzione dell’Onu del 2003 (art. 18). Entrambe le Convenzioni appena citate sono state ratificate dall’Italia, rispettivamente, la prima nel 2012 e la seconda nel 2009². Il reato in parola è stato poi profondamente riformato dalla legge n. 3 del 9 gennaio 2019 (c.d. “legge spazzacorrotti”), promossa dall’allora Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede, la quale, per un verso, ha ampliato in modo considerevole il perimetro applicativo della norma e, per altro verso, ha reso ancora più evanescenti i contorni della stessa fattispecie criminosa³. Difatti, con l’intervento

¹ Sul traffico di influenze illecite introdotto dalla legge Severino si veda, F. CINGARI, *Sul traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 479 ss.; F. CONSULICH, *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, in C.F. GROSSO, M. PELLISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 622 ss.; G. LOSAPPIO, *Millantato credito e traffico di influenze illecite. Rapporti diacronici e sincronici*, in *Cass. pen.*, 2015, 1036 ss.; G. MARRA, *Traffico di influenze illecite*, in *Dig. Pen.*, Agg. XI, Torino, 2018, 878 ss.; I. MERENDA, *Traffico di influenze illecite e millantato credito nel senso della continuità? Alcune osservazioni critiche*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, 646 ss.; P. PISA, *Il “nuovo” delitto di traffico di influenze*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 8, 33 ss.; M. ROMANO, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1397 ss.; S. SEMINARA, *sub art. 346 bis c.p.*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2017, 1134 ss.; P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 7 ss.

² V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell’ordinamento italiano dopo la legge “spazzacorrotti”: questioni interpretative e persistenti necessità di riforma*, in S. GIAVAZZI, V. MONGILLO, P.L. PETRILLO (a cura di), *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Torino, 2019, 267 ss.

³ Sulla riforma del traffico di influenze illecite operata dalla c.d. legge spazzacorrotti si veda, A. DE VITA, *La nuova legge*

riformatore sono stati espunti dalla tipicità tutti i principali contrassegni selettivi. Da una parte, è stato eliminato dal testo della norma l'inciso «*in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*» e, dall'altra parte, è venuta meno la natura necessariamente “patrimoniale” del vantaggio dato o promesso al venditore di influenza. Inoltre, la novella ha esteso il raggio operativo della fattispecie anche agli accordi finalizzati ad influenzare un pubblico ufficiale straniero o altro soggetto menzionato nell'art. 322-bis c.p. Sul versante sanzionatorio, la legge spazzacorrotti ha innalzato il massimo edittale della pena prevista per la fattispecie delittuosa in esame portandolo a quattro anni e sei mesi (nella versione del 2012 era comminata la pena della reclusione fino a tre anni). Con la medesima novella del 2019 le condotte previste dal delitto di millantato credito di cui al vecchio articolo 346 c.p. - fattispecie abrogata dalla stessa legge spazzacorrotti⁴ - sono state ricomprese nella previsione normativa di cui all'art. 346-bis c.p.⁵. Sul punto, preme evidenziare che il contrasto sorto in giurisprudenza circa la sussistenza di una continuità normativa tra il reato di millantato credito, di cui all'art. 346 c.p., comma secondo, e quello di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis c.p. è stato sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite Penali. La Suprema Corte ha adottato una soluzione negativa in merito alla questione di diritto sottopostale, nel senso di ritenere esclusa la continuità normativa tra le suddette fattispecie incriminatrici. Invero, il giudice della nomofilachia ha statuito che “*le condotte, già integranti gli estremi dell’abolito reato di cui all’art. 346, secondo comma, cod. pen., potevano, e tuttora possono, configurare gli estremi del reato di truffa (in passato astrattamente concorrente con quello di millantato credito corruttivo), purché siano formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi della relativa diversa fattispecie incriminatrice*”⁶. Non può che esprimersi un giudizio positivo sulla decisione adottata dalla Corte, in quanto orientata al pieno rispetto del principio di offensività: sono punibili ai sensi dell'art 346-bis c.p. solo quelle condotte effettivamente offensive dei beni giuridici tutelati dalla norma medesima, ovverosia il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Viceversa, la condotta di chi dà o promette un'utilità indebita a chi millanta artificiosamente

anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3, in Proc. pen. giust., 2019, 947 ss.; M. GAMBARDILLA, *Considerazioni sull'inasprimento della pena per il delitto di traffico di influenze illecite nel Disegno di Legge Bonafede*, in *Cass. pen.*, 11, 2018, 3585; V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano dopo la legge “spazzacorrotti”: questioni interpretative e persistenti necessità di riforma*, in S. GIAVAZZI, V. MONGILLO, P.L. PETRILLO (a cura di), *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Torino, 2019, 265 ss. cit.; C. CUCINOTTA, *Il reato di traffico di influenze illecite*, in R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione: commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Torino, 2022, 157 ss.

⁴ Art. 1, comma 1, lett. s), della legge n. 3 del 9 gennaio 2019.

⁵ Per una chiara disamina, F. CONSULICH, *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, in C.F. GROSSO, M. PELLISERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 622 ss. cit.; G. LOSAPPIO, *Millantato credito e traffico di influenze illecite. Rapporti diacronici e sincronici*, in *Cass. pen.*, 2015, 1046 ss., cit.

⁶ Cass. pen., S.U., 15.05.2024, n. 19357.

capacità di influenza inesistenti, non offende, neppure in termini prodromici, i summenzionati beni giuridici⁷. Ciò brevemente premesso sull'origine e l'evoluzione del delitto di traffico di influenze illecite, non vi è chi non veda come lo spirito e le ragioni sottese alle soluzioni legislative varate nel 2012 e nel 2019 in relazione alla fattispecie delittuosa in esame siano sostanzialmente antitetici. Da una parte, la legge Severino, introdotta con la chiara finalità di colmare una lacuna punitiva esistente nel nostro ordinamento, ha inteso scongiurare il rischio di una criminalizzazione eccessiva ed irragionevole dell'attività di *lobbying*. Dall'altra parte, invece, il legislatore del 2019 – forse strizzando l'occhio alle spinte populiste e giustizialiste del tempo – attraverso l'introduzione di elementi di semplificazione probatoria ha determinato un ampliamento indiscriminato del raggio operativo del reato *ex art. 346-bis c.p.*⁸. In questo quadro normativo, caratterizzato da un *deficit* di tassatività che pone seri dubbi di costituzionalità per violazione dell'art. 25, comma secondo, della Costituzione e, al tempo stesso, orfano di una regolamentazione dell'attività lobbistica a tutti i livelli del processo decisionale pubblico, si inserisce il disegno di legge n. S. 808 (c.d. DDL Nordio), già approvato dal Senato in data 13 febbraio 2024 e giunto alla camera il 24 giugno scorso per l'approvazione definitiva.

II. IL PROGETTO DI RIFORMA DELL'ART. 346-BIS C.P.

Prima di procedere con l'analisi delle proposte di modifica contenute nel DDL Nordio in relazione al reato di traffico di influenze illecite occorre fare una – ulteriore – premessa. Secondo gli esponenti dell'attuale maggioranza di Governo, l'intervento riformatore imprimerebbe una svolta di natura garantista alla politica criminale italiana, la quale, oramai da molti anni, avrebbe conosciuto uno scivolamento verso i lidi della legislazione emergenziale e del c.d. populismo penale, in particolare nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione. Invero, con riferimento alle proposte di modifica dell'art 346-*bis* c.p., la relazione illustrativa del disegno di legge chiarisce che lo scopo perseguito è proprio quello di meglio precisare alcuni elementi del reato, confermandone così la natura di fattispecie “avamposto” rispetto alle fattispecie corruttive, posta a tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione⁹. A tale proposito, preme, sin da subito, evidenziare

⁷ Sul punto, preme richiamare l'orientamento giurisprudenziale citato nella dalle Sezioni Unite, secondo il quale la formula «vantando [...] relazioni asserite», di cui al vigente art. 346-*bis* c.p., va interpretata restrittivamente, nel senso di escluderne l'operatività ogniqualvolta “*il sedicente mediatore prospetta l'eventualità della corruzione soltanto per indurre il privato a consegnargli il denaro e ottenere un indebito vantaggio patrimoniale [...] vicende che non sono nemmeno astrattamente idonee a pregiudicare l'imparzialità e il buon andamento della P.A. e [che], dunque, [sono] inoffensive dell'interesse giuridico tutelato dall'art. 346-bis cod. pen.*” (Cass. pen., sez. VI, 15.09.2023, n. 47671).

⁸ Sul tema, V. MONGILLO, *il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile*, in *Sistema Penale*, 2022, 7 ss.

⁹ Relazione illustrativa D.d.l. n. S. 808 (Nordio).

che, sebbene nella proposta di riforma sussistano alcuni spunti certamente condivisibili, in assenza di una regolamentazione dell'attività di *lobbying*, i profili di indeterminatezza ed incertezza della disposizione in esame appaiono insuperabili. Il DDL Nordio intende intervenire sull'art. 346-*bis* c.p. su diversi fronti. In particolare, e passandoli in rassegna schematicamente e per punti:

- **sfruttamento intenzionale delle relazioni** – l'introduzione nell'enunciato dell'avverbio "intenzionalmente" per circoscrivere il perimetro di operatività della norma alle sole condotte caratterizzate dal dolo intenzionale appare pleonastico. Ciò, in quanto si tratta di una fattispecie in cui la condotta è già caratterizzata dalla volontà di sfruttare una relazione esistente per farsi dare o promettere indebitamente un'utilità, e la formulazione della norma esclude già sul piano della tipicità le forme di dolo meno intense: dolo diretto e dolo eventuale;
- **relazioni effettivamente esistenti** – l'esclusione della millanteria dal traffico di influenze illecite è una scelta certamente condivisibile, in quanto espunge dal perimetro normativo quei comportamenti che non recano alcuna offesa ai beni giuridici tutelati dall'art 346-*bis* c.p. che sono il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Le condotte del vecchio millantato credito poste in essere dal "venditore di fumo" – ossia da colui il quale si fa dare o promettere un'utilità indebita millantando artificiosamente capacità di influenza inesistenti – potranno semmai integrare gli estremi del delitto di truffa *ex art.* 640 c.p.

Pertanto, in queste ipotesi, il committente non sarà più punibile come concorrente necessario del trafficante, ma rivestirà, ove sussistano tutti gli elementi costitutivi del reato di truffa, la qualifica di persona offesa.

Occorre tuttavia evidenziare che il delitto di truffa, a seguito della Riforma Cartabia, è divenuto un delitto perseguibile a querela di parte. Appare dunque inverosimile che la persona offesa decida di esercitare il proprio diritto di querela, poiché così facendo sarebbe tenuta a manifestare all'autorità il suo intento illecito.

Da ultimo, vale la pena sottolineare che la scelta del Legislatore di escludere la rilevanza *ex art* 346-*bis* c.p. delle relazioni meramente asserite con il funzionario pubblico trova anche il pieno sostegno delle Sezioni Unite¹⁰, le quali – come già anticipato sopra – si sono di recente pronunciate sulla questione;

- **denaro o altra utilità economica** – l'aggiunta dell'attributo "economica" riferito all'utilità corrisposta o promessa al mediatore per remunerare l'agente pubblico ovvero per indurlo a compiere l'atto illegittimo comporterebbe un significativo restringimento dell'ambito di operatività della norma, in quanto verrebbe esclusa la rilevanza penale delle promesse/dazioni non

¹⁰ Cass. pen., S.U., 15.05.2024, n. 19357, cit.

aventi natura strettamente patrimoniale. Detta proposta di modifica desta non poche perplessità - anche - in relazione alle ipotesi corruttive (rispetto alle quali l'art. 346-bis c.p. ha una funzione anticipatrice di tutela) per le quali assume rilevanza qualsiasi utilità anche non necessariamente economica, finanche le prestazioni sessuali¹¹.

Inoltre, una siffatta soluzione contrasterebbe, sia con la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 e con la Convenzione sulla lotta alla corruzione dell'Onu del 2003, già citate, le quali fanno riferimento a “*any undue advantage*”; sia con la recente proposta di direttiva europea di lotta alla corruzione nell'ambito della quale, all'art. 10, viene fatto chiaro riferimento ad “*an undue advantage of any kind*”;

- **mediazione gratuita e mediazione onerosa** – anzitutto, giova evidenziare che nel disegno di legge è stato invertito l'ordine delle due sotto-fattispecie rispetto al testo vigente: prima la c.d. mediazione gratuita, poi quella onerosa. Le ragioni di questa scelta vanno con ogni probabilità individuate nella volontà del Legislatore di far risaltare il collegamento fra la definizione di mediazione illecita di cui al nuovo secondo comma e la mediazione onerosa. La nozione di illiceità, infatti, si riferisce esclusivamente alla mediazione onerosa.

Con riferimento alla mediazione gratuita, il testo della norma rimane pressoché invariato, in quanto diretto a disciplinare le ipotesi di dazione/promessa del privato al trafficante di influenze affinché questi provveda a remunerare il pubblico agente. Tuttavia, viene eliminato dall'enunciato il riferimento ai “poteri” del soggetto pubblico. Si tratta di una modifica non condivisibile, in quanto l'attuale richiamo all'esercizio delle funzioni o dei poteri è dovuto al fatto che i soggetti destinatari della remunerazione non sono soltanto i pubblici ufficiali, ma anche gli incaricati di pubblico servizio che non esercitano funzioni: posseggono, appunto, poteri.

Le maggiori novità introdotte dal DDL Nordio riguardano senza dubbio la mediazione onerosa, in quanto il principale obiettivo perseguito dal Legislatore sarebbe proprio quello di colmare il *deficit* di tassatività e determinatezza che caratterizza l'articolo vigente.

Nondimeno, il Legislatore, piuttosto che intraprendere la strada certamente più difficile – ma al tempo stesso l'unica veramente risolutiva – della regolamentazione dell'attività lobbistica ha preferito riprodurre quasi pedissequamente la nozione di mediazione illecita offerta dalla Suprema Corte, vale a dire quella finalizzata a «*indurre il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico*

¹¹ Cass, pen., sez. VI, 13.11.2015, n. 48920.

servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-bis a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito»¹².

In altre parole, per definire il *quid consistam* della mediazione illecita, il Legislatore si è limitato a recepire nel precetto l'interpretazione offerta dalla Corte di Cassazione, secondo cui la mediazione onerosa è rilevante ai sensi dell'art 346-bis c.p. allorquando sussistano tre requisiti concomitanti: *i*) il pubblico agente commetta un atto contrario ai doveri d'ufficio; *ii*) l'atto posto in essere dal soggetto pubblico integri una fattispecie incriminatrice; *iii*) dal predetto atto derivi un vantaggio indebito per il committente.

I profili di criticità di tale scelta sono evidenti: una siffatta formulazione dell'art. 346-bis c.p., infatti, escluderebbe dall'area del penalmente rilevante quelle mediazioni onerose finalizzate alla corruzione impropria (*ex art. 318 c.p.*).

Infine, occorre fare una precisazione: l'interpretazione offerta dalla Suprema Corte circa il significato da attribuire alla nozione di “mediazione illecita” riguardava perlopiù ipotesi di mediazioni onerose finalizzate alla commissione di fatti sussumibili nel delitto di abuso d'ufficio *ex art 323 c.p.* Ciò posto, sotto il profilo sistematico, appare piuttosto singolare che il Legislatore decida di tipizzare la mediazione illecita sul modello di mediazione onerosa indirizzata all'abuso d'ufficio e, al tempo stesso, scelga di abrogare il reato di cui all'art. 323 c.p.

Invero, vale la pena evidenziare che in caso di approvazione delle proposte di riforma summenzionate non saranno più punibili quelle mediazioni onerose dirette all'abuso d'ufficio da parte del funzionario pubblico, in quanto non integrerebbero appunto alcuna ipotesi delittuosa;

- **trattamento sanzionatorio** – il DDL Nordio prevede delle modifiche anche in punto di pena, elevando il minimo edittale da un anno ad un anno e sei mesi di reclusione. Tale inasprimento del trattamento sanzionatorio viene motivato, nella relazione illustrativa, quale conseguenza della riduzione dell'ambito applicativo della fattispecie delittuosa di cui all'art. 346-bis c.p.

In realtà, la modifica introdotta sul versante sanzionatorio sembra avere una valenza meramente simbolica. Piuttosto, avrebbe certamente avuto maggior impatto sul piano operativo prevedere un aumento di pena del massimo edittale innalzandolo a cinque anni con l'effetto di rendere possibile l'utilizzo dello strumento investigativo delle intercettazioni telefoniche e ambientali: mezzi molto utili per contrastare fenomeni come quello che ci occupa, caratterizzati da un'elevata cifra oscura;

¹² Vedi sul punto Cass. pen., sez. VI, 9.11.2021, n. 40518, nonché Cass. pen., sez. VI, 14.10.2021, n. 1182.

- **circostanze** – l’art. 1, comma primo, lettera c) del DDL Nordio prevede l’inserimento dell’art. 346-*bis* c.p. nel catalogo dei reati per i quali sono applicabili le attenuanti di cui all’art. 323-*bis*, comma primo e secondo, c.p.

Se, da una parte, la circostanza attenuante di cui al primo comma dell’art. 323-*bis* avrà un effetto meramente topografico - stante la contestuale soppressione dell’ultimo comma del vigente art. 346-*bis* c.p. - dall’altra parte, la scelta di estendere al delitto di traffico di influenze illecite la circostanza attenuante di cui al secondo comma dell’art. 323-*bis* c.p. rappresenta una novità certamente condivisibile, in quanto consentirà all’autore del reato di beneficiare di una significativa riduzione di pena in caso di comportamenti collaborativi.

Parimenti, è apprezzabile la modifica introdotta dall’art. 1, comma primo, lettera d) del disegno di legge, con la quale si intende estendere l’ambito di operatività della causa di non punibilità prevista dall’art. 323-*ter*, primo comma, c.p. anche al delitto di traffico di influenza illecite. Si tratta di una scelta peraltro coerente con la stessa *ratio legis* dell’art. 323-*ter* c.p., introdotto dalla legge Spazzacorrotti, il cui obiettivo è proprio quello di far emergere quei reati che spesso rimangono sottotraccia¹³.

III. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Le intenzioni manifestate dal legislatore nella Relazione illustrativa del DDL Nordio, nel senso di voler “*meglio precisare alcuni elementi del reato*”¹⁴ di cui all’art. 346-*bis* c.p., sono certamente condivisibili: da una parte, verrebbe colmato il *deficit* di determinatezza che caratterizza l’attuale testo di legge; dall’altra parte, una maggiore definizione dei contorni della fattispecie potrebbe rappresentare un deterrente alla tendenza, sempre più diffusa nella magistratura inquirente, di qualificare come ipotesi di concorso nel reato di corruzione fatti che, al più, integrerebbero il reato di traffico di influenze illecite. Tuttavia, non ci si può esimere dal rilevare che il problema della carente tassatività e precisione della fattispecie incriminatrice *de qua* non dovrebbe essere risolto agitando lo strumento penale, il quale, come è noto, oltre a dover essere l’*extrema ratio* del sistema, è deputato semmai a colpirne i soli risvolti patologici.

Per riempire di contenuto il delitto di traffico di influenze illecite non è sufficiente – anzi, per certi versi è addirittura dannoso e controproducente – un intervento mirato sulla fattispecie incriminatrice di cui all’art. 346-*bis* c.p. Piuttosto, appare indispensabile far ricorso ad una

¹³ In questo senso, R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, 8.

¹⁴ Relazione illustrativa D.d.l. n. S. 808 (Nordio) cit.

regolamentazione di tipo amministrativo, organica e proporzionata, dell'attività di *lobbying*, che possa distinguere in modo chiaro la partecipazione fisiologica dei portatori di interessi particolari dalle forme patologiche di ingerenza nelle decisioni pubbliche¹⁵.

In assenza di una regolamentazione extra-penale in grado di fissare con sufficiente precisione i confini di liceità dell'attività lobbistica, infatti, il concetto di mediazione illecita presente nella fattispecie penale, nonostante gli sforzi del Legislatore, finirebbe per restare assolutamente indeterminato, con l'effetto di una criminalizzazione indiscriminata e irrazionale dell'attività di *lobbying*.

È indubbio che nell'immaginario collettivo vi sia una concezione distorta dell'attività lobbistica, ritenuta una minaccia per gli assetti istituzionali. Del resto, non è affatto infrequente che nell'opinione pubblica si giunga all'affrettata conclusione che qualsiasi attività volta ad orientare o influire sui processi decisionali pubblici sia del tutto inopportuna o, finanche, *ex se* illecita.

Nel contesto italiano, la diffusa connotazione negativa delle *lobbies* deriva probabilmente dalla mancanza di trasparenza sui processi decisionali pubblici e su chi li influenza. Il *lobbying* in Italia si sviluppa tradizionalmente a porte chiuse, in un contesto di opacità che alimenta il sospetto di abusi e condotte illecite.

In realtà, l'operato dei gruppi di pressione, purché accortamente governato, può arricchire il processo democratico, in quanto concorre alla formazione della decisione pubblica rappresentando interessi particolari di cui il decisore potrà tener conto. È dunque evidente che il pluralismo degli interessi e la pressione dei portatori di tali interessi sui decisori pubblici devono ritenersi non solo legittimi e perfettamente coerenti con lo Stato democratico, ma anche una componente capace di contribuire al miglioramento qualitativo della legislazione e degli atti amministrativi.

Proprio per far sì che il *lobbying* possa davvero diventare uno strumento di promozione lecita degli interessi privati è, dunque, indispensabile un'opera di chiarificazione normativa circa i limiti e le libertà dei lobbisti.

In definitiva, l'intervento riformatore, pur presentando elementi di novità certamente apprezzabili, rappresenta l'ennesima occasione mancata da parte del Legislatore per l'adozione di una disciplina che regolamenti in maniera organica l'attività lobbistica. L'attesa per un simile intervento normativo appare come l'unico strumento in grado di assicurare trasparenza, pubblicità e partecipazione democratica della società civile ai processi decisionali e, al tempo stesso, l'unico mezzo davvero

¹⁵ Diffusamente, E. SCAROINA, *Lobbying e rischio penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 6, 811 ss.; R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino, 2018; R. PICCIRILLO, *Il traffico di influenze illecite riformato e l'urgenza di un'esauritiva regolamentazione del lobbying*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi*, Torino, 2020, 79; G. DE NOZZA, *Il delitto di traffico d'influenze illecite ed il confine con il lobbying*, in *Sistema Penale*, 22.9.2023.

capace di prevenire - senza scivolare verso i lidi della criminalizzazione diffusa – quei fenomeni distorsivi delle funzioni pubbliche.

ATTI DEL SEMINARIO “È IPOTIZZABILE LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL RAPPRESENTANTE DEI LAVORATORI PER LA SICUREZZA? RAGIONANDO SULLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 38914”, BOLOGNA, 25 SETTEMBRE 2023

Le attribuzioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza tra poteri e doveri

di *Carlo Zoli*

Professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Bologna

Sommario: 1. La sentenza n. 38914 del 2023 della Cassazione penale. – 2. L'evoluzione della normativa in tema di sicurezza e partecipazione nell'ordinamento italiano. – 3. L'influenza del diritto dell'Unione europea e la c.d. partecipazione equilibrata. – 4. La natura delle attribuzioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza.

1. La giurisprudenza penale è stata chiamata ad occuparsi del ruolo del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS) finendo per riconoscerne la responsabilità con conseguente condanna per la morte di un lavoratore per aver omesso di “sollecitare ... a effettuare la formazione dei dipendenti ... per l'uso dei mezzi di sollevamento e di informare i responsabili dell'azienda per i rischi connessi all'utilizzo ... del carrello elevatore”. Nel caso di specie il lavoratore deceduto, assunto con mansioni e qualifica di impiegato tecnico, svolgeva di fatto anche funzioni di magazziniere senza aver ricevuto la necessaria formazione, comprensiva dell'uso del carrello elevatore, sotto il peso dei cui tubolari era rimasto schiacciato dopo essere sceso dal carrello ed essersi arrampicato su uno scaffale per posizionare meglio il carico.

La Suprema Corte ha attribuito al RLS (in un passaggio impropriamente – forse freudianamente – definito responsabile dei lavoratori per la sicurezza) “un ruolo di primaria importanza quale soggetto fondamentale che partecipa al processo di gestione della sicurezza dei luoghi di lavoro, costituendo una figura intermedia di raccordo tra datore di lavoro e lavoratori, con la funzione di facilitare il flusso informativo aziendale in materia di salute e sicurezza sul lavoro”. Senza affrontare la questione, pur sollevata dalla difesa, se il RLS ricopra o meno una posizione di garanzia, “intesa come titolarità di un dovere di protezione e di controllo finalizzati ad impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire”, ne riconosce la responsabilità penale sul presupposto di aver “contribuito causalmente alla verifica dell'evento ai sensi dell'art. 113 c.p.”.

Non si è mancato di sottolineare che la portata innovativa della sentenza deve essere ridimensionata alla luce della circostanza che il RLS era al contempo componente del Consiglio di amministrazione della società¹. Tuttavia, la motivazione della sentenza non si sofferma su di essa

¹ Cfr. M. LAI, *Le attribuzioni e le responsabilità del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2024, n. 2, 6. V. anche diffusamente F. FOCARETA, L. DEL VECCHIO, *Nota di commento alla sentenza della*

e si concentra sulla sola posizione di RLS rivestita dall'imputato², cosicché il giudizio appena riportato non può essere condiviso.

Le conclusioni adottate dalla Suprema Corte sono state criticate da più parti³ anche per una superficiale ricostruzione del ruolo degli RLS. Ed è su questo aspetto che può concentrarsi il contributo del giuslavorista, in mancanza delle competenze penalistiche necessarie.

2. Il quadro normativo in materia di sicurezza sul lavoro è da tempo caratterizzato dall'introduzione di limiti ai poteri del datore di lavoro in grado di incidere anche in modo penetrante sulle sue scelte organizzative. E' una conclusione che ha trovato iniziale fondamento nell'art. 2087 c.c. e che ha ricevuto esplicita e ampia conferma negli artt. 32 e 41, comma 2, cost., i quali configurano il bene della salute come diritto fondamentale, primario e assoluto, dell'individuo, operante anche nei rapporti tra privati.

Ciononostante, per ragioni di carattere culturale, oltre che per i ritardi del movimento sindacale, incline a collocarsi in una logica compromissoria in un contesto normativo in cui le tutele per i lavoratori, soprattutto in tema di conservazione del posto, latitavano, nonché per le inefficienze dell'apparato pubblico di controllo e di vigilanza, le finalità prevenzionistiche dell'obbligo di sicurezza sono risultate sostanzialmente frustrate, a dispetto delle potenzialità in via preventiva delle norme in precedenza richiamate, tanto che la via giudiziale è stata percorsa soltanto *ex post*, in chiave risarcitoria o, specie inizialmente, sanzionatoria penale⁴.

Consapevole che la finalità prevenzionistica sottesa all'art. 2087 c.c. non poteva essere perseguita in modo efficace nell'ottica individualistica dell'azione del singolo lavoratore, il legislatore, nel momento in cui ha promosso in generale l'azione sindacale nei luoghi di lavoro con lo Statuto dei lavoratori, ha ricondotto anche il diritto di credito alla sicurezza del lavoro ad una

Corte di Cassazione penale n. 38914 del 25.9.2023, in corso di pubblicazione in *RGL News*, che ricostruiscono il contenuto della sentenza di secondo grado della Corte d'Appello di Bari per affermare, con riguardo a quella fatta propria dalla Suprema Corte, che “non si tratta di una regola estendibile ad ipotesi generali, né di una condotta tipizzata nel reato, ma di un caso particolarissimo che, nella ipotesi considerata, ha rivelato la assoluta inerzia dell'imputato per a fronte di plurime segnalazioni del pericolo”.

² Cfr. analogamente F. CONTRI, *Note a margine di un'inedita (e discussa) condanna del RLS per omicidio colposo*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2023, n. 2, 33, nota 1.

³ Cfr. P. PASCUCCI, *Per un dibattito sulla responsabilità penale del RLS*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2023, n. 2, 1 ss.; M. LAI, *Le attribuzioni e le responsabilità del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., 2 ss.; F. MALZANI, *Il ruolo del RLS tra partecipazione, effettività e responsabilità*, in *Lav. giur.*, 2024, 338 ss.; A. INGRAO, *Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. Storia, funzioni e responsabilità penale*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2023, n. 2, 15 ss.; P. BRAMBILLA, *Alcune riflessioni critiche sul riconoscimento della responsabilità penale in capo al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza in caso di morte o lesioni del lavoratore*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2023, n. 2, 48 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Capitolo III. I soggetti responsabili*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, 2023, 134; F. CONTRI, *op. cit.*, 33 ss., il quale, peraltro, distingue l'attribuzione di diritti a favore del RLS dalle prerogative, sempre elencate dall'art. 50, d. lgs. n. 81/2008, che invece escludono “la mera facoltatività del loro esercizio” (sul punto p. 37). Al riguardo v. *infra*, § 4.

⁴ Cfr. *amplius* C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro: contrattazione e partecipazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 614 s.

dimensione collettiva⁵. L'art. 9, l. n. 300/1970, in particolare, ha riconosciuto la possibilità per i rappresentanti dei lavoratori di effettuare controlli e di assumere iniziative di ricerca, elaborazione ed attuazione delle misure di sicurezza, esercitabili a prescindere dalla preventiva predisposizione di specifiche modalità esplicative, trattandosi di norma avente natura precettiva⁶. Si trattava di una disposizione dalle forti potenzialità, che introduceva un momento partecipativo avente natura non necessariamente conflittuale, né negoziale, sino a quel momento pressoché sconosciuto nel sistema di relazioni industriali italiano.

Tuttavia, l'esperienza e la prassi applicativa non hanno sortito risultati positivi. Nonostante la ricorrente previsione nei contratti collettivi nazionali di categoria di una serie di misure atte a tutelare la sicurezza e salute dei lavoratori, quali strumenti di conoscenza e controllo, diritti di indagine, di informazione e consultazione⁷, si è pervenuti alla “dismissione di una rilevante porzione di potere che rientra a pieno titolo nella sfera del diritto di controllo”⁸.

La legge di riforma sanitaria n. 833/1978, senza modificare i principi ispiratori espressi dagli artt. 2087 c.c. e 9, l. n. 300/1970, in particolare insistendo su prevenzione e partecipazione, ha imperniato l'attività di prevenzione e controllo sulle strutture pubbliche, con la conseguenza di configurare “un inedito tipo di gestione collettiva (comunitaria e <<sociale>>) del diritto costituzionale alla salute sia all'interno che all'esterno del recinto della fabbrica”⁹, che ha potenziato il ruolo delle strutture amministrative, “la cui azione non deve sostituirsi, ma coordinarsi con quella degli organismi rappresentativi dei lavoratori, ormai ricondotti anche testualmente nell'alveo sindacale”¹⁰.

Nel frattempo l'autonomia collettiva, nonostante qualche progresso, ha continuato a fornire un contributo modesto, “imbrigliata” com'era “nelle maglie dell'organizzazione del lavoro predisposta dall'imprenditore”¹¹, sulla quale non è riuscita ad incidere.

3. Il tema della sicurezza diventa centrale grazie all'influenza del diritto comunitario ed in particolare alla direttiva “madre” n. 391 del 1989, che, nel prescrivere ai legislatori nazionali un approccio globale al problema, è decisamente imperniata sulla cultura della prevenzione e della

⁵ Cfr., fra gli altri, G.G. BALANDI, *Individuale e collettivo nella tutela della salute nei luoghi di lavoro: l'art. 9 dello Statuto*, in *Lav. dir.*, 1990, 222 ss.

⁶ Cass. 13.9.1982, n. 4874, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 182

⁷ Sia consentito rinviare ancora a C. ZOLI, *op. cit.*, 617.

⁸ Così L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, 2° ed., 1980, 185.

⁹ Così GHEZZI, *Commento all'art. 9*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1972, 161.

¹⁰ Così C. ZOLI, *op. cit.*, 617 s. Cfr. anche G. NATULLO, *Rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza e rappresentanze sindacali in azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 1997; A. TAMPPIERI, *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, Giappichelli, 1999, 37;

¹¹ Così S. RENGA, *Modello sindacale di tutela della salute nei luoghi di lavoro dal dopoguerra agli anni novanta*, in *Lav. dir.*, 1994, 635.

programmazione della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. A tal fine individua nella c.d. partecipazione equilibrata dei lavoratori (art. 11) uno degli strumenti fondamentali, basato sul loro diritto ad essere consultati soprattutto mediante i propri rappresentanti in ordine alle azioni destinate a produrre effetti rilevanti sulla sicurezza del lavoro e a formulare proposte e soluzioni per contribuire alla garanzia della propria sicurezza. Ciò attraverso un intervento destinato a concretizzarsi non soltanto nella consultazione dei lavoratori e delle loro rappresentanze, ma anche in tutti gli strumenti giuridici che consentono alla rappresentanza collettiva di influire sulle scelte datoriali¹². Benché la direttiva abbia lasciato agli Stati membri libertà nell'individuazione delle concrete modalità di svolgimento della partecipazione equilibrata dei lavoratori, nel rispetto della peculiarità dei sistemi nazionali di relazioni industriali, prescrive l'adozione di una rappresentanza dei lavoratori specializzata in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro volta a favorire la cooperazione tra datore di lavoro e rappresentanza dei lavoratori.

La soluzione italiana, accolta prima col d. lgs. n. 626/1994 e poi col d. lgs. n. 81/2008, si è posta in continuità con le precedenti esperienze partecipative di tipo meramente procedurale, ovvero per organi contrapposti, cioè per strutture autonome e distinte, anziché per stanze permanenti di confronto, se si eccettua il caso degli organismi paritetici territoriali.

Peraltro, va rimarcato che i meccanismi procedurali sono definiti ed articolati come mai erano stati in precedenza, anche con riguardo ad altre tematiche, se si esclude in qualche misura il caso dei licenziamenti collettivi. In particolare la partecipazione, nel senso comunque debole di coinvolgimento nell'*iter* decisionale del datore di lavoro dall'esterno degli organi gestionali delle società, è preventiva rispetto alle scelte organizzative di quest'ultimo, è obbligatoria e certa, in quanto non subordinata e limitata all'iniziativa delle rappresentanze dei lavoratori, ed è aggiuntiva rispetto all'obbligo sostanziale di garantire la massima sicurezza tecnologicamente fattibile.

Non si può, in definitiva, negare che l'introduzione del modello di partecipazione equilibrata basato sui rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza costituisca un salto di qualità rispetto alla disciplina precedente e contenga alcune novità, fondandosi su “un paradigma diverso”, quello di “prevenzione partecipata”, che rende “corresponsabili della prevenzione sia debitori che creditori di sicurezza”¹³.

Innanzitutto la presenza del RLS è obbligatoria in tutte le aziende o unità produttive (art. 47, comma 2, d. lgs. n. 81/2008).

¹² Cfr., tra gli altri, G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, 1995, 223; S. CARUSO, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza: per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, 1997, 21; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, 2016, 374 ss.

¹³ Così S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2020, 55.

In secondo luogo la forma di rappresentanza degli interessi dei lavoratori in ambito prevenzionistico viene istituzionalizzata: il legislatore opta per un compromesso tra un modello di rappresentanza obbligatorio e generalizzato ed uno di tipo privatistico-volontario¹⁴, come si evince dal rinvio in funzione integrativa del precetto legale alla contrattazione collettiva (art. 47, comma 5), dall'esistenza di un mandato rappresentativo tra i lavoratori e il RLS e dall'assenza di strumenti suppletivi in caso di inerzia dei primi nella scelta del secondo.

Peraltro, il legislatore si è preoccupato di evitare che si creino vuoti nel sistema di rappresentanza anche nelle imprese minori, a dimostrazione di un "processo di metamorfosi della natura del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza mirante ad attenuarne la sua dimensione privatistica e ad accentuarne il carattere necessario e la valenza pubblicistica degli interessi ad esso sottesi"¹⁵: a tal fine prevede che, laddove non si proceda alla elezione o designazione dei RLS, le relative funzioni siano esercitate dai rappresentanti per la sicurezza territoriale e da quelli di sito produttivo (artt. 47, comma 8, 48 e 49), a conferma del carattere necessario della loro presenza ed attività.

Ancora, il d. lgs. n. 81/2008 si preoccupa di garantire che gli RLS ricevano particolare e adeguata formazione in materia di sicurezza e salute, con obbligo per il datore di aggiornamento periodico con cadenza annuale, che tenga conto sia delle informazioni di carattere generale rispetto alla sicurezza nei luoghi di lavoro, sia dei rischi specifici che riguardano l'impresa in cui si svolge l'attività lavorativa (art. 37), rinviando alla contrattazione collettiva per la determinazione dei contenuti specifici. Ciò per conferire a tali soggetti la competenza necessaria e metterli nelle condizioni di esercitare il loro ruolo in modo effettivo ed efficace¹⁶.

Proprio con riguardo al ruolo degli RLS, infine, anche se restano chiamati "a svolgere funzioni consultive e di controllo nell'ambito di un modello partecipativo debole che fa di esse(i) degli interlocutori del datore di lavoro imprescindibili, ma ai quali è sottratto qualunque potere

¹⁴ Cfr. C. ZOLI, *Attribuzioni del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in C. ZOLI (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro. Commentario diretto da Luigi Montuschi*, I, Principi comuni, Zanichelli, 2011, 513. Cfr. analogamente P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, Ipsoa, 2008, 403; S. BUOSO, *op. cit.*, 57.

¹⁵ Così D. CAGETTI, *Art. 50*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Wolters Kluwer, Cedam, 2022, 7° ed., 1907.

¹⁶ Sottolinea, peraltro, che, per ora, "le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza, pur molto diffuse, non sono riuscite ad esercitare bene il loro ruolo, incidendo poco sull'effettiva prevenzione anche per l'insufficiente grado di formazione che ha portato loro la scarsa considerazione da parte di datori di lavoro e dirigenti" A. MENGHINI, *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza dall'art. 9 dello Statuto alla prevenzione del Covid.19: riaffiora una nuova "soggettività operaia"*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2023, 46. Cfr. anche F. MALZANI, *op. cit.*, 343; A. ROTA, *La dimensione partecipativa nella prevenzione dei rischi da sostanze chimiche*, in corso di pubblicazione in *Lav. dir.*

decisionale finale”¹⁷, non si può negare che un rafforzamento si sia verificato¹⁸. Ciò grazie, da un lato, alla valorizzazione del rappresentante per la sicurezza territoriale ed all’introduzione della figura del rappresentante per la sicurezza di sito produttivo; dall’altro, alla maggiore articolazione delle prerogative loro attribuite.

4. L’art. 50, d. lgs. n. 81/2008 contiene un significativo elenco delle prerogative dei RLS, che fanno di essi una, o quanto meno puntano su di essi quale, “interfaccia credibile e preparata per l’azienda e per i lavoratori stessi”¹⁹.

La rubrica della norma parla di “attribuzioni” e tale formula ha indotto alcuni settori della dottrina²⁰ a ritenere che esse costituiscano esclusivamente poteri, i quali in nessun caso assurgono al rango di doveri: una conclusione rafforzata dai limiti che i rappresentanti per la sicurezza incontrano nel loro operato, in mancanza di poteri decisionali nei confronti del datore e del potere di chiedere ai prestatori l’osservanza di determinati comportamenti, riservati al datore di lavoro. Quanto induce ad escludere che possa essere loro conferita la veste di garanti della sicurezza²¹, benché la giurisprudenza ne abbia ampliato la nozione sino a ricomprendere chiunque abbia il potere e dovere di gestione del rischio, a partire dal responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP)²².

E’ quest’ultima una figura con ben differenti funzioni, in grado di fornire un apporto tecnico, al datore di lavoro, per consentirgli di adempiere correttamente l’obbligazione di sicurezza, tanto che, se dipendente dell’impresa, non può assumere la veste di RLS. Alla luce delle finalità collaborative e consultive ad esso riservate si spiega la scelta del legislatore di non predisporre a suo carico sanzioni penali dirette in caso di violazione dei suoi compiti, dato che non ha poteri di intervento per attuare le norme di prevenzione. Ciò, peraltro, non significa che il RSPP agisca nell’impunità qualora l’omesso o inadeguato assolvimento di un compito risulti causalmente

¹⁷ Così C. ZOLI, *Attribuzioni del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., 519.

¹⁸ Sul punto cfr. D. CAGETTI, *op. cit.*, 1906.

¹⁹ Così M. LAI, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e gli organismi paritetici*, in M. RUSCIANO, G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. Carinci, Utet, 2009, VIII, 292.

²⁰ Cfr. A. INGRAO, *Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., 34 ss.; P. PASCUCI, *Per un dibattito sulla responsabilità penale del RLS*, cit., 3; F. MALZANI, *Il ruolo del RLS*, cit., 338 ss.. Anche Cass. pen. 19.10.2017, n. 48286 ha escluso che possa parlarsi di obblighi con riguardo alle “attribuzioni” del RLS, anche considerando che, con riguardo ai datori di lavoro, si parla espressamente di “obblighi”. Peraltro nel caso esaminato venivano in rilievo la valutazione dei rischi e l’adozione delle opportune misure per prevenirli, così come la formazione dei lavoratori, “funzioni che restano entrambe appannaggio esclusivo del datore di lavoro”. “Né questi precisi obblighi potrebbero essere, neppure in astratto, oggetto di delega al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza perché, altrimenti, si verificherebbe una commistione di funzioni tra di loro inconciliabili”.

²¹ Cfr. C. LAZZARI, *Il servizio di prevenzione e protezione dai rischi*, in I. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, cit., 356 ss.

²² Cfr. ancora C. LAZZARI, *op. cit.*, 358.

rilevante nella produzione dell'evento lesivo; al contrario egli sarà penalmente e civilmente responsabile ed il datore di lavoro potrà rivalersi nei suoi confronti²³.

Le affinità tra RLS e RSPP sono evidentemente modestissime, ma quanto appena ricordato consente di sottolineare come la mancanza di sanzioni penali per meri reati di pericolo non impedisca di far emergere la responsabilità di un soggetto (nella specie il RSPP) nella causazione di un evento quando abbia omesso comportamenti doverosi.

Con precipuo riferimento al RLS, si deve considerare, da un lato, l'evoluzione legislativa in precedenza ricostruita ed in particolare l'importanza che tale figura sempre di più assume nella predisposizione di un efficace sistema di prevenzione e riduzione dei rischi. Dall'altro, la rubrica dell'art. 50, d. lgs. n. 81/2008 è sostanzialmente neutra o, comunque, non impedisce di ricostruire il contenuto della norma alla luce del tenore letterale e della *ratio* di quest'ultima. Al riguardo riesce difficile pensare che, per lo meno, alcune delle "attribuzioni" elencate non impongano anche obblighi al RLS, tanto più che la titolarità degli interessi tutelati è superindividuale, ovvero collettiva e pubblica²⁴.

In special modo, si può osservare come talune attribuzioni vedano il RLS destinatario di condotte che spetta al datore di lavoro porre in essere, come consultarlo, informarlo e formarlo, senza che gravi sul RLS l'obbligo dell'iniziativa (lett. b, c, d, e, f, g).

Al contrario, negli altri casi l'iniziativa è affidata al RLS. Soltanto il "ricorso alle autorità competenti qualora ritenga che le misure di prevenzione e protezione dai rischi adottate dal datore di lavoro o dai dirigenti e i mezzi impiegati per attuarle non siano idonei a garantire la sicurezza e la salute durante il lavoro" (lett. o) sembra lasciato alla sua piena discrezionalità ("può fare ricorso"). L'accesso ai luoghi di lavoro (lett. a), la promozione dell'elaborazione, dell'individuazione e dell'attuazione delle misure di prevenzione idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica dei lavoratori (lett. h), la formulazione di osservazioni in occasione di visite e verifiche effettuate dalle autorità competenti (lett. i), la partecipazione alla riunione periodica annuale per fare il punto sui rischi presenti in azienda e sugli interventi necessari per eliminarli o ridurli al minimo (lett. l), la presentazione di proposte in merito all'attività di prevenzione (lett. m) sono certamente oggetto di poteri. Tuttavia, alla luce dell'importanza conferita dai legislatori eurounitario ed italiano alla partecipazione equilibrata in funzione prevenzionistica²⁵ e del

²³ Cfr. A. ANTONUCCI, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, in *Problemi della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Quaderni Arg. dir. lav.*, 2003, 163. In giurisprudenza cfr., fra le tante, Cass. pen., sez. IV, 1.2.2018, n. 4941 e Cass. pen., sez. IV, 25.6.2021, n. 24822.

²⁴ Cfr. A. TAMPIERI, *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, cit., 115 ss.; S. BUOSO, *op. cit.*, 54; E. GRAGNOLI, *La responsabilità penale dei lavoratori per la sicurezza*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, 488 s.

²⁵ Sottolinea che "i suoi interventi sono ... strumentali al miglioramento delle strategie di prevenzione, seppure con la rappresentazione del punto di vista dei dipendenti" E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 489. A sua volta S. BUOSO, *op. cit.*, 57 rileva che "la parola prevenzione è utilizzata ben sette volte, a significare la compartecipazione al disegno

crescendo di tali prerogative, che confluiscono nella previsione secondo cui il RLS “avverte il responsabile della azienda dei rischi individuati nel corso della sua attività” (lett. n), si deve riconoscere che vengono in rilievo anche doveri. Del resto, nel rimetterne la determinazione delle modalità di esercizio alla contrattazione collettiva nazionale, lo stesso legislatore al terzo comma dell’art. 50 parla espressamente di “funzioni”. Di conseguenza, anche se non sono previste sanzioni penali a carico dei RLS e non si arriva a sostenere che essi sono investiti di una posizione di garanzia e che sono tenuti ad “un dovere di protezione e di controllo, finalizzati a impedire un evento” finale (le lesioni o la morte)²⁶, non si può escludere la responsabilità nel “caso <<limite>> di infortunio causalmente connesso al comportamento doloso o colposo tenuto dal rappresentante per la sicurezza”²⁷, specie quando “attiene al <<flusso informativo aziendale>> e, cioè, alla completa rappresentazione al datore di lavoro dei rischi emergenti nell’attività quotidiana”²⁸. Cosicché la sentenza della Cassazione penale n. 38914 del 2023 perviene a conclusioni tutto sommato condivisibili²⁹ o, quanto meno, non sorprendenti per il giuslavorista.

prevenzionale in tutti i suoi passaggi più significativi; si tratta, d’altra parte, di una funzione sindacale che potrebbe costituire un <<incentivo per le organizzazioni dei lavoratori a impegnarsi fattivamente e non solo teoricamente>>”, citando nell’ultimo passaggio E. ALES, *L’articolo 9 dello Statuto dei lavoratori alla luce della legislazione più recente in materia di salute e sicurezza: partecipazione o controllo?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 70.

²⁶ Ed in effetti, come anticipato al § 1, Cass. pen., sez. IV, 25.9.2023, n. 38914, cit. non lo fa.

²⁷ E’ la conclusione cui ero già pervenuto in C. ZOLI, *Attribuzioni del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., 519.

²⁸ Così E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 489.

²⁹ Cfr. analogamente E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 486; *contra.cfr.* gli aa. citt. alla nota 3.

***Posizione di garanzia, nesso causale e tendenze evolutive.
Rapsodiche considerazioni sulla responsabilità penale del RLS***

di **Francesco Contri**

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

Sommario: 1. Un quadro d'insieme. – 2. I tratti salienti della vicenda ed il fondamento della responsabilità del RLS. – 3. La posizione del RLS in bilico tra diritti e doveri. – 4. Il garante inteso come “gestore del rischio”. – 4.1. Concorso di persone e rapporto causale in contesti organizzativi. – 4.2 Le ricadute nell'ambito della responsabilità del RLS. – 4.3. Il criterio della “competenza per il rischio”. – 5. Una nuova soluzione: il nesso di strumentalità come criterio di selezione dei contributi rilevanti. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Un quadro d'insieme

È ipotizzabile la responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza?

L'interrogativo, in sé lineare, si rivela particolarmente complesso agli occhi del penalista. La risposta, come spesso accade, è: “dipende”. Dipende dal grado di flessibilizzazione che si è disposti ad accettare per adattare classici istituti di parte generale alla moderna conformazione dell'agire economico: quasi sempre sviluppato in forma organizzata; dipende dalla natura – di diritti o di doveri – che si intende assegnare alle “attribuzioni” del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS) delineate dall'art. 50 del d. lgs. 81/2008¹.

Alla luce delle posizioni assunte dal diritto vivente degli ultimi lustri con riguardo alla materia

¹ La disposizione prevede, in particolare, che il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza:

- a) accede ai luoghi di lavoro in cui si svolgono le lavorazioni;
- b) è consultato preventivamente e tempestivamente in ordine alla valutazione dei rischi, alla individuazione, programmazione, realizzazione e verifica della prevenzione nella azienda o unità produttiva;
- c) è consultato sulla designazione del responsabile e degli addetti al servizio di prevenzione, alla attività di prevenzione incendi, al primo soccorso, alla evacuazione dei luoghi di lavoro e del medico competente;
- d) è consultato in merito all'organizzazione della formazione di cui all'articolo 37;
- e) riceve le informazioni e la documentazione aziendale inerente alla valutazione dei rischi e le misure di prevenzione relative, nonché quelle inerenti alle sostanze ed alle miscele pericolose, alle macchine, agli impianti, alla organizzazione e agli ambienti di lavoro, agli infortuni ed alle malattie professionali;
- f) riceve le informazioni provenienti dai servizi di vigilanza;
- g) riceve una formazione adeguata e, comunque, non inferiore a quella prevista dall'articolo 37;
- h) promuove l'elaborazione, l'individuazione e l'attuazione delle misure di prevenzione idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica dei lavoratori;
- i) formula osservazioni in occasione di visite e verifiche effettuate dalle autorità competenti, dalle quali è, di norma, sentito;
- l) partecipa alla riunione periodica di cui all'articolo 35;
- m) fa proposte in merito alla attività di prevenzione;
- n) avverte il responsabile della azienda dei rischi individuati nel corso della sua attività;
- o) può fare ricorso alle autorità competenti qualora ritenga che le misure di prevenzione e protezione dai rischi adottate dal datore di lavoro o dai dirigenti e i mezzi impiegati per attuarle non siano idonei a garantire la sicurezza e la salute durante il lavoro”.

del diritto penale economico² – e, per ciò che ora interessa, all’ambito della sicurezza del lavoro – non pare così sorprendente, a modesto parere di chi scrive, che la Suprema Corte, con la sentenza n. 38914 del 2023³, abbia confermato la condanna per omicidio colposo di un soggetto che, per un verso, non figura tra i “garanti” legislativamente tipizzati (art. 299 d. lgs. 81/2008)⁴ e, per altro verso, risulta sprovvisto di reati propri⁵.

L’esito si deve, piuttosto, al lento e progressivo mutamento che i caratteri della posizione di garanzia, del nesso causale e della cooperazione colposa hanno assunto nelle pronunce che si sono trovate a decidere della responsabilità penale di soggetti esercitanti un’attività d’impresa in forma organizzata⁶.

Non è questa la sede per scandagliare con dovizia di particolari i predetti percorsi ermeneutici e per valutarne la compatibilità con i principi di legalità e di personalità della responsabilità penale, cui verrà riservato solamente qualche cenno. Ciò che non si può fare a meno di notare, purtuttavia, è che siffatto orientamento, lungi dall’essere rivisto o ridimensionato dal diritto vivente, è possibile che continui ad espandere i propri approdi: il caso in esame, d’altro canto, ne rappresenta la plastica dimostrazione. Certo, con specifico riguardo alla responsabilità del RLS il problema potrebbe non

² Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in merito al contenuto e alle fonti della posizione di garanzia nei vari settori del diritto penale dell’economia, per tutti, F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in *Giur. comm.*, 2024, 699 ss.

³ Si esprimono in termini critici P. BRAMBILLA, *Alcune riflessioni critiche sul riconoscimento della responsabilità penale in capo al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza in caso di morte o lesioni del lavoratore*, in *DSL*, 2023, fasc. 2, II, 64 ss.; S. CELLI, *Se i diritti diventano doveri*, in *Quest. giust.*, 2.12.2023; R. CIAVARELLA, *Verso una responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza?*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 2024, fasc. 1, 119 ss.; B. DEIDDA, *Una china pericolosa: rovesciare sui lavoratori la responsabilità dell’organizzazione delle misure di sicurezza sul lavoro*, in *DSL*, 2023, fasc. 2, II, 8; A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. Storia, funzioni e responsabilità penale*, *ibidem*, 23 ss.; M. LAI, *Le responsabilità del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in *Igiene & Sicurezza del Lavoro*, 2023, 555; R. PALAVERA, *Fiducia e deterrenza: due paradigmi compatibili? Note in margine all’affermazione di responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in *DSL*, 2023, fasc. 2, II, 77 ss.; P. PASCUCCI, *Per un dibattito sulla responsabilità penale del RLS*, *ibidem*, 1 ss.; S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, 133 s. Più caute, invece, le posizioni assunte da R. DUBINI, *Infortuni sul lavoro: qual è la responsabilità del RLS?*, in “www.puntosicuro.it”, 12.10.2023 e L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro in un sistema che fatica a farsi comprendere*, in *DSL*, 2023, fasc. 2, II, 11 ss., che evidenziano come sull’imputato gravasse una posizione di garanzia in qualità di consigliere di amministrazione. In senso latamente positivo, seppur con diverse sfumature, invece, R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, 2023, 2430 ss. e P. SOPRANI, *La responsabilità del RLS nel sistema di organizzazione aziendale della prevenzione*, in *Igiene & Sicurezza del Lavoro*, 2023, 561 ss.

⁴ La volontà del legislatore di assegnare ai datori di lavoro, dirigenti e preposti la qualifica di “garanti” si evince chiaramente dall’art. 299 del d. lgs. 81/2008, che, definendo la figura del “garante di fatto”, annovera solamente i predetti.

⁵ Vi sono alcuni soggetti, infatti, che, pur sprovvisti della formale qualifica di “garanti”, risultano destinatari di reati propri. Tipico è l’esempio del lavoratore, sanzionato penalmente per propri inadempimenti dall’art. 55 t.u.s.l. Ciò, d’altra parte, non deve stupire: altro è una norma che fonda un dovere di impedimento dell’evento (o del reato), altro è la previsione di una sanzione per la mancata ottemperanza a propri obblighi. Le due questioni viaggiano – e devono viaggiare – su binari separati.

⁶ Per vero, la pronuncia risulta assai singolare in quanto trascura integralmente la carica di consigliere di amministrazione del soggetto chiamato a rispondere, insieme al datore di lavoro e al responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP), della morte del lavoratore. L’attenzione della Cassazione si rivolge esclusivamente alla qualifica di RLS di tale imputato. Sul punto, in ogni caso, si tornerà più approfonditamente nel paragrafo che segue.

ripresentarsi: va infatti segnalato che la sentenza non vanta precedenti e che non è stata massimata al CED. Ciò nonostante, pare eccessivamente ottimistico escludere che in futuro non si potrà assistere, anche in diversi settori del diritto, alla responsabilizzazione, ad opera di una parte di giurisprudenza assai poco rigorosa, di figure a analoghe a quella in esame.

Esigenze di realismo e di giustizia sostanziale fondano allora prese di posizione tanto autorevoli quanto innovative, che depongono, da un lato, per una visione ‘disincantata’ dell’organizzazione imprenditoriale e, dall’altro lato, per una precisa individuazione dei soggetti responsabili⁷.

A partire da tali assunti, verrà brevemente ripercorsa la vicenda che ha portato alla condanna per omicidio colposo di un rappresentante dei lavoratori per la sicurezza; si cercherà di comprendere se tale soggetto risulti effettivamente destinatario di mere *prerogative* ovvero se sia gravato da veri e propri *obblighi*; verrà ripreso il percorso ermeneutico per mezzo del quale la giurisprudenza ha rimodellato l’istituto della posizione di garanzia, appiattendolo sulla nozione di “gestore del rischio”; verrà sindacata la presunzione che oggi opera con riguardo all’accertamento del nesso causale nei casi di cooperazione diacronica tra soggetti competenti a regolare un medesimo rischio; sarà approfondita una recente (e autorevole) posizione dottrinale volta a giustificare il conio, nelle organizzazioni complesse, di una *Garantenstellung* condivisa e frazionata tra i diversi soggetti chiamati a gestire in varia guisa il rischio tradottosi successivamente in offesa.

2. I tratti salienti della vicenda ed il fondamento della responsabilità del RLS

La vicenda è quantomai semplice: un soggetto assunto come impiegato tecnico – segnatamente, come disegnatore – viene adibito a mansioni di magazziniere in assenza di qualsivoglia formazione. In orario lavorativo, non riuscendo a sistemare con il muletto un pesante fascio di tubolari su uno scaffale, decide di scendere per ordinarli manualmente. Arrampicatosi in corrispondenza del terzo piano, viene travolto rovinosamente da un altro fascio di tubi e decede immediatamente.

Dagli accertamenti processuali emerge che il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP) aveva segnalato al datore di lavoro il rischio di mancata formazione dei soggetti deputati all’utilizzo del muletto, mentre il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS), pur a fronte di solleciti in tal senso da parte di lavoratori, era rimasto sostanzialmente inerte.

A rispondere della morte del lavoratore vengono chiamati il datore di lavoro, il RSPP e il RLS: nel caso di specie, altresì consigliere di amministrazione della società. Il RSPP viene assolto; condannati, invece, il datore di lavoro e il RLS.

⁷ Il riferimento è alla posizione di A. GARGANI, *Impedimento Plurisoggettivo dell’offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa University Press, Pisa, 2022.

Nel caso *de quo*, assai peculiare – se non incomprensibile – è la conformazione dell'imputazione rivolta a S. L.: soggetto che rivestiva la funzione di RLS. Nonostante la sua carica di componente del C.d.A., a questi viene contestato l'esclusivo inadempimento degli "obblighi" di cui risulta gravato in qualità di rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (art. 50 del d. lgs. 81/2008).

Invero, nella sentenza di primo grado, quest'ultimo viene ritenuto responsabile perché, in qualità sia di consigliere di amministrazione sia di RLS, non ha sollecitato il datore di lavoro o fatto comunque in modo che gli opportuni rimedi fossero adottati⁸; in appello, parrebbe addirittura la prima delle predette qualifiche ad aver assunto un peso dirimente⁹.

Nessun riferimento alla carica di consigliere di amministrazione di S. L. compare invece nella pronuncia di legittimità, che, sgombrando il campo dall'incidenza di una eventuale posizione di garanzia, giustifica la responsabilità dell'imputato sulla base e dell'efficienza causale del suo contributo, e di un generico richiamo all'art. 113 c.p. «È bene precisare – osserva la Corte – che, nel caso di specie, viene in rilievo non se l'imputato, [nella sua veste di RLS], ricoprì o meno una posizione di garanzia – intesa come titolarità di un dovere di protezione e di controllo finalizzati ad impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire (art. 40 cpv. cod. pen.) – ma se egli abbia, con la sua condotta, contribuito causalmente alla verificazione dell'evento ai sensi dell'art. 113 cod. pen. E, sotto questo profilo la sentenza impugnata ha illustrato adeguatamente i termini in cui si è realizzata la cooperazione colposa dello S. nel delitto di cui trattasi. Richiamati i compiti attribuiti dall'art. 50 al Responsabile dei Lavoratori per la Sicurezza, ha osservato come l'imputato non abbia in alcun modo ottemperato ai compiti che gli erano stati attribuiti per legge, consentendo che il [...] [lavoratore] fosse adibito a mansioni diverse rispetto a quelle contrattuali, senza aver ricevuto alcuna adeguata formazione e non sollecitando in alcun modo l'adozione da parte del responsabile dell'azienda di modelli organizzativi in grado di preservare la sicurezza dei lavoratori, nonostante le sollecitazioni in tal senso formulate dal [...] [RSPP]»¹⁰.

Invero, quanto al mancato richiamo alla qualità di consigliere di amministrazione rivestita da S. L., la pronuncia risulta coerente con l'impostazione accusatoria. D'altra parte, qualora avesse fondato il rimprovero su tale specifica qualità, sarebbe incorsa in un vizio di correlazione tra accusa e sentenza: difetto in cui sono invece parzialmente incappate le pronunce di merito. Altro è infatti imputare ad un soggetto di non aver adempiuto ai propri obblighi di RLS, altro è rimproverarlo per

⁸ Cfr. Tribunale di Trani, 19.10.2018, n. 2693, inedita.

⁹ In particolare, la Corte d'Appello «ritiene del tutto condivisibili le conclusioni cui perveniva il Tribunale di primo grado in merito alla sussistenza in capo allo S. della posizione di garanzia e dunque della ipotizzabilità a suo carico di una cooperazione colposa nella condotta omissiva posta in essere dal legale rappresentante dell'azienda, rivestendo lo S. non solo il ruolo di responsabile dei lavoratori, ma anche di membro del Consiglio di Amministrazione». Cfr. Corte d'Appello di Bari, 11.3.2022, n. 1076, inedita.

¹⁰ Cass. pen., sez. IV, 27.6.2023, n. 38914.

non aver adeguato la propria condotta a quella del “datore di lavoro modello”¹¹.

3. La posizione del RLS in bilico tra diritti e doveri

La possibilità di individuare una responsabilità penale in capo al RLS deriva, prima di tutto, dalla qualificazione delle sue funzioni alla stregua di veri e propri obblighi ovvero di “meri” diritti¹². La questione è risolutiva: se, infatti, come sostiene larga parte di dottrina, tale soggetto gode di sole prerogative, questo non potrà mai essere chiamato a rispondere a titolo di colpa. Anche qualora venisse individuata la violazione di una regola cautelare, difetterebbe pur sempre un *dovere* di diligenza, prudenza o perizia¹³.

Ma vi è di più. Se si considera che tale soggetto – in forza della peculiare funzione rivestita, del tutto priva di poteri decisionali – potrebbe essere chiamato a rispondere in via tipicamente omissiva, la mancata individuazione di obblighi a questi facenti capo renderebbe impossibile assegnare allo stesso una vera e propria posizione di garanzia¹⁴. Come si potrebbe mai sostenere che, a partire dall’attribuzione di mere facoltà, un soggetto possa essere chiamato a rispondere per non aver impedito un evento che aveva l’*obbligo giuridico* di impedire?

Il dato testuale non aiuta: se è vero che la rubrica dell’art. 50 del d. lgs. 81/2008 si riferisce alle “attribuzioni” del RLS, nel testo della disposizione quasi mai parrebbe emergere una mera *possibilità* di esercizio dei relativi *poteri*¹⁵. L’attenzione, in chiave penalistica, si concentra soprattutto sulle lettere h) e n) dell’art. 50. La prima prevede che il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza “promuove

¹¹ Sulla disinvolta prassi giurisprudenziale volta a recuperare in ogni momento del giudizio la specifica regola cautelare violata per via del richiamo alla colpa generica contenuta nel capo d’imputazione, utilizzata in funzione di «jolly processuale, [funzionante] alla stregua di valvola accusatoria di futura espansione della contestazione», in particolare, D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, 349 ss.

¹² Escludono la possibilità di configurare il RLS quale destinatario di veri e propri obblighi, tra gli altri, S. CELLI, *Se i diritti diventano doveri*, cit.; R. CIAVARELLA, *Verso una responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza?*, cit., 124 ss.; B. DEIDDA, *Una china pericolosa: rovesciare sui lavoratori la responsabilità dell’organizzazione delle misure di sicurezza sul lavoro*, cit., 7 s.; M. LAI, *Le responsabilità del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., 554 s.; P. PASCUCCI, *Per un dibattito sulla responsabilità penale del RLS*, cit., 3-4; S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, cit., 132 s. e, da ultimo, F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2024, 106 s., che considera la figura in esame «neutra per il diritto penale».

¹³ Cfr. S. CELLI, *Se i diritti diventano doveri*, cit.; B. DEIDDA, *Una china pericolosa: rovesciare sui lavoratori la responsabilità dell’organizzazione delle misure di sicurezza sul lavoro*, cit., 7; R. PALAVERA, *Fiducia e deterrenza: due paradigmi compatibili? Note in margine all’affermazione di responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., 83 s.

¹⁴ Cfr. R. CIAVARELLA, *Verso una responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza?*, cit., 124 ss.; S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, cit., 133.

¹⁵ L’unica eccezione parrebbe enucleata alla lettera o) dell’art. 50 del d. lgs. 81/2008, comunque interpretabile come “dovere” da attivare nelle specifiche situazioni che lo richiedono. La predetta disposizione evidenzia, in particolare, che il RLS “può fare ricorso alle autorità competenti qualora ritenga che le misure di prevenzione e protezione dai rischi adottate dal datore di lavoro o dai dirigenti e i mezzi impiegati per attuarle non siano idonei a garantire la sicurezza e la salute durante il lavoro”.

l'elaborazione, l'individuazione e l'attuazione delle misure di prevenzione idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica dei lavoratori"; la seconda precisa che questi "avverte il responsabile della azienda dei rischi individuati nel corso della sua attività".

Benché la soluzione si presenti tutt'altro che certa, ulteriori elementi potrebbero chiarire il carattere sibillino della norma, orientando l'interprete verso la considerazione delle relative prerogative quali veri e propri doveri¹⁶.

In primo luogo, depone in tal senso una visione della sicurezza tesa alla responsabilizzazione dei diversi attori e svincolata da una visione *paternalistica* del datore di lavoro. Emblematica, sul punto, è la scelta del legislatore di elevare anche i principali beneficiari della tutela antinfortunistica (i lavoratori) a veri e propri debitori di sicurezza, destinatari di obblighi anche sanzionati penalmente (artt. 20 e 59 del d. lgs. 81/2008).

In secondo luogo, mette conto rammentare che il RLS, rispetto agli altri lavoratori, gode di una formazione qualificata, idonea a garantirgli un esercizio consapevole e proficuo delle proprie prerogative. L'art. 37, comma 10, del d. lgs. 81/2008 dispone infatti che "il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza ha diritto ad una formazione particolare in materia di salute e sicurezza concernente i rischi specifici esistenti negli ambiti in cui esercita la propria rappresentanza, tale da assicurargli adeguate competenze sulle principali tecniche di controllo e prevenzione dei rischi stessi".

In terzo luogo, va evidenziato che, lungi dal rappresentare una figura di rilevanza squisitamente "politica", destinata a sovrapporsi, nell'esercizio ordinario dell'attività lavorativa, a figure di garanti normativamente considerate come tali – segnatamente, ai preposti –, la prassi potrebbe far emergere situazioni nelle quali rischi agevolmente gestibili da parte dei vertici aziendali potrebbero risultare noti ai soli rappresentanti dei lavoratori. Si pensi, ad esempio, a rischi difficilmente visibili, connessi ad abitudini di vita o al credo religioso dei lavoratori, che più facilmente – anche per evitare eventuali ritorsioni – potrebbero essere comunicati ad un proprio pari. *Quid iuris* nel caso in cui il RLS omettesse di comunicarli al datore di lavoro? Benché si tratti di situazioni forse peculiari, resta il fatto che infrequenza non significa irrilevanza.

In chiusura, va altresì rilevato che un siffatto approdo non parrebbe porsi in contrasto, in astratto e in assoluto, nemmeno con la *natura rappresentativa* della figura in esame. Si ponga mente, esemplificando, alla figura del sindaco: soggetto rivestente una carica naturalmente elettiva e, in quanto autorità territoriale di protezione civile, al contempo, pacificamente gravato da una posizione di garanzia volta ad 'impedire' calamità naturali¹⁷.

¹⁶ In senso parzialmente conforme, R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., 2434 s.

¹⁷ Per un approfondimento, anche casistico, sul tema, A.F. MASIERO, *Inondazione, frana e valanga*, in D. CASTRONUOVO (a cura di), *Reati contro l'incolumità pubblica*, Giappichelli, Torino, 2024, 74 ss.; M. F. CARRIERO, *Delitti colposi di*

Certo, il nodo ermeneutico non potrebbe dirsi risolto; ciò non di meno, tali argomentazioni potrebbero deporre per la generale *responsabilizzazione* di un soggetto chiamato ad assumere, nell'organizzazione dell'impresa, un ruolo cruciale.

4. Il garante inteso come “gestore del rischio”

La natura delle “attribuzioni” non è tuttavia l'unico scoglio interpretativo da superare per pervenire ad una legittima condanna del RLS. Il carattere eminentemente omissivo del rimprovero postula infatti l'individuazione di una posizione di garanzia in capo allo stesso. Di qui i dubbi di compatibilità costituzionale della torsione che tale istituto mostra nel diritto vivente¹⁸.

È certo che nel settore del diritto penale del lavoro sia sovente dato ravvisare una confusione tra regola cautelare e norma fondativa dell'obbligo di impedimento dell'evento-reato. La responsabilità viene frequentemente basata sulla violazione di regole cautelari, che, al tempo stesso, assurgono a rango tipizzante della posizione di garanzia.

Anche il profilo del “*potere impeditivo*” viene assai spesso privato di reale significato dalla giurisprudenza¹⁹; e ciò in forza di elaborazioni concettuali – si pensi, ad es., al potere di impedimento “mediato” – che altro non sono se non modalità di trasfigurazione delle funzioni intermedie di segnalazione o attivazione in veri e propri *poteri di intervento*²⁰.

Particolarmente calzante risulta, ai fini esplicativi, il dibattito circa la responsabilizzazione per eventi lesivi del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP): figura qualificata, assegnataria di doveri di valutazione dei rischi e di collaborazione con il datore di lavoro nella predisposizione di misure volte a contenerli.

Tale soggetto – pur sprovvisto sia di una posizione di garanzia, difettando il suo richiamo tra i garanti normativamente previsti, sia di reati propri – riveste una posizione centrale nell'organizzazione della sicurezza. Segnatamente, in forza delle proprie competenze specifiche, aumenta il *know how* del datore di lavoro in ordine all'individuazione e alla gestione dei rischi connessi all'attività lavorativa. Di qui l'annosa questione circa la possibilità di assegnare rilevanza penale alle inadempienze del RSPP – magari l'unico che, nello specifico contesto aziendale, avrebbe potuto accorgersi della situazione di

comune pericolo: uno sguardo d'insieme, ibidem, 465 ss.

¹⁸ Ormai più di vent'anni fa, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 583 s., riprendendo T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 535, poneva in luce che «l'art. 40/2 c.p. assume i contorni di una vera e propria fattispecie “a formazione giurisprudenziale”, che rimette di fatto all'organo giudicante il compito di delimitare i confini della tipicità dell'omissione impropria».

¹⁹ Riteneva necessario il convogliamento sia di obblighi sia di poteri impeditivi in capo al garante, già A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio, cit.*, 587, anche rifacendosi a I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, 70 ss.

²⁰ Sui predetti ed altri profili di estensione ‘sconsiderata’ del criterio di competenza, F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023, 252 ss.

rischio – alle quali faccia seguito la verifica di eventi infortunistici²¹.

L'esigenza politico-criminale di non lasciar impunte condotte senza dubbio tutt'altro che prive di disvalore, ma, al contempo, tenute da un soggetto sprovvisto, da un lato, di una *posizione di garanzia* e, dall'altro lato, di veri e propri *poteri impeditivi*, ha portato la giurisprudenza ad elaborare soluzioni interpretative che difettano dei requisiti necessari ad assicurare il rispetto dei principi di legalità e di responsabilità per fatto proprio. In particolare, a partire dalla sentenza Lovison²², si è sviluppata nel diritto vivente la convinzione che la nozione di “*garante*”, nell'ambito delle organizzazioni complesse, non debba essere intesa in senso “tradizionale” – come soggetto su cui, nei reati omissivi impropri, grava una posizione di garanzia –, ben potendo essere ricondotta al soggetto chiamato, in varia guisa, a “*gestire un rischio*”, al di là della forma omissiva o commissiva della condotta considerata. Il “*garante*” inteso come “*gestore del rischio*”, in sintesi.

Il percorso ermeneutico – che ha incontrato l'autorevole avallo delle Sezioni Unite nel caso ThyssenKrupp – radica le proprie radici in costruzioni dogmatiche di segno diametralmente opposto rispetto a quello a cui questo, mediante successive *flessibilizzazioni*, perviene: l'*ampliamento del novero dei garanti*²³.

Sul presupposto – assai dibattuto – della *fungibilità tra azione e omissione* nell'esercizio di attività in forma organizzata²⁴, il criterio della “*competenza per il rischio*”, proposto in dottrina e, almeno apparentemente, in giurisprudenza, per garantire, in senso restrittivo, una *corretta individuazione dei soggetti responsabili*²⁵, viene valorizzato, in chiave estensiva, per giustificare

²¹ Escludono tale possibilità, salva l'ipotesi di cooperazione colposa mediante un contributo attivo del RSPP, S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, cit., 114 ss. e F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, cit., 107 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

²² Cass. pen., sez. IV, 23.11.2012, n. 49821.

²³ Cfr. *infra*, § 4.3.

²⁴ L'assimilazione viene esclusa, tra gli altri, da D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa University Press, Pisa, 2023, 150, il quale osserva come «il contributo omissivo del concorrente si può configurare solo a carico di un garante. Infatti, al di fuori dell'operatività dell'art. 40, comma 2, una omissione “atipica” – vale a dire non prevista espressamente come reato – da parte del soggetto non qualificato non può rientrare nell'orbita degli artt. 110 e 113 c.p. rispetto ad un reato di evento a forma libera». Nel settore della responsabilità medica, si mostra critico rispetto agli orientamenti giurisprudenziali confondenti il momento omissivo della colpa e l'omissione “in senso stretto”, proponendo di valutare, ai fini distintivi, ora l'influenza condizionalistica della condotta (nelle ipotesi commissive), ora la coincidenza tra l'evento *hic et nunc* verificatosi e quello che si sarebbe dovuto impedire (nelle ipotesi omissive), A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 481 s.

²⁵ Sul criterio di competenza, seppur talvolta con una diversa impostazione di fondo, R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, 195 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, *passim*. Sul tema, si vedano anche, senza pretesa di esaustività, L. CORNACCHIA, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, fasc. 2, 247 ss.; D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Discrimen*, 3.9.2018; S. DOVERE, *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in M. DONINI (a cura di), *Reato colposo*, in *Enc. dir., I Tematici*, II, Milano, Giuffrè, 2021, 597 ss.; M. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 25 ss.; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023, 206 ss.; D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., 320 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023, 244 ss. Pur non contrario alla

posizioni di garanzia in difetto di una norma che specificamente le preveda²⁶.

D'altro canto, anche il *potere impeditivo* viene privato della propria portata selettiva mediante l'enucleazione di un *potere "mediato"* del RSPP: mediato, naturalmente, dalle scelte del datore di lavoro, autentico "*garante*"²⁷.

«Ciò che importa – osservano le Sezioni Unite nel caso Thyssenkrupp – è che i componenti del SPP siano destinatari di obblighi giuridici; e non può esservi dubbio che, con l'assunzione dell'incarico, essi assumano l'obbligo giuridico di svolgere diligentemente le funzioni che si sono viste. D'altra parte, il ruolo svolto da costoro è parte inscindibile di una procedura complessa che sfocia nelle scelte operative sulla sicurezza compiute dal datore di lavoro. La loro attività può ben rilevare ai fini della spiegazione causale dell'evento illecito. Si pensi al caso del SPP che manchi di informare il datore di lavoro di un rischio la cui conoscenza derivi da competenze specialistiche. In situazioni del genere pare ragionevole pensare di attribuire, in presenza di tutti i presupposti di legge ed in particolare di una condotta colposa, la responsabilità dell'evento ai soggetti di cui parliamo. Una diversa soluzione rischierebbe di far gravare sul datore di lavoro una responsabilità che esula dalla sfera della sua competenza tecnico-scientifica»²⁸.

Il momento omissivo della colpa viene a sovrapporsi all'omissione come carattere dell'agire

valorizzazione del citato criterio, A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1548, approfondendo il concorso di cause indipendenti, rifiuta l'idea che l'art. 41 c.p. possa fornire un fondamento normativo al criterio di competenza, temendo l'approdo, per questa via, ad una sostituzione della «causalità naturalistica con un criterio di imputazione di carattere interamente valutativo», che segnerebbe un «regresso in termini di legalità e [di] attuazione del principio di personalità».

²⁶ Sulla descritta evoluzione del diritto vivente in merito alla responsabilizzazione penale del RSPP per delitti di evento dannoso alle persone, anche mediante la progressiva assegnazione allo stesso della qualifica di garante, in termini critici, A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., 117 ss. In giurisprudenza, di recente, Cass. pen., sez. IV, 8.3.2022, n. 33547; Cass. pen., sez. IV, 22.4.2021, n. 33980.

²⁷ Cfr., tra gli altri, P. BRAMBILLA, *Alcune riflessioni critiche sul riconoscimento della responsabilità penale in capo al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza in caso di morte o lesioni del lavoratore*, cit., 56 ss. Una precisazione, sul punto, è d'obbligo. Per mezzo delle rilevate censure, non si intende sostenere che, nell'ambito dell'agire plurisoggettivo, il soggetto che riveste una posizione di garanzia dovrebbe essere sempre in grado di impedire l'evento finale. Il dovere impeditivo di cui all'art. 40, comma 2, va mantenuto distinto dal contenuto (assai spesso) relazionale della regola cautelare, riconducibile all'art. 113. Il soggetto su cui grava una posizione di garanzia dovrebbe almeno essere in grado di attivare un processo idoneo ad interrompere quello in corso, sfociante nell'offesa. «Insomma, la posizione di garanzia attiene al profilo del *dovere*, la norma cautelare a quello del *potere*». Così, F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 493. Approfondendo il discorso, d'altra parte, come ha avuto modo di rilevare la migliore giurisprudenza di legittimità, ciò non oscura, in ambito colposo, «la necessità di tener distinti dovere di diligenza/norma di dovere e diligenza doverosa/regola cautelare» (così Cass., Sez. IV, sent. 8.1.2021, n. 32899, sul caso del disastro ferroviario di Viareggio), che comunque postula, nelle ipotesi omissive, l'individuazione, a monte, di una posizione di garanzia ricavabile dal 40 cpv. Il passo, peraltro, sembra tratto da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 286 ss., che già evidenziava come «diviene fondamentale [...] la distinzione tra: a) "dovere" (di diligenza); b) "diligenza" (quale contenuto del dovere). [...] In generale, il *dovere* di diligenza è posto dalle *norme* che, stabilendo un divieto, definiscono una situazione in cui astenersi da determinate azioni (imprudenti); ovvero, sostanziosamente in una pretesa positiva, impongono un obbligo di agire (secondo diligenza). [...] la "diligenza" doverosa consiste invece, più esattamente, nelle regole di condotta a contenuto cautelare identificabili come doverosa per il soggetto in quella situazione concreta». Per una ricostruzione dei diversi profili fenomenologici della colpa nei contesti lavorativi, D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, fasc. 3, 216 ss.

²⁸ Cass. pen., S.U., 24.4.2014, n. 38343 e, precedentemente, in termini identici, Cass. pen., sez. IV, 23.11.2012, n. 49821.

penalmente rilevante, con «elisione reciproca tra *tipicità* e *colpevolezza*»²⁹; un asserito rilievo del contributo causale giustifica, in combinato disposto con una nozione ‘rivisitata’ di garante e con specifiche violazioni cautelari, una vera e propria *posizione di garanzia*; il *potere impeditivo* si confà ad un più agevole criterio di *attivazione*, *aumento* o *mancata riduzione del rischio*. Un *obbligo di mezzi* diviene, per questa via, un *obbligo di risultato*.

Non stupisce, dunque, che al RLS sia stata attribuita una responsabilità penale per il sol fatto di ricoprire peculiari funzioni in materia di sicurezza e, in forza del mancato esercizio delle proprie “attribuzioni”, di aver contribuito causalmente alla verifica dell’evento.

4.1. Concorso di persone e rapporto causale in contesti organizzativi

L’ampliamento del novero dei soggetti chiamati a rispondere dell’evento determinato da una (travisata) nozione di “*garante*” come “*gestore del rischio*” spinge ad interrogarsi sulla reale portata euristica del rapporto di causalità al cospetto di fenomeni connotati dall’agire (o dall’omettere) sincronico o diacronico di una pluralità di persone. Alla luce di un siffatto orientamento interpretativo, parrebbe questo, infatti, l’unico criterio in grado di selezionare, sul piano oggettivo, i contributi penalmente rilevanti dei soggetti che hanno preso parte al processo culminante nella verifica dell’offesa: il solo accertamento in grado di mantenere un qualche legame tra l’imputazione oggettiva di un evento e il principio di responsabilità per fatto proprio.

Ben note sono le criticità derivanti dalla trasposizione dell’accertamento causale inteso in senso tradizionale all’*agire collettivo*; criticità che, a ben guardare, vengono ad acuirsi nel settore in esame, confluendo in vere e proprie (dichiarate) *presunzioni*.

In ambito concorsuale, il rapporto di causalità che lega i singoli contributi in funzione dell’impedimento finale dell’offesa si allontana dal modello generalizzante di *sussunzione sotto leggi scientifiche* per rifarsi ad un modello, in un certo senso, più *individualizzante* e “contaminato” da paradigmi presuntivi. Nessuna legge scientifica è in grado di qualificare come autentiche *cause* di un infortunio le negligenze intervenute nella “catena” (inter-relazionale) di gestione del rischio: ad es. la mancata valutazione o segnalazione dello stesso, il difetto di formazione, etc. E ciò per il semplice motivo che, sempre in via esemplificativa, sul piano controfattuale, anche ove il rischio fosse stato *ex ante* correttamente valutato e la formazione adeguatamente impartita, l’impedimento dell’evento dipenderebbe pur sempre dal comportamento (*compliant* o meno) del lavoratore che, *ex post*, verrà fatalmente a contatto con quel fattore di rischio. Correlativamente, anche se il RSPP avesse tempestivamente segnalato al datore di lavoro un rischio poi concretizzatosi nell’evento,

²⁹ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 253.

l'impedimento del risultato dannoso dipenderebbe pur sempre dalla tempestiva adozione della misura preventiva da parte del datore di lavoro reso ipoteticamente edotto. «Ogni condotta è frutto di scelte, di iniziative 'liberamente' intraprese, che escludono, per definizione, quella 'ripetibilità' del processo eziologico secondo una legge scientifica in grado di esprimere, deterministicamente (in tutti i casi, o in chiave 'probabilistica', non interessa) un nesso di derivazione constatabile *in rerum natura*»³⁰.

L'esigenza di rifuggire da logiche assai prossime a quelle del caso per caso³¹ potrebbe dunque orientare l'interprete – similmente a quanto avviene nell'accertamento della causalità psichica – nel senso di ricondurre il fenomeno a *massime di esperienza* riguardanti le interazioni personali o, in altri termini, l'agire in contesti relazionali e organizzati. Di qui, nella materia in esame, il *cortocircuito interpretativo*. Se è vero, per un verso, che la predisposizione di presidi antinfortunistici o la mancata segnalazione di rischi al garante in senso proprio attivano, aumentano o non riducono il rischio di verificazione dell'evento lesivo, è altresì vero, per altro verso, che ciò non implica che il garante assuma gli adeguati accorgimenti o, ancor più, che i lavoratori utilizzino i rimedi previsti. Anzi, è proprio la giurisprudenza, sindacando l'affidamento che il garante – tipicamente il datore di lavoro – può riporre sull'osservanza delle prescrizioni impartite, a considerare il lavoratore come soggetto intrinsecamente *imprevedibile* e, in quanto tale, *inaffidabile*: carattere di cui deve necessariamente tenere conto il vertice aziendale nella predisposizione dell'organizzazione del lavoro³².

La soluzione, giocoforza, non può che ridursi ad una *presunzione 'causale'*.

In giurisprudenza, la questione si è posta soprattutto nei casi in cui il RSPP manchi di segnalare un rischio purtuttavia già ben noto al datore di lavoro: situazioni in cui sembrerebbe – almeno nella maggior parte dei casi – difettare quel nesso di causa-effetto che lega l'inottemperanza del primo alla (finale) realizzazione dell'offesa. In tali ipotesi, parrebbe difficile escludere la verificazione dell'evento aggiungendo mentalmente la segnalazione (ulteriore) del rischio. In altri termini, si avrebbe più di qualche *ragionevole* dubbio circa la permanenza dell'inottemperanza del datore pur a fronte di una nuova rappresentazione della (già ben nota) situazione di rischio. L'allontanamento dell'individuazione del *responsabile* dal principio di *responsabilità* si impone in modo autoevidente.

Proprio in queste situazioni, nondimeno, il diritto vivente cede, come anticipato, alla *logica presuntiva*. «Il RSPP – si legge nelle massime delle più recenti pronunce in materia – può essere

³⁰ G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *LP*, 3.2.2020, 4. Osservava come «per far fronte alla crisi del modello tradizionale di causalità [...] e per semplificare l'ardua individuazione dell'autore del reato, si finisce per radicare la responsabilità omissiva sulla mancata eliminazione o diminuzione di elementi di rischio» già A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 597.

³¹ Emblematica, sul punto, l'analisi di D. FONDAROLI, *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del "caso per caso" ed il "circo mediatico-giudiziario"*. *Il nuovo particolarismo giuridico*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 1, 135 ss.

³² Quanto ai profili relazionali della colpa e alla totale irrilevanza del *Vertrauensgrundsatz* nel settore lavoristico, ampiamente, in senso critico, D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., 353 ss.

ritenuto responsabile [...] del verificarsi di un infortunio, ogni qual volta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, *dovendosi presumere che alla segnalazione faccia seguito l'adozione*, da parte del datore di lavoro, *delle iniziative idonee a neutralizzare tale situazione* (sez. 4, n. 24822 del 10.03.2021, Solari, rv. 281433, relativa a fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva riconosciuto la responsabilità del RSPP per non avere segnalato nell'ultimo DVR il rischio di caduta nel vuoto per il cattivo stato di manutenzione dei parapetti di un balcone, [...] *ritenendo irrilevante [...] la circostanza che il rischio non segnalato fosse noto al datore di lavoro*)»³³.

Evidenti i contrasti con il principio di personalità della responsabilità penale³⁴.

Sono rare ed attinenti ad un diverso settore (quello della responsabilità medica) le pronunce che richiedono un accertamento probatorio più pregnante per ritenere verificata l'efficacia causale di violazione di obblighi di comunicazione da parte di diversi garanti *succedutisi* nella gestione del rischio rispetto al verificarsi dell'evento lesivo³⁵. In tali situazioni, si ritiene necessario, in particolare, che il mancato intervento salvifico debba rinvenire la propria *causa* nell'omessa segnalazione del rischio da parte del predecessore. «In presenza di una condotta che non intervenga nella progressione del rischio verso l'evento temuto è necessario accertare che la condotta doverosa sarebbe stata in grado di impedire o ritardare tale progressione. E quando la condotta doverosa non consiste in un intervento diretto sul processo in evoluzione ma, come nel caso che occupa, nella segnalazione ad altri della situazione di rischio, le regole generali impongono di accertare che il successivo comportamento negligente del diverso attore trovi causa proprio nella mancata segnalazione»³⁶.

³³ Cass. pen., sez. IV, 12.12.2023, n. 49300. In senso conforme, Cass. pen., sez. IV, 18.9.2023, n. 37991; Cass. pen., sez. IV, 07.6.2022, n. 21863; Cass. pen., sez. IV, 15.12.2016, n. 2406; Cass. pen., sez. IV, 21.12.2010, n. 2814. E, ancora, Cass. pen., sez. IV, 4.4.2007, n. 39567, che evidenzia come «quanto al nesso di causalità [...] la mancanza di una formale segnalazione della situazione [...] costituisce un antecedente causalmente ricollegabile alla verifica dell'infortunio, della cui incidenza causale non può dubitarsi solo perché la pericolosità della situazione era comunque nota al datore di lavoro. Deve infatti ritenersi [...] che la segnalazione formale della situazione avrebbe indotto il datore di lavoro, dovendosi presumere il corretto funzionamento del sistema prevenzionale, a quegli interventi di adeguamento [...] che invece solo a seguito dell'incidente in questione vennero adottati».

³⁴ Per un recupero dell'accertamento causale anche nell'ambito della cooperazione colposa, tra gli altri, R. PALAVERA, *Fiducia e deterrenza: due paradigmi compatibili?*, cit., 77 ss.

³⁵ Sulla distinzione tra *trasferimento di obblighi di garanzia e successione nella posizione di garanzia*, per tutti, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 590 ss.

³⁶ Cass. pen., sez. IV, 2.10.2018, n. 1175. Riconduceva ipotesi simili al paradigma *causa causae est causa causati*, non dubitando della possibilità di ricorrere ad un procedimento causale «analogo a quello a quello in materia di causalità "naturalistica"» qualora alle condotte del successore sia fornito un contributo *necessario e insostituibile*, già A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, cit., 485. Pone in luce la necessità di valutare ciò che è effettivamente successo, rifiutando miopi automatismi, anche M.L. MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2010, 1489 ss., il quale, tuttavia, evidenzia l'impossibilità di far ricorso a leggi scientifiche di copertura per la spiegazione del fenomeno. Anni fa, evidenziava lo scavalco dell'accertamento della colpa sull'indagine causale in ambito medico A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 597, che proponeva, con riferimento ai casi di successione diacronica dei garanti, un mutamento del contenuto dell'obbligo di garanzia, non più fondato, per il "cedente", sull'impedimento del reato, bensì sulla rimozione della situazione di rischio da egli colposamente creata (643 ss.). Per una panoramica delle diverse sfaccettature della colpa nel settore medico, per tutti, M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, in M. DONINI (a cura di), *Reato colposo*, in *Enc. dir.*, I

4.2 Le ricadute nell'ambito della responsabilità del RLS

Alla luce di quanto osservato, non pare del tutto avulsa da ogni appiglio giurisprudenziale – lo si era anticipato in apertura – la soluzione cui perviene la Suprema Corte nella pronuncia in commento: l'unica, per il momento, che ha dichiarato la responsabilità penale di un rappresentante dei lavoratori per la sicurezza per delitti di danno alle persone.

Certo è che mentre il RSPP è una figura qualificata, che aggiunge un bagaglio tecnico ed esperienziale al sistema della sicurezza del lavoro, il RLS si connota per la propria funzione primariamente 'politica': di promozione e di rappresentanza dei lavoratori³⁷. Ciò non di meno, gli esiti a cui giunge la giurisprudenza nelle ipotesi di mancata segnalazione del rischio – già noto al datore – da parte del RSPP ben potrebbero, almeno in astratto, giustificare una responsabilità penale del RLS. Va senz'altro ricordato che, nel caso di specie, la pronuncia non è stata nemmeno massimata e che l'imputato, ricoprendo la carica di consigliere di amministrazione, avrebbe dovuto, in tale sua qualità, essere considerato un vero e proprio garante. Purtroppo, almeno a modesto parere di chi scrive, uno sviluppo interpretativo in tal senso, per le ragioni anzidette, non potrebbe venire aprioristicamente escluso.

Qualora il RLS ometta di avvertire il "responsabile della azienda dei rischi individuati nel corso della sua attività" (art. 50, comma 1, lett. n, del d. lgs. 81/2008) e successivamente quel rischio si tramuti in evento lesivo, la sua condanna per omicidio o lesioni risulterebbe in linea con il citato orientamento del diritto vivente. Invero, ciò è proprio quanto accaduto nel caso di specie: il RLS, pur avvisato di una situazione di rischio da parte di lavoratori, non l'aveva comunicata al datore, così contribuendo «causalmente alla verifica dell'evento»³⁸. A nulla rileva che il soggetto garante fosse già ben conscio dell'ipotesi di pericolo, avendo egli stesso convertito le mansioni del lavoratore da impiegato tecnico a mulettista in assenza di una adeguata formazione; e nemmeno che il rischio fosse già stato segnalato da un soggetto qualificato: il RSPP. Nella visione dell'organo giudicante, in questa specifica pronuncia, la segnalazione del rischio da parte del RLS avrebbe *oltre ogni ragionevole dubbio* condotto, in definitiva, all'impedimento dell'evento lesivo³⁹.

La soluzione si rivela evidentemente in contrasto con lo *standard* di giudizio richiesto dal

Tematici, II, Milano, Giuffrè, 2021, 153 ss.

³⁷ La distinzione funzionale delle due figure, che si riverbera sulla possibilità di incidere sulle decisioni del datore di lavoro, è l'elemento che orienta P. BRAMBILLA, *Alcune riflessioni critiche sul riconoscimento della responsabilità penale in capo al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza*, cit., 56 ss., verso l'esclusione della possibilità di considerare il RLS come "gestore del rischio".

³⁸ Cass. pen., sez. IV, 27.6.2023, n. 38914.

³⁹ Critici rispetto alla soluzione, seppur argomentando in modo non totalmente coincidente, anche R. PALAVERA, *Fiducia e deterrenza: due paradigmi compatibili?*, cit., 77 ss., 88, nt. 123 e CELLI, *Se i diritti diventano doveri*, cit., 2.12.2023.

principio, di matrice costituzionale, di responsabilità per fatto proprio.

Anche ammettendo che il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza sia effettivamente destinatario di veri e propri doveri, a partire da una norma che tipizza un (possibile) profilo di colpa specifica viene ricavata la posizione di garanzia di un soggetto che non compare tra i garanti legislativamente previsti. Il rapporto “causale” tra la sua omissione – che certo si interseca con un complesso di interazioni pluripersonali – e il verificarsi dell’evento lesivo viene inoltre esplicitamente presunto. Assai difficile sarebbe stato immaginare di peggio.

4.3. Il criterio della “competenza per il rischio”

Autentico corollario del principio di responsabilità per fatto proprio, il *criterio di competenza* risulta volto a selezionare, ancor prima dell’accertamento causale, i soggetti competenti a gestire il rischio specifico che si è concretizzato nel risultato lesivo. In altri termini, tra condotta ed evento deve sussistere un *nesso di rischio* che non sostituisce il vaglio etiologico, bensì si aggiunge ad esso. L’offesa, per essere imputata oggettivamente ad un soggetto, deve corrispondere alla realizzazione del rischio da questi illecitamente attivato, aggravato o non ridotto⁴⁰.

È evidente la portata garantista del criterio in esame. Esso è volto ad allocare responsabilità autenticamente proprie, attribuendole ai soli soggetti sui cui grava il potere e dovere di gestire il rischio specifico che si è concretizzato nell’evento. Solamente in questo senso, potrebbe dirsi “*garante*” colui che “*gestisce un rischio*”. Siffatta impostazione, pur applicando indistintamente i propri risultati alle ipotesi di responsabilità sia commissiva sia omissiva, non mette in dubbio la necessità di individuare (anche) una posizione di garanzia intesa in senso proprio in queste seconde ipotesi, né implica il superamento del successivo giudizio causale e di colpa (o di dolo). Essa *precede tutti questi momenti*⁴¹.

Confondendo *tipicità oggettiva e colpa*, per un verso, e la *selezione dei soggetti garanti* con quelli che, in varia guisa, sono chiamati a prender parte all’*impedimento plurisoggettivo dell’offesa* (tra i quali rientrano anche i destinatari di meri obblighi di attivarsi)⁴², per altro verso, il diritto vivente elabora dunque una nozione di garante del tutto avulsa da ogni appiglio normativo, così assegnando responsabilità penali che bypassano l’assoluta vigenza dei principi di legalità e di personalità della responsabilità penale.

5. Una nuova soluzione: il nesso di strumentalità come criterio di selezione dei contributi rilevanti

⁴⁰ Cfr. nt. 25.

⁴¹ Cfr., per tutti, M. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, cit., 26 ss.

⁴² In argomento, tra gli altri, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., *passim*.

Facendo i conti con la descritta impostazione giurisprudenziale e con l'attuale conformazione delle attività economiche, negli ultimi lustri si è levata un'autorevole voce dottrinale proponente un mutamento dell'angolo prospettico⁴³.

La posizione di garanzia intesa in senso tradizionale – implicante la convergenza in capo allo stesso soggetto del potere e del dovere di impedimento del reato – è messa in crisi dall'attuale conformazione delle attività economiche. L'evoluzione interpretativa di cui si è dato conto, d'altra parte, in quanto risposta “adattiva” della giurisprudenza, ne rappresenta la dimostrazione.

In primo luogo, l'attuale formazione della volontà della *societas* nasce e si sviluppa nell'ambito di complessi processi plurisoggettivi di gestione aziendale: quasi mai è riposta nelle mani di un unico organo unipersonale.

In secondo luogo, nell'agire organizzato, è assai diffusa la scissione tra obblighi – tendenzialmente di attivarsi – e poteri di intervento⁴⁴.

In terzo luogo, assai frequentemente avviene che l'adozione da parte del garante degli opportuni provvedimenti risulti in concreto condizionata dal rispetto di obblighi intermedi propositivi o informativi. Breve: solo a fronte dell'attivarsi di un soggetto (sprovvisto di una posizione di garanzia), il garante potrebbe divenire edotto della situazione di rischio e dunque assumere le conseguenti determinazioni.

In questo contesto, effettivamente, la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale pare prestarsi a rappresentare meglio l'insieme delle condotte “frazionate”, dirette, in ultima analisi, alla prevenzione plurisoggettiva dell'offesa⁴⁵.

Per mezzo del combinato disposto di due “moltiplicatori di fattispecie”⁴⁶ – l'art. 40, comma 2, e l'art. 110 (o 113) c.p. – vengono unificate le condotte, anche di diverso segno (commissivo o omissivo), di soggetti chiamati a gestire, in varia guisa, un rischio specifico. Sull'organizzazione si

⁴³ Il riferimento è ad A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., *passim*.

⁴⁴ In altri termini, nell'attuale conformazione delle realtà economiche, non è infrequente che i soggetti – tendenzialmente più vicini alla situazione di rischio – su cui gravano obblighi intermedi di segnalazione o di sorveglianza siano sprovvisti dei relativi poteri di intervento, che rimangono nelle mani dei soli *garanti*.

⁴⁵ La teoria, originariamente, si deve a R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1956; la sua compiuta contestualizzazione nel settore in esame, da ultimo, ad A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., *passim*.

⁴⁶ La qualificazione è tratta da D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 14, il quale osserva che «l'ampiezza dell'estensione della punibilità e il grado di indeterminatezza delle fattispecie “riproducibili” mediante tali moltiplicatori si accrescono in modo esponenziale nelle ipotesi (più o meno controverse) di applicazione cumulativa (e reciproca) di due clausole di incriminazione, dando vita a una sorta di terzo livello di criminalizzazione, ancora più lontano dalla selezione operata dal legislatore sul piano della singola fattispecie-base», successivamente, e più diffusamente, in D. CASTRONUOVO, *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Dir. & Quest. pubbl.*, 2018, fasc. 2, 62. Per una compiuta indagine sul punto, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001.

individua una *Garantenstellung* condivisa e frazionata tra i vari attori deputati ad intervenire nel processo culminante nella verifica dell'evento-reato; e ciò, si badi bene, indipendentemente dalla presenza in capo a ciascuno di questi di una posizione di garanzia in senso proprio. D'altro canto, si rileva, «a fronte del verificarsi di un'offesa, un conto è imputare l'evento – ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. e della disposizione di parte speciale – al garante che non lo abbia impedito, un altro, è far rispondere un soggetto – ex artt. 40, comma 2, e 110 o 113 c.p. – di concorso nell'omesso impedimento dell'evento»⁴⁷.

Il criterio di unificazione delle condotte – e di accertamento della possibile rilevanza penale di quella tenuta dal soggetto di cui si indaga la responsabilità – non si ritiene riconducibile al giudizio causale (le cui problematiche sono già state evidenziate), ma viene ravvisato nel *nesso di strumentalità*, da valutarsi sia *ex ante* sia *ex post*, che intercorre fra di esse.

Ex ante, deve essere accertato se ogni condotta costituisca astrattamente un anello della catena funzionale alla prevenzione plurisoggettiva dell'offesa; se rappresenti un segmento suscettibile di attivare, aggravare o non ridurre il rischio concretizzatosi nell'evento-reato.

Ex post, il nesso di strumentalità deve essere valutato come “peso” che la condotta (*rectius*, nelle ipotesi colpose, che la violazione della regola cautelare) ha assunto nel processo che è sfociato nella verifica dell'evento⁴⁸.

La teorica pare trovare un proprio parallelismo nella considerazione secondo cui «la “causalità” della partecipazione [...] non rientra nello schema della “sussunzione sotto leggi”, ma neanche in quello – eccessivamente estensivo – della pura “prognosi”: è semplicemente riscontro materiale, *per facta*, dell'*effettività* del contributo del partecipe, nel senso di un suo reale inserimento nella dinamica della concreta attuazione criminosa. Si tratta, cioè, di accertare se il partecipe abbia messo “qualcosa di suo” nella realizzazione criminosa, rendendola quindi *parzialmente* propria»⁴⁹.

Secondo questo ragionamento, nulla vieterebbe che anche il RLS possa essere chiamato a rispondere, in presenza di tali accertamenti, di eventi lesivi a carico di lavoratori (o terzi) concretizzanti il rischio lavorativo che egli ha (da solo o con altri) mal gestito. Certo, il suo contributo dovrebbe risultare *strumentale* rispetto alla realizzazione del reato – elemento non riscontrabile nel caso vagliato dalla Suprema Corte⁵⁰ –, ma ciò non toglie che, quantomeno in astratto, il RLS, magari proprio nei

⁴⁷ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., 188.

⁴⁸ In merito alle omissioni degli obblighi di segnalazione, allerta o comunicazione – tipici, come detto, del RLS, qualora vengano considerate come tali le relative “attribuzioni” – A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., 201 osserva che «si dovrà accertare l'eventuale valenza strumentale che il deficit cognitivo-informativo ha assunto sul piano dell'impedimento pluripersonale e complesso dell'evento, ripercuotendosi sulla funzionalità degli interventi di altri soggetti coinvolti nell'esercizio dell'attività».

⁴⁹ L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2007, 76 s., la cui ultima considerazione è ripresa anche da E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni “neutrali”*, Giappichelli, Torino, 2018, 51.

⁵⁰ La conclusione discende dalla valorizzazione, nel testo della motivazione di Cass. pen., sez. IV, 27.6.2023, n. 38914,

casi in cui divenga edotto di rischi prima del garante, possa essere chiamato a rispondere per delitti di evento dannoso alla luce del mancato esercizio delle proprie funzioni⁵¹.

6. Considerazioni conclusive

Responsabilità penale del RLS sì o no? La risposta non è scontata.

L'orientamento del diritto vivente in merito alla responsabilizzazione penale del RSPP appare tutt'altro che confortante ed i principi da esso conati potrebbero, almeno teoricamente, giustificare anche una responsabilità penale del RLS.

Ciò non di meno, a conti fatti, l'impressione che può trarsi dalle soluzioni enucleate in giurisprudenza appare quantomai negativa per i principi di legalità e di personalità della responsabilità penale.

Superata siffatta impostazione del diritto vivente, la risoluzione del quesito riposa – come anticipato in apertura – sul grado di torsione di istituti tradizionali ovvero sul margine di allontanamento dalle scelte di criminalizzazione effettuate dal legislatore, in forza dell'utilizzo congiunto di plurimi “moltiplicatori” di fattispecie, che si è disposti ad accettare per adattare il diritto penale all'evoluzione dell'agire economico in forma organizzata.

Secondo una soluzione più marcatamente tradizionale, non rientrando il RLS tra i soggetti garanti in senso proprio, questi potrebbe – alla pari del RSPP – essere considerato responsabile esclusivamente per contegni attivi che abbiano azionato o aggravato il rischio successivamente concretizzatosi nell'evento: ipotesi di difficile immaginazione alla luce delle circoscritte prerogative che il legislatore ha assegnato a tale figura di rappresentante.

Alla luce dell'interpretazione volta ad individuare nell'organizzazione una *Garantenstellung* condivisa e frazionata tra i vari soggetti chiamati a gestire un determinato rischio, ben potrebbe essere individuata, invece, una responsabilità penale del RLS per contegni omissivi, seppur solamente in casi isolati. Il nesso di strumentalità che dovrebbe avvincere le condotte penalmente rilevanti orientate all'impedimento plurisoggettivo dell'evento-reato, se preso sul serio, comporterebbe infatti la riduzione delle ipotesi di responsabilità del RLS a casi peculiari ed infrequenti nella prassi, implicanti, salvo eccezioni, la conoscenza di un rischio ignoto ai vertici aziendali e, in ogni caso, non comunicato

della consapevolezza circa la situazione di rischio da parte del datore di lavoro, da un lato, e dalla già avvenuta comunicazione della situazione di pericolo allo stesso da parte di un soggetto maggiormente qualificato (il RSPP), dall'altro.

⁵¹ D'altro canto, proprio A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., 215, ricomprende il RLS tra le figure che, «pur non risultando titolari di obblighi impeditivi, sono chiamate in varia guisa ad integrare funzionalmente il sistema di sicurezza del lavoro in funzione della prevenzione e dell'impedimento di eventi lesivi», tra le quali annovera altresì «[il] responsabile del servizio di protezione e prevenzione, [il] medico competente, [il] rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, [i] soggetti esterni al rapporto di lavoro (progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori, ecc.)».

da parte di garanti a contatto con i lavoratori o comunque con il fattore di rischio, tipicamente i preposti, o da parte di altri soggetti, qualificati o meno, come ad esempio il RSPP oppure uno o più lavoratori.

Tale soluzione, peraltro, pur affondando le proprie radici sulla corretta interpretazione di dati normativi⁵², nei fatti non pare discostarsi troppo da quella talvolta adottata dalla giurisprudenza per assegnare rilevanza penale a contegni omissivi del solo RSPP: il riferimento, naturalmente, è alla concezione di garante inteso come “gestore del rischio”. A mutare sarebbe il grado di incidenza da riconoscere alla condotta agevolatrice o strumentale per essere considerata – almeno in via oggettiva – penalmente rilevante: presunta nel secondo caso – salva l’adozione del diverso paradigma enucleato nel settore medico⁵³–; maggiormente pregnante nel primo.

D’altro canto, almeno nell’ambito della sicurezza del lavoro, tale ultima soluzione dovrebbe riuscire a coniugarsi con l’enucleazione da parte del legislatore, all’art. 299 del d. lgs. 81/2008, di ben definite figure di garanti. Certo, lo scoglio non pare insormontabile, avendoli siffatta disposizione richiamati esclusivamente per equipararvi colui che, pur sprovvisto di una qualifica formale, in concreto rivesta una di quelle posizioni: il “garante di fatto”. Considerando la previsione non ‘completa’ di tutti i soggetti garanti, bensì solamente ricognitiva delle figure destinate ad assumere rilevanza anche in via di fatto, potrebbe infatti giustificarsi l’attribuzione di responsabilità a soggetti (es. il RSPP o, appunto, il RLS) considerati, in forza di una innovativa impostazione ermeneutica, titolari di una frazione della *Garantenstellung* parcellizzata, gravante sull’*organizzazione*. In altri termini, una siffatta lettura della disposizione non negherebbe che questi ultimi possano essere chiamati a rispondere per il mancato impedimento plurisoggettivo dell’offesa. Con il dato testuale dell’art. 299, in ogni caso, si dovrà fare i conti.

In fondo, è interessante notare che, partendo dall’analisi di una tanto singolare quanto incomprensibile costruzione di un capo accusatorio (quello che ha originato la sentenza della Cassazione in analisi), è stato approfondito il percorso, faticoso e qui non condiviso, con cui la giurisprudenza sta cercando di adeguare tradizionali istituti di parte generale a, queste sì condivise, esigenze di tutela. D’altronde si sa, «anche il più classico battito delle ali di una farfalla provoca effetti a cascata in lidi apparentemente distanti»⁵⁴.

⁵² L’impostazione, come anticipato, affonda le proprie radici sul combinato disposto degli artt. 40 cpv. e 110 (o 113) c.p.

⁵³ V. *supra*, § 4.1.

⁵⁴ A. VISCOMI, *Professionalità e diligenza ai tempi della transizione digitale*, in *Labour & Law Issues*, 2024, fasc. 10, 58.

ATTI DEL SEMINARIO “NUOVI ORIZZONTI DELLA TUTELA (PENALE?) DELL’INFORMAZIONE SOCIETARIA: “INFORMAZIONE NON FINANZIARIA” E “INFORMAZIONE SULLA SOSTENIBILITÀ” DELL’ATTIVITÀ D’IMPRESA”, BOLOGNA, 6 MAGGIO 2024.

Scopo di lucro e sostenibilità

di Renzo Costi

Già professore ordinario di diritto commerciale

della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna

1. Credo che uno dei punti sui quali si soffermerà la riflessione di oggi sia la “rendicontazione di sostenibilità” come sezione della relazione sulla gestione, così come definita dall’art. 19 bis della Direttiva 2022/2464. Questa norma individua due distinti contenuti di tale rendicontazione; ossia a) sulla incidenza che le scelte dell’impresa hanno sulle “questioni di sostenibilità” e b) sulla incidenza che le “questioni di sostenibilità” hanno sull’andamento dell’impresa, sui suoi risultati e sulla sua situazione. A sua volta il progetto di decreto delegato di attuazione di quell’art 19 bis della direttiva individua le questioni sostenibilità nei “fattori ambientali, sociali, relativi ai diritti umani e di governance, compresi i fattori di sostenibilità”, individuati nelle problematiche ambientali, sociali e concernenti il personale, il rispetto dei diritti umani e le questioni relative alla corruzione.

2. Preliminare ad una corretta collocazione delle questioni di sostenibilità coinvolte dalla informazione sulle stesse a me pare sia la collocazione di tali questioni nell’ambito della struttura societaria e, in particolare, nella loro collocazione nell’ambito dello scopo della società e degli interessi che la società deve o può perseguire. La norma cardine in questa prospettiva è l’art. 2267 del codice civile, a norma del quale con il contratto di società i soci perseguono uno scopo di lucro. In altri termini, non c’è società se non c’è il perseguimento di un lucro. La società non è una struttura neutra sotto il profilo dello scopo.

3. Ciò non toglie che interessi diversi da quello di lucro dei soci abbiano una incidenza notevole sui doveri dei gestori. Per un lungo tratto di tempo l’unico interesse, diverso da quello dei soci, giuridicamente rilevante sulla gestione della società, è stato quello dei creditori sociali. Basti pensare all’art. 2394 del codice. Ma l’interesse dei creditori sociali non costituisce uno scopo della società, ma si realizza attraverso l’imposizione di vincoli a carico degli amministratori. A partire dalla crisi del 2007 – 2008 una serie di vicende economiche e sociali hanno fatto emergere l’importanza di altri interessi che possono essere, da un lato, incisi dall’attività della società e, dall’altro, possono a loro volta incidere sulla società. Sono quelli che la direttiva 2022/2464 definisce come “questioni di sostenibilità”. E allora si è posto con urgenza, almeno sul piano teorico, il problema di collocare nell’ambito degli scopi della società, questi interessi diversi in linea di principio, da quello dello scopo di lucro dei soci. E una parte di autori ha avuto la tentazione di considerare questi interessi come uno scopo della società, come lo è l’interesse lucrativo dei soci. A me pare che, in realtà, questi diversi interessi, compresi quelli di sostenibilità, non costituiscano uno scopo della società, siano in linea di principio oggetto di obblighi della società ma non concorrano a definirne lo scopo. Ossia credo che siano tutelati attraverso un modello già seguito per la tutela dei creditori sociali; attraverso obblighi imposti agli amministratori. Il che non significa che in questo modo la tutela loro offerta sia inferiore a quella che offrirebbe il considerarli rientrare nello scopo della società. Ma, a mio avviso, significa tenere distinto lo Stato dal Mercato; ossia significa non attribuire a società private il perseguimento di interessi di carattere pubblico e, tutto sommato, alla fin fine significa pretendere che gli interessi

pubblici siano affidati a strutture pubbliche e, almeno in linea di principio con una responsabilità politica.

L'informazione societaria di sostenibilità: le nuove regole europee

di **Sergio Gilotta**

Professore associato di diritto commerciale nell'Università di Bologna

1. Introduzione

La disciplina dell'informazione societaria, in Italia e negli altri paesi dell'Unione europea, si è recentemente arricchita di un nuovo importante tassello. Con la Direttiva 2022/2464 (Corporate Sustainability Reporting Directive o "CSRD"), il legislatore europeo ha introdotto una nuova e articolata disciplina dell'informazione societaria in materia di sostenibilità. Le nuove regole prevedono la predisposizione di due distinti documenti, da pubblicarsi con cadenza annuale in occasione della pubblicazione del bilancio:

- a) una «rendicontazione di sostenibilità», da inserire nella relazione sulla gestione, quale apposita sezione della stessa (art. 19-bis);
- b) una «rendicontazione consolidata di sostenibilità», da inserire nella relazione sulla gestione consolidata dell'impresa capogruppo, come apposita sezione della medesima (art. 29-bis).

Sia l'una che l'altra devono essere redatte secondo i principi europei di rendicontazione di sostenibilità (European Sustainability Reporting Standards o ESRS), elaborati dall'EFRAG (European Financial Reporting Advisory Group) e contenuti nel regolamento delegato 2023/2772, e sono soggette al controllo (sebbene nella forma meno incisiva della c.d. limited assurance) del revisore legale dei conti.

La CSRD non rappresenta una novità assoluta. Obblighi di informazione concernenti questioni ambientali e sociali erano già previsti, a livello europeo, dalla direttiva 2014/95/UE sulla c.d. informazione non finanziaria. La CSRD si inserisce nel solco di quest'ultima, potenziando fortemente questo tipo di obblighi. Cambia anche il modo in cui l'informazione in questione è concepita dal legislatore europeo: mentre in precedenza prevaleva la visione che questa avesse rilevanza principalmente per gli stakeholder e fosse invece in principio irrilevante per gli azionisti (e gli investitori più in generale), sul presupposto che questi fossero esclusivamente interessati agli aspetti finanziari dell'attività di impresa, con la CSRD si afferma l'idea che l'informazione di sostenibilità ha anche un autonomo rilievo finanziario, come testimoniato dalla scelta di abbandonare la precedente nozione di "informazione non finanziaria" (la quale suggeriva, per l'appunto, che l'informazione in questione non avesse rilievo sul piano finanziario) in favore di quella di "informazione di sostenibilità". D'altra parte, è un dato ormai acquisito che le "questioni di sostenibilità" – ossia, richiamando la definizione fornita dal legislatore europeo, i fattori ambientali, sociali, relativi ai diritti umani o di governance – siano spesso fonte di rischi per l'impresa: cosa che rende l'informazione di sostenibilità rilevante anche sul piano finanziario, rivelandosi utile per la determinazione del valore dei titoli della società e quindi per le decisioni degli investitori.

2. *Le novità più significative in materia di rendicontazione di sostenibilità*

La CSRD ha innovato in profondità il precedente regime dell'informazione "non finanziaria". Fra gli aspetti più significativi dell'intervento del legislatore europeo si segnalano i seguenti:

- a) rispetto a quanto previsto dalla direttiva sull'informazione non finanziaria del 2014, si assiste a un significativo ampliamento dell'informazione da fornire al pubblico. Questo deriva soprattutto dalla disciplina di secondo livello, che, in attuazione delle prescrizioni generali della CSRD, prevede obblighi di rendicontazione estremamente dettagliati e "granulari". Ne forniremo una esemplificazione più avanti, prendendo a riferimento gli obblighi di informazione concernenti gli aspetti ambientali.
- b) vi è un significativo ampliamento delle imprese soggette agli obblighi di rendicontazione di sostenibilità. Pur con alcune variazioni e in tempi diversi, le nuove regole si applicano infatti a (i) imprese di grandi dimensioni, quotate e non quotate, (ii) piccole e medie imprese i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato (con esclusione delle microimprese), (iii) imprese di assicurazione ed enti creditizi che siano imprese di grandi dimensioni o PMI quotate su mercati regolamentati. Secondo alcune stime, si passerebbe dalle attuali 11.700 a 49.000 imprese europee soggette al nuovo regime.
- c) le nuove norme europee non si applicano solamente alle imprese aventi sede nell'Unione europea, ma anche alle imprese di paesi terzi non-UE presenti attraverso succursali o società controllate sul territorio dell'Unione e che ivi «svolg[ano] una parte significativa della loro attività».
- d) la selezione delle informazioni da fornire è governata dal principio di «double materiality»: è necessario comunicare non solo come le questioni di sostenibilità incidano sulla performance finanziaria dell'impresa, ma anche come l'attività da questa esercitata incida sulle questioni di sostenibilità.

3. *L'ambito di applicazione della disciplina: le PMI quotate*

Gli obblighi di rendicontazione di sostenibilità si applicano a un numero significativo di imprese: come sopra accennato, ben più ampio di quello cui si applicavano le precedenti disposizioni in materia di informazione non finanziaria.

Il legislatore europeo stabilisce in primo luogo che gli obblighi in esame si applichino alle "imprese di grandi dimensioni", definite come quelle imprese che "alla data di chiusura del bilancio superano i limiti numerici di almeno due dei tre criteri seguenti:

- a) totale dello stato patrimoniale: 25 000 000 EUR;
- b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: 50 000 000 EUR;
- c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: 250".

Com'è di tutta evidenza, l'appena riferito criterio dimensionale non risulta particolarmente elevato, permettendo l'inclusione nel novero delle "grandi imprese" di imprese di dimensioni contenute, quantomeno in termini assoluti.

Le nuove regole europee, tuttavia – ed è l’aspetto su cui si intende concentrare l’attenzione –, si applicano anche a imprese di dimensioni inferiori. Come già osservato, infatti, è previsto che esse si estendano anche alle piccole e medie imprese (ad eccezione delle microimprese), purché quotate su un mercato regolamentato dell’Unione europea. L’aver i propri titoli negoziati in borsa comporta pertanto un abbassamento delle soglie dimensionali il cui superamento fa scattare l’applicazione degli obblighi di rendicontazione di sostenibilità. Il legislatore motiva questa scelta sulla base di una triplice esigenza: offrire tutela agli investitori, garantire alle PMI un accesso più agevole e non discriminatorio ai mercati dei capitali e consentire agli intermediari finanziari di adempiere agli obblighi di trasparenza concernenti la sostenibilità dei propri prodotti di investimento.

Le nuove regole, tuttavia, sono fonte di oneri significativi per le imprese che vi risultano soggette e questo comporta il rischio di scoraggiare la quotazione delle PMI sui mercati regolamentati e dunque indebolire tali mercati, in contrasto con l’obiettivo – anch’esso, al pari della sostenibilità, centrale nell’agenda dei policymaker europei – di rafforzare il ruolo di tali mercati al fine di accrescere la competitività delle imprese europee e diminuirne la dipendenza dal sistema bancario. La CSRD appare consapevole di questo rischio e tenta di mitigarlo attraverso la previsione di un generale principio di proporzionalità: con direttiva evidentemente indirizzata alla Commissione europea (e indirettamente all’EFRAG, responsabile della concreta definizione degli standard di rendicontazione), si stabilisce espressamente che gli obblighi di rendicontazione cui sono soggette le PMI siano “proporzionati e pertinenti alle capacità e alle caratteristiche [di queste] e alla portata e alla complessità delle loro attività”. Rimane però un fatto che la scelta di non quotarsi permette alle PMI di sottrarsi del tutto agli obblighi in esame, cosa che riduce inevitabilmente l’incentivo di queste imprese ad accedere al mercato pubblico dei capitali.

4. *Segue: e le imprese extracomunitarie*

In secondo luogo, il legislatore europeo prevede che le nuove regole in materia di rendicontazione di sostenibilità si estendano anche a imprese di Paesi non appartenenti all’Unione europea. A questo fine, è richiesto che l’impresa sia comunque presente nell’UE attraverso succursali o società controllate e che abbia “generato nell’Unione ricavi netti delle vendite e delle prestazioni superiori a 150 milioni di EUR per ciascuno degli ultimi due esercizi consecutivi”. La nuova disciplina presenta dunque anche il carattere dell’extraterritorialità, includendo nel proprio ambito di applicazione anche imprese domiciliate fuori dai confini dell’Unione ma che sul territorio di questa risultano comunque presenti sul piano commerciale, poiché vi realizzano un significativo fatturato. La norma ha una duplice giustificazione: da un lato, si vuole evitare che i nuovi obblighi pongano le imprese dell’Unione in una situazione di svantaggio competitivo rispetto a imprese che hanno sede fuori dall’Unione europea ma che in questa operano offrendo i propri prodotti o servizi, dall’altro si vogliono evitare fenomeni di arbitraggio normativo e forum shopping da parte delle imprese europee, le quali, in assenza della previsione in esame, potrebbero essere tentate di spostare fuori dall’Unione la propria sede legale per sottrarsi alle prescrizioni della direttiva.

5. *La “doppia materialità”*

L’informazione da includere nei rendiconti di sostenibilità ha una doppia natura, finanziaria e non finanziaria. Secondo quanto stabilito dalla Direttiva, le imprese ad essa soggette sono chiamate a divulgare:

- a) le informazioni necessarie alla comprensione dell’impatto dell’impresa sulle questioni di sostenibilità;
- b) le informazioni necessarie alla comprensione del modo in cui le questioni di sostenibilità influiscono sull’andamento dell’impresa, sui suoi risultati e sulla sua situazione.

Il criterio di selezione dell’informazione è dunque quello dell’“importanza” (materiality), ma questa ha una duplice dimensione: (i) impact materiality (le informazioni sub a)) e (ii) financial materiality (le informazioni sub b)).

L’appena richiamato criterio della doppia materiality segna una importante differenza con la disciplina nordamericana. La SEC, infatti, nelle sue recenti Climate-Related Disclosure Rules, si affida alla più tradizionale nozione di «single materiality» o rilevanza esclusivamente finanziaria: «a matter is material if there is a substantial likelihood that a reasonable investor would consider it important when determining whether to buy or sell securities...».

Secondo l’approccio statunitense, pertanto, l’informazione concernente le questioni di sostenibilità rileva (e deve dunque essere comunicata al pubblico) solo se tali questioni abbiano la concreta capacità di incidere sulla performance finanziaria dell’impresa e siano per questo motivo da ritenersi di interesse (“material”) per gli investitori (assumendo che questi siano esclusivamente interessati a tali aspetti, ossia ai profili di rischio e rendimento dei propri investimenti: assunzione che al giorno d’oggi appare non priva di profili problematici, data la crescente presenza di investitori che, nelle loro decisioni di investimento, danno rilievo anche a considerazioni di carattere non finanziario, come per l’appunto l’impatto dell’impresa sull’ambiente o su questioni sociali).

L’approccio europeo è invece diverso e più incisivo, poiché impone alle imprese di fornire al pubblico anche quelle informazioni che, pur non avendo diretta rilevanza finanziaria nel senso che si è specificato, sono importanti per comprendere come e in che misura l’attività svolta dall’impresa incida sulle questioni di sostenibilità.

Peraltro, le informazioni in questione hanno presumibilmente diretto rilievo per le scelte di investimento degli investitori attenti alle implicazioni ambientali e sociali dell’attività di impresa. Poiché, come appena osservato, tali investitori hanno un peso e un rilievo crescenti sugli odierni mercati, le informazioni concernenti l’impatto dell’impresa sulle questioni di sostenibilità tendono ad acquisire automaticamente – seppur indirettamente – un parallelo rilievo finanziario, poiché, condizionando le scelte di investimento di tali investitori, finiscono per incidere sul costo del capitale della società.

6. *Il contenuto del rendiconto di sostenibilità e il ruolo dei «principi di rendicontazione di sostenibilità»*

Come accennato, con la CSRD gli obblighi di informazione in materia di sostenibilità vengono significativamente potenziati. Il rendiconto di sostenibilità (sociale e di gruppo) presenta un contenuto ampio e articolato. Esso indica, fra le altre cose:

- a) i principali rischi per l'impresa connessi alle questioni di sostenibilità;
- b) la resilienza del modello e della strategia aziendali in relazione ai rischi connessi alle questioni di sostenibilità;
- c) le opportunità connesse alle questioni di sostenibilità;
- d) i c.d. piani di transizione, ossia i piani “atti a garantire che il modello e la strategia aziendali siano compatibili con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5° C”, in linea con gli accordi di Parigi del 2015 e l'obiettivo, imposto dal reg. 2021/1119, di conseguire la neutralità climatica entro il 2050;
- e) una descrizione degli obiettivi temporalmente definiti connessi alle questioni di sostenibilità individuate dall'impresa, fra cui eventualmente anche quelli concernenti la riduzione delle emissioni di gas serra, e dei progressi realizzati nel conseguimento di tali obiettivi;
- f) il ruolo degli organi di amministrazione, gestione e controllo per quanto riguarda le questioni di sostenibilità;
- g) i principali effetti negativi, effettivi e potenziali, legati alle attività dell'impresa e alla sua catena del valore, compresi i suoi prodotti e servizi, i suoi rapporti commerciali e la sua catena di fornitura;

Come accennato, le informazioni previste nei rendiconti di sostenibilità devono essere fornite «in conformità dei principi di rendicontazione di sostenibilità» elaborati dalla Commissione europea con il supporto tecnico dell'EFRAG (i già richiamati ESRS).

Gli ESRS sono dodici:

- ESRS 1: General requirements
- ESRS 2: General disclosures
- ESRS E1: Climate change
- ESRS E2: Pollution
- ESRS E3: Water and marine resources
- ESRS E4: Biodiversity and ecosystems
- ESRS E5: Resource use and circular economy
- ESRS S1: Own workforce
- ESRS S2: Workers in the value chain
- ESRS S3: Affected communities
- ESRS S4: Consumers and end-users
- ESRS G1: Business conduct

I primi due hanno carattere generale e trasversale (ossia trovano applicazione con riferimento a tutte le questioni di sostenibilità) (c.d. cross-cutting standards), i rimanenti dieci concernono singole questioni di sostenibilità (c.d. topical standards), a propria volta raggruppate in cinque questioni ambientali (E), quattro questioni sociali (S) e una questione di governance (G).

I principi in esame presentano un elevato grado di analiticità e dettaglio. Questa caratteristica da un lato contribuisce a meglio definire i contenuti degli obblighi di informazione previsti a livello generale nella CSRD e correlativamente a ridurre la discrezionalità della singola società nell'adempiere ai relativi obblighi, a tutto beneficio della complessiva uniformità e comparabilità

di questo tipo di comunicazioni e del contrasto al greenwashing; dall'altro, tuttavia – ed è l'aspetto su cui si vuole porre l'accento –, essa contribuisce ad aumentare significativamente la quantità di informazione che le singole società sono di fatto tenute a fornire e dunque inevitabilmente ad accrescere gli oneri per le medesime.

Si consideri, a titolo di esempio, quanto previsto dallo standard E1, relativo al cambiamento climatico. Questo prevede i seguenti nove disclosure requirements:

DR E1-1 – Transition plan for climate change mitigation

DR E1-2 – Policies related to climate change mitigation and adaptation

DR E1-3 – Actions and resources in relation to climate change policies

DR E1-4 – Targets related to climate change mitigation and adaptation

DR E1-5 – Energy consumption and mix

DR E1-6 – Gross Scopes 1, 2, 3 and Total GHG emissions

DR E1-7 – GHG removals and GHG mitigation projects financed through carbon credits

DR E1-8 – Internal carbon pricing

DR E1-9 – Anticipated financial effects from material physical and transition risks and potential climate-related opportunities

Come può notarsi, ciascun elemento informativo racchiude in realtà un insieme articolato e complesso di informazioni, spesso di natura quantitativa (è ad esempio il caso dell'energy consumption and mix (E 1-5) e delle emissioni dirette e indirette di gas serra (E1-6)) e spesso non agevolmente reperibili, anche in ragione del fatto esse, proprio per la loro non diretta attinenza con l'andamento degli affari sociali, non appartengono al novero delle informazioni che l'impresa raccoglie usualmente per fini interni, allo scopo di una migliore conduzione dei propri affari.

Lo standard E1 è solo uno dei dieci topical standards che governano la diffusione dell'informazione di sostenibilità: non è difficile immaginare il costo per le imprese di un effettivo e pieno rispetto delle regole in esame.

7. *Alcune riflessioni conclusive: CSRD e interesse sociale*

Le nuove regole stimolano molteplici riflessioni e sollevano molteplici interrogativi. Uno dei principali, oggetto di queste brevi riflessioni conclusive, concerne l'interazione fra doveri di rendicontazione di sostenibilità, da un lato, e doveri degli amministratori (e interesse sociale), dall'altro. Ci si può chiedere se dai primi possa ricavarsi un generale dovere degli amministratori di perseguire obiettivi e finalità di natura sociale e ambientale, anche quando il loro perseguimento comporta sacrificio dello scopo di lucro (ossia si traduca in minori profitti). In altre parole, ci si può domandare se un'impresa tenuta a informare il pubblico dell'impatto della propria attività sulle questioni di sostenibilità sia per ciò solo tenuta ad agire in maniera sostenibile, se necessario anche sacrificando il fine di lucro.

La risposta corretta sembra essere quella negativa: l'obbligo di comunicare l'incidenza della propria attività sulle questioni di sostenibilità (in buona sostanza, l'"impronta" ambientale e sociale lasciata dall'impresa nell'esercizio della propria attività produttiva) non pare incidere in via diretta sulla nozione normativa di interesse sociale e dunque sui doveri degli amministratori. Più in

particolare, non sembra che dagli obblighi di rendicontazione in esame possa inferirsi una modificazione di tali doveri, nel senso che gli amministratori, per effetto delle nuove regole, sarebbero adesso tenuti a perseguire interessi diversi da (e possibilmente confliggenti con) quelli degli azionisti. La CSRD opera su un piano diverso: essa impone alla società di informare il pubblico circa l'impatto ambientale e sociale della propria attività e questo è ben diverso dall'imporre a questa di perseguire obiettivi di carattere ambientale o sociale. Anche a seguito delle nuove regole gli amministratori rimangono tenuti a perseguire l'interesse comune dei soci e non finalità e obiettivi di tipo diverso (e di natura pubblica o collettiva). Detto altrimenti, le nuove regole non comportano alcuna "funzionalizzazione" dell'attività di impresa ad interessi di natura pubblica.

Le nuove regole, tuttavia – ed è probabilmente proprio questa la finalità principale della disciplina in esame –, incidono sulla "funzione di utilità" degli azionisti, rendendo meno conveniente per questi ultimi ignorare l'impatto sociale e ambientale dell'attività di impresa. Imporre all'impresa di rendere pubblica la propria impronta sociale e ambientale, infatti, rende il comportamento non sostenibile più costoso per gli azionisti, perché la divulgazione di quelle informazioni espone la società a pregiudizi di carattere reputazionale che possono danneggiarla sul mercato del prodotto e su quello finanziario (in ragione della più volte ricordata crescente importanza riconosciuta alla sostenibilità rispettivamente da consumatori e investitori).

La disclosure consente quindi una almeno parziale internalizzazione delle esternalità prodotte dall'attività di impresa: grazie ad essa, si amplia il novero di situazioni nelle quali è nell'interesse finanziario degli azionisti evitare il comportamento non sostenibile, per i costi che la sua public exposure comporta. Questo, si noti, rende il comportamento sostenibile la strategia preferibile anche per gli azionisti esclusivamente o prevalentemente interessati alla massimizzazione dei ritorni sull'investimento (quelli che opterebbero per un comportamento non sostenibile dell'impresa ove esso non abbia ripercussioni sulla c.d. bottom line).

Qui si coglie con chiarezza la strategia sottostante all'intervento regolamentare in esame. L'obiettivo del legislatore è certamente favorire il comportamento sostenibile dell'impresa. Per ottenere questo obiettivo, tuttavia, non si ricorre a obblighi e divieti che coartano in via diretta l'agire imprenditoriale (secondo il modello "command and control"). L'approccio è indiretto e più soft (meno invasivo, se si vuole): l'impresa rimane giuridicamente libera di adottare comportamenti non sostenibili (naturalmente nella misura in cui non vi siano norme di carattere specifico che li vietino), ma è tenuta a rendere pubblica questa scelta, informando altresì il pubblico della precisa misura del pregiudizio arrecato all'interesse pubblico che si è deciso di pretermettere. Una tale prospettiva – ossia la necessità di dover fare piena disclosure del pregiudizio arrecato e della sua esatta misura, con i rischi e i costi che questo comporta – dovrebbe indurre l'impresa ad adottare spontaneamente un comportamento sostenibile, facendo venir meno la necessità di introdurre una regola propriamente impositiva.

ATTI DEL CONVEGNO “*TOWARDS A EUROPEAN LAW OF SUSTAINABILITY?*”, MODENA, 24-26
OTTOBRE 2024

Modern slavery in the agri-food sector in Spain, comparative Criminal Law and sustainability due diligence. Brief discussion.

di Sara María Martínez Novillo

PhD student in criminal law at University of Castilla-La Mancha

1. THE LABOUR EXPLOITATION IN THE SPANISH AGRI-FOOD CHAIN

Undoubtedly, the labour exploitation and human rights violations suffered by workers in the Spanish food sector today are linked to export monocultures. Agricultural extractivism, borders and migrant labour force are the variables in this equation, not forgetting the delivery and home-delivery platforms.

Just a small note to situate us: at the beginning of 2020, the United Nations special rapporteur on extreme poverty and human rights, Philip Alston, visited the camps of seasonal strawberry workers in Huelva (Andalusia) and wrote in his report that the living conditions he saw there, I quote, ‘rival the worst I have seen anywhere in the world’[1], and he has made visits to Yemen, Sudan, Bangladesh, Timor, Guinea-Bissau, China and Malaysia, to give just a few examples.

And, if we continue to give examples - this time quantitative ones - in the so-called ‘pantry of Europe’, Spain is currently the second country in the world (almost tied with China) in terms of greenhouse surface area in the fruit and vegetable sector (located in Andalusia), which feed 500 million inhabitants of the European Union for nine months. The region of Murcia, also is the leading supplier of lettuce in the EU. Lleida is the world's leading exporter of peaches and nectarines and the ninth largest producer in the world. Catalonia is the fifth largest producer of pork in the world and Spain is the leading European country in the extraction and processing of tuna for canned tuna in Europe and the second largest in the world, after Thailand. I digress: in the case of tuna, food safety is compromised, as pieces of different species can be mixed in each can, with the danger, in terms of allergens, that this entails.

The quantitative figures presented are overwhelming, brutal... but... how did Spain get there? Well, through the direct work of people in the countryside, slaughterhouses and fishing boats; and that it is not a bed of roses for this workers because, in order to guarantee the competitiveness of Spanish agricultural products in global markets, companies in the sector, with the support of public institutions, have promoted the implementation of an employment standard based on informality,

high seasonality, flexible working hours, longer working hours (unpaid overtime) and low wages, mobilising the most vulnerable social categories to generate subordinate labour with fewer rights than the rest; This is known as ‘labour apartheid’, which in Spain is covered by the policy on foreigners. I mention here that one mechanism of labour segregation, used especially against women during the strawberry and peach picking season in Andalusia and Catalonia respectively, is hiring at origin, which means sending them back to their country once they have finished their work in food collection. We end this first part with the bicycle (or scooter) dungeons: the food delivery. After three years of the Spanish ‘Rider Law’[2], it seems that some food delivery companies continue to hire delivery drivers as self-employed. The bogus self-employment fraud means that the riders are not entitled to paid holidays, leave or extra pay and are not protected by their collective bargaining agreement. In addition, the company has not been paying contributions for them, so when these people become unemployed, they cannot claim unemployment benefits [3].

2. HOW CAN THE NEW CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE HELP WORKERS IN THE SPANISH FOOD CHAIN?

This Directive aims to ‘address harmful purchasing practices and price pressures on producers, especially smaller producers, in relation to sales of agricultural and food products’. Thus, its specific objectives in the agri-food sector relate to the protection of suppliers of agricultural and food products against unfair commercial practices, in a broader dimension than the prohibitions and requirements set out in Directive two thousand nineteen, six hundred and thirty-three on unfair commercial practices [4]. Recital forty seven of the new Directive goes on to specify that: ‘in order to address power imbalances in the agricultural sector and to ensure fair prices at all stages of the food supply chain and to strengthen the position of farmers, large food processors and retailers (i.e. those large companies with a global net turnover of more than four hundred and fifty million) should adapt their purchasing practices and develop and use purchasing policies that contribute to fair wages and incomes for their suppliers’ [5]. So, this is about a chain: if this Directive on corporate sustainability due diligence aims to benefit agricultural producers with less bargaining power (addressing price pressures on producers, ensuring fair prices in all links of the food supply chain...) then this help will contribute to eliminate modern slavery, the labour exploitation suffered by the links in the Spanish agri-food chain that we have referred to in the first part of this paper.

Therefore, we can say YES, such European legislation is effective in preventing and mitigating this type of human rights violation.

3. ANOTHER LINK: ILLEGAL INTERMEDIATION BETWEEN COMPANIES AND MODERN

SLAVES, IN THIS CASE, IN AGRI-FOOD. COULD THE CRIMINAL TYPE OF *CAPORALATO* SERVE AS AN INSPIRATION FOR A FUTURE DIRECTIVE, WHICH WOULD HARMONISE THE CRIMINAL RESPONSE TO THE MOST SERIOUS FORMS OF LABOUR EXPLOITATION?

Of course it does, especially if we take into account that the Italian Law one hundred ninety-nine, year two thousand sixteen against labor exploitation provides: the measure of mandatory confiscation of the instruments and proceeds of the offence and the insertion of the offence among the "predicate offences" for the "criminal" liability of the legal person [6]. Furthermore, the Italian legislator has introduced, in Article six hundred three bis 1, a new attenuating circumstance providing for a reduction of the penalty from one-third to two-thirds for anyone who makes statements to prevent the criminal activity from having further consequences or, alternatively, cooperates with the authorities in the search for evidence or in the capture of co-conspirators [7]. Moreover, human dignity is the legal right that seems most appropriate in relation to the seriousness of this type of labour exploitation and, precisely, is the protected by this article six hundred three bis.

In the end, the criminal type of *caporalato* is intended to compensate for the lack of a repressive system of labor market distortions and it is designed to sanction actions that are not reduced to mere violation of labor law regulations, but rather the more modern faces of labour exploitation, including the digital channel, organised crime and so-called "profit criminality", also present in the agri-food sector [8]. These facts could certainly have an impact on the article three hundred and eleven of the Spanish Penal Code.

And although the legislations of countries such as Germany (section two hundred thirty-two, letter b of its Penal Code) or France (article two hundred twentyfive-14-1 of its Penal Code) are also very interesting in terms of forced labour [9], the penal type of Italian *caporalato* can stand as a strong candidate to serve as an inspiration for European harmonisation in the face of the most serious forms of labour exploitation, thanks to its complete formulation, or at least that is what we consider from Spain.

Likewise, the criminal offense of *caporalato* has a direct impact on the article 311 of the Spanish Penal Code because, in Spain, it is the Labor Inspection that instructs its agents to investigate and repress illegal trafficking networks and cases of inhuman exploitation and forced labor that occur in the agricultural campaigns, with the eventual subsequent criminal action [10].

As an interesting fact, in Spain the caporali of the fruit and vegetable sector are called "manijeros" or "listeros". The "manijeros" are from each nationality, are usually hired by Temporary Employment Agencies, are often under the pressure of the manager and those who are corrupt falsify

documentation and keep the salary that the Agency takes from each member of the crew [11].

4. FINAL REMARK

When we introduce the agri-food aspect to the discussion, it could be safely said that Spain's "big brother" in agri-food matters is, without a doubt, Italy.

[1] UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS Office of the High Commissioner. (07 February 2020). Statement by Professor Philip Alston, United Nations Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, on his visit to Spain, 27 January – 7 February 2020. *United Nations*. <https://www.ohchr.org/en/statements/2020/02/statement-professor-philip-alston-united-nations-special-rapporteur-extreme>

[2] Law 12/2021, of 28 September, which amends the revised text of the Workers' Statute Law, approved by Royal Legislative Decree 2/2015, of 23 October, to guarantee the labour rights of people dedicated to delivery in the field of digital platforms. Spanish Official State Gazette, No. 233, 29 September 2021, pp. 119341 to 119344. <https://www.boe.es/boe/dias/2021/09/29/pdfs/BOE-A-2021-15767.pdf>

[3] Food Justice. (2022). The secret ingredient. Labour exploitation in the Spanish food industry. Exports, exploits, exploited me. *Food Justice*, pp. 29 to 100. <https://justiciaalimentaria.org/wp-content/uploads/2022/12/ingredientesecreto.pdf>

[4] Dongo, D. (2024). Directive (EU) No 2024/1760 on Corporate Sustainability Due Diligence, the ABC. *Great Italian Food Trade (GIFT)*. Especially see point 2 (Agri-food sector, specific objectives). <https://www.greatitalianfoodtrade.it/en/progresso/corporate-sustainability-due-diligence-directive-eu-no-2024-1760-labc/>

[5] Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on corporate due diligence regarding sustainability and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859. Spanish Official State Gazette, No. 1760, 05 July 2024, pp. 1 to 58. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81037>

[6] LEGGE 29 ottobre 2016, n. 199 Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo. (16G00213) (GU n.257 del 3-11-2016) Vigente al: 4- 11-2016. <https://faolex.fao.org/docs/pdf/ita168010.pdf>

[7] WIPO. Penal Code (approved by Royal Decree No. 1398 of 19 October 1930, as amended until Legislative Decree No. 63 of 11 May 2018), Italy. N° WIPO Lex IT218. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/18132>

[8] Derasmo, G. (2022). Analysis of article 603 bis of the Italian Penal Code: new scenarios of application of illicit intermediation and exploitation of labour. *5th International Legal Congress on Contemporary Forms of Slavery. Twenty years after the Palermo Protocol. Volume I. Chapter 11.*

Lima: ILO. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/187573/389.Derasmo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

[9] Bejarano, M., De Gasperis, T., Elexpuru, E. and Romo, A. (2022). BUSINESS, TRAFFICKING AND HUMAN RIGHTS: WHAT LINKS? Dossier on tackling supply chains and due diligence for supply chains and corporate due diligence in the fight against human trafficking due diligence in the fight against trafficking in human beings and exploitation. *Accem*, see pp. 27 and 28. <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2023/01/EMPRESAS-TRATA-DDHH.pdf>

[10] Muntaner, S. (18 May 2020). According to Antonio Baylos... Information, discussion and proposals on employment relations and social citizenship. *Caporalato*, human trafficking and forced labor in spanish agriculture. *Blogspot*. <https://baylos.blogspot.com/2020/05/el-caporalato-trata-de-personas-y.html>

[11] Food Justice. *Op. cit.*

Advancing Environmental Protection through Criminal Law: Innovations and Challenges in the 2024 EU Directive

di **Georgios Bastounas**

PhD of Criminal Law and Criminology, Aristotle University of Thessaloniki

1. Introduction

The multiplying threats from climate change, biodiversity death, and environmental degradation have led to a shift in how states address environmental harm. Beyond administrative and civil measures, criminal law has increasingly been recognized as an important weapon for deterrence and accountability. Since the adoption of Directive 2008/99/EC on the protection of the environment through criminal law in 2008, the EU has clung to the idea of harmonizing environmental criminal law across the Member States. Revisiting it later on, however, highlighted other blatant flaws, including inconsistent application of penalties, insufficient criminalization of harmful activity, and failure in enforcement.

To tackle these hurdles, the EU adopted the 2024 Directive on environmental protection through criminal law (Directive 2024/1203/EU). The current Directive is envisaged to bring a new and vibrant framework to strengthen accountability against the backdrop of the emerging environmental threats and align with the international efforts to combat environmental crime. Its provisions reflect a comprehensive strategy to close legal loopholes and enforce a high level of environmental protection. The main features of the Directive are summarized as follows:

- The criminalization of new environmentally harmful offenses
- Clear and detailed requirements for penalties applicable to both natural and legal persons; and
- A set of measures that Member States must adopt to prevent and prosecute illegal environmental activities more effectively.

This paper examines the Directive's key features, legal implications, and potential challenges.

2. Context and Background

2.1. The EU's Commitment to Environmental Protection

The EU's commitment to environmental protection is placed on Article 191 TFEU, which emphasizes the precautionary principle, preventive action, and the polluter-pays principle. Criminal law plays an essential role in the enforcement of these principles, especially when administrative or civil measures are insufficient. The legal basis of harmonization is then present in Articles 82 and 83

TFEU, allowing the EU to define such offenses in areas of particularly serious cross-border concern.

¹.

2.2. Gaps in Directive 2008/99/EC

Directive 2008/99/EC was a huge step forward in that it would require member states to criminalize acts such as illegal waste disposal and wildlife trafficking. However, enforcement remained uneven. The European Commission's 2021 evaluation of the Directive highlighted several issues:

- **Divergent Definitions:** Member States adopted varying interpretations of criminal offenses.
- **Inconsistent Penalties:** Sanctions lacked proportionality and dissuasive effect.
- **Enforcement Challenges:** Weak investigative and prosecutorial capacities hindered effective action against environmental crimes.

3. Innovations of the 2024 Directive

3.1. Expansion of Criminalized Conduct

The 2024 Directive expands the list of criminal offenses to encompass 20 distinct activities, reflecting the evolving nature of environmental harm. Newly criminalized behaviors include:

- **Illegal ship recycling:** Addressing environmental hazards in dismantling obsolete vessels.
- **Unlawful water extraction:** Protecting critical water resources from overuse.
- **Violation of chemical regulations:** Targeting the improper handling of hazardous substances.
- **Treatment of fluorinated gases:** Preventing emissions that contribute to climate change.
- **Marketing of deforestation-linked goods:** Combating illegal logging and its impact on ecosystems.

To qualify as criminal, these actions must result in—or be likely to cause—substantial harm to the environment or human health². This expansion aligns with international efforts, such as the Basel Convention and Paris Agreement, to address global environmental threats.

3.2. Stricter Penalties

The Directive introduces more severe penalties to ensure deterrence and accountability:

- **Natural Persons:** Maximum prison sentences of 10 years for the most serious offenses.

¹ See *T. Fajardo*, “European Environmental Criminal Law and Environmental Crime: An Introduction”, in: *Andr. Farmer/M. Faure/Gr. M. Vagliasindi* (eds), *Environmental Crime in Europe*, 2017, pp. 6-7, *T. Koivurova*, *Introduction to International Environmental Law*, 2014, pp. 34-38, *Ph. Sands*, *Principles of International Environmental Law*, 2018, 4th edition, pp. 78-81, *Gr. M. Vagliasindi*, “The EU Environmental Crime Directive”, in: *Andr. Farmer/M. Faure/Gr. M. Vagliasindi* (eds), *Environmental Crime in Europe*, 2017, pp. 283-284.

² See *S. Mandiberg/M. Faure*, “A Graduated Punishment Approach to Environmental Crimes: Beyond Vindication of Administrative Authority in the United States and Europe”, 2009, pp. 481-492.

- **Legal Entities:** Fines of up to €40 million or 5% of global turnover, whichever is higher.

Additionally, Member States are required to impose complementary sanctions, including bans on business operations, confiscation of profits, and rehabilitation orders.

3.3. Recognition of Ecocide

The Directive marks a groundbreaking development by defining and criminalizing ecocide³. While ecocide remains under discussion as an international crime at the International Criminal Court (ICC), its inclusion in the Directive signifies the EU's leadership in addressing large-scale environmental destruction⁴.

Definition of Ecocide:

- **Substantial harm:** Widespread, severe, or irreversible damage to ecosystems, biodiversity, or critical environmental resources.
- **Long-term consequences:** Harm that persists over time and affects future generations.

The recognition of ecocide aligns with growing global calls for stronger measures against environmental atrocities.

4. The Complex Concept of Illegality: A Shift from Administrative Law

A significant reform introduced by the Directive involves redefining the interplay between administrative and criminal law in the realm of environmental protection. Historically, criminal law intervened indirectly, primarily addressing violations of administrative decisions—such as failing to comply with environmental permits. As long as the administrative conditions were met, criminal liability did not arise.

Under the new Directive, conduct is considered illegal when it:

- **A) Violates EU law;** or
- **B) Breaches national legislative, regulatory, or administrative provisions or decisions made by competent authorities within a Member State.**

Moreover, the Directive adds a critical nuance: conduct remains illegal even if it is authorized by a competent authority, provided that the authorization was obtained fraudulently, through corruption,

³ See also Stop Ecocide Foundation, “Independent Expert panel for the Legal Definition of Ecocide. Commentary and core text”, 2021, available at: <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE%20Foundation%20Commentary%20and%20core%20text%20revised%201%281%29.pdf>.

⁴ See *B. Boer*, Environmental Law Dimensions of Human Rights, 2015, pp. 72-75, *L. G. Minkova*, “Ecocide, Sustainable Development and Critical Environmental Law Insights”, *Journal of International Criminal Justice*, 2024, pp. 88-91.

extortion, coercion, or if it clearly violates essential legal requirements.

The distinction is essential. While permits obtained through fraud, corruption, or coercion are inherently invalid, the Directive also focuses on the issue of authorizations that, although legally granted, may still infringe upon fundamental legal requirements. One prominent example is the potential violation of human rights—a core substantive legal requirement.

This provision responds to an ongoing challenge in environmental enforcement: several operators who obtained permits and complied with their terms were shielded from criminal liability, even though their activities caused serious harm to the environment and public health.

Two cases from the Netherlands illustrate this:

1. **Tata Steel:** The company's operations released pollutants that seriously affected the health of local residents and heightened the risk of cancer.
2. **Chemours:** The chemical industry released harmful substances into the air, soil, and surface water, with severe consequences for nearby communities.

In both cases, the companies fully adhered to the terms of the permits granted by administrative authorities.

The Directive seeks to close this enforcement gap, asking the critical question: should responsible individuals or entities escape criminal liability when their activities cause significant harm, even if they comply with their permits?

5. Autonomous Criminal Offenses and the Principle of Lex Certa

The introduction of autonomous criminal offenses, independent of administrative decisions, creates a powerful incentive for operators to manage their emissions and other environmental impacts rigorously, ensuring that they do not harm public health or the environment in a manner that violates human rights. It also encourages investment in cleaner technologies to reduce emissions and environmental damage.

However, the Directive raises a legal question: does it fully respect the principle of *lex certa*, which requires criminal laws to clearly define prohibited conduct?

Unlike other legal goods, such as life, bodily integrity, or property, environmental protection requires a balance between permissible activities and prohibitions. For instance, while murder or theft has no social value and is absolutely prohibited, pollution—by its very nature—cannot be entirely outlawed without halting all economic activity. Environmental legislation, therefore, sets pollution standards based on cost-benefit analysis, determining acceptable levels of pollution while minimizing

harm⁵.

Traditionally, administrative authorities set these standards, and criminal law intervened when the standards were violated⁶. This clear division respected the principle of *lex certa* by ensuring that criminal liability was based on predefined administrative rules⁷. Under the new Directive, however, operators may face criminal liability even when complying with such standards, raising concerns about legal certainty.

The core question is whether operators who adhere strictly to their permits, which are granted by public authorities, can still be held criminally liable. If a permit is granted erroneously or becomes inadequate due to evolving circumstances, should the responsibility lie with the operator? Or should the administrative authority bear the burden of ensuring the adequacy of environmental protection measures?

This shift in liability could create uncertainty for operators, who may fear that compliance with administrative permits is no longer sufficient to protect them from prosecution. If a person's conduct can be deemed illegal despite adhering to the formal terms of a permit, the very purpose of environmental permits comes into question.

6. Prevention and Enforcement Measures

In addition to these substantive legal changes, the Directive mandates that Member States implement a variety of measures to prevent and prosecute environmental crimes. These include:

- The development of special investigative tools to aid authorities in detecting and prosecuting environmental offenses more effectively;
- Public awareness campaigns and educational programs to inform citizens and operators of their obligations and the potential consequences of violations;
- Targeted training programs for judicial and prosecutorial authorities to equip them with the necessary skills to address environmental crimes; and

⁵ See *R. M. Pereira*, “Environmental Criminal Liability and Enforcement in European and International Law”, 2015, pp. 51-56.

⁶ See, however inter alia *M. Faure*, “The Revolution in Environmental Criminal Law in Europe”, *Virginia Environmental Law J*, 2017, pp. 327-330, which criticizes the dependence of environmental criminal law on administrative law. See, also *A. di Landro*, “Models of Environmental Criminal Law, between Dependence on Administrative Law and Autonomy”, *Euro Energy Environ Law Rev*, 2022, pp. 290-297.

⁷ See, for the principle of *lex certa* generally in environmental law *M. Faure*, “Vague Notions in Environmental Criminal Law (Part 1 & 2)”, *Env. Liability* 2010, pp. 126-129, 169.

- A comprehensive national strategy to combat environmental crimes, which will encompass both preventive and punitive measures, ensuring a holistic approach to environmental protection.

7. Conclusion

The 2024 Directive represents a significant evolution in the EU's approach to environmental protection through criminal law. By introducing new offenses, stricter penalties, and rethinking the relationship between administrative and criminal law, the Directive seeks to close existing enforcement gaps and hold operators accountable for activities that harm the environment and public health. However, it also raises important questions about legal certainty and the balance between regulatory compliance and criminal liability, which Member States will need to address as they implement the Directive by May 2026.

Verso un diritto penale della sostenibilità: prime riflessioni e prospettive future*di **Federica Raffone***Dottoranda di ricerca in diritto penale dell'Università di Modena e Reggio Emilia*

Sommario. 1. Premessa. – 2. I significati di “sostenibilità” utili ai fini dell’indagine. - 2.1. (Segue) Un nuovo principio trasversale e integrato per il diritto penale. – 3. Gli orizzonti legislativi da indagare. – 4. Gli attori del cambiamento. – 5. Dal modello “*carrot and stick*” al coinvolgimento reputazionale. - 6. Conclusioni: spunti per il futuro e questioni aperte.

1. Premessa.

Il tema della sostenibilità si prospetta ormai come una delle questioni più urgenti e trasversali del nostro tempo, richiedendo una riflessione interdisciplinare. Questo argomento, infatti, si profila come un elemento cardine non solo dello scenario giuridico europeo attuale, ma anche delle prospettive future, come dimostrano i numerosi studi che lo analizzano in contesti nazionali e internazionali¹. In particolare, le ricerche provenienti dal panorama spagnolo² e latino-americano³, fra i più attivi sul

* Il lavoro rappresenta una versione ampliata della comunicazione presentata in occasione della conferenza internazionale “*Verso un diritto europeo della sostenibilità?*”, organizzata dall’Università di Modena e Reggio Emilia (24-26 ottobre 2024).

¹ La bibliografia, nei vari ambiti giuridici, è ormai copiosa. In materia gius-commercialistica, cfr., *ex multis*, L. CALVOSA, *La sfida della sostenibilità*, in *Riv. dir. soc.*, 1, 2024, 3 ss.; F. M. MUCCIARELLI, *Perseguire un diritto societario “sostenibile”: un obiettivo sincero?*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 4, 2021, 520 ss. Per uno sguardo della situazione in altri ordinamenti europei, cfr. M. DE LA CONCEPCIÓN CHAMORRO DOMÍNGUEZ, A. JORGE VIERA GONZÁLEZ (dir.), *Derechos de sociedades y sostenibilidad*, Madrid, 2023; A. BARTOLACELLI, D. SAGATIENÉ, *Law and sustainability: Perspectives for Lithuania and Beyond*, Cracovia, 2023. In materia di diritto penale i contributi sul tema non sono molti; cfr., nella dottrina nazionale: A. TAURELLI, *Un diritto penale del futuro e per il futuro. La difficile sintesi con la sostenibilità*, in *Lexambiente*, 4, 2023, 52 ss.; P. FIMIANI, *Il diritto penale di fronte alla sostenibilità e ai principi ambientali*, in *Lexambiente*, 1, 2023, 18 e ss.; L. FOFFANI, *Nuovi orizzonti della tutela (penale?) dell’informazione societaria: “informazione non finanziaria” e “informazione sulla sostenibilità” dell’attività d’impresa*, in E. AMATI, L. FOFFANI, T. GUERINI, *Scritti in onore di Nicola Mazzacava*, Pisa, 2023, 881 ss. In quella europea, cfr., *ex multis*, A. NIETO MARTÍN, *Bases para un derecho penal internacional del medio ambiente*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16, 2012, 137 e ss.; ID., *Don’t look up: le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in *SP*, 7.10.22; ID., *El cumplimiento normativo como estrategia político-criminal*, Buenos Aires, 2022, spec. 25 ss.

² Oltre alla bibliografia già citata alla nota 1, cfr., *ex multis*, A. GONZÁLEZ NAVARRO (dir.), D. MARRERO GUANCHE (coord.), A. MARTÍN MENESES (coord.), *Derecho, justicia y sostenibilidad ambiental*, Cizur Menor, 2024; C. R. FERNÁNDEZ LIESA, A. MANERO SALVADOR (dir.), *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*, Cizur Menor, 2017.

³ Anche in questo caso, i riferimenti bibliografici sarebbero numerosi. Fra gli studi di matrice socio-economici, per tutti, si segnalano: M. R. DE ARAÚJO RAMOS, A. SOBREIRA DE MOURA, L. VILELA AMELOTTI, *Sustainability in Latin America and the Caribbean: an analysis of the impact of socioeconomic and political arrangements*, in *Estudios internacionales: Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, n. 206, 2023, 43 ss.; C. G. COLÍN FLORES, S. M. MADERO GÓMEZ, *Prácticas “verdes” de recursos humanos en México y su impacto en la percepción de los colaboradores sobre el desempeño ambiental de la empresa*, in *Lúmina*, vol. 25, 1, 2024. Per la prospettiva giuridica, fra tutti: C. C. DA COSTA PIMENTA, *La sostenibilidad. Compendio de acciones relacionadas con la responsabilidad social corporativa y la economía circular*, Madrid, 2023; J. BARANDIARIÁN, V. BELEMMI, G. BURDILES, E. COSTA CORDELLA, *Derechos de la Naturaleza en Chile: Argumentos para su desarrollo constitucional*, Santiago del Cile, 2022, spec. 13 ss., 30 ss., nonché il cap. 3 per quanto riguarda le prospettive comparate con gli Stati Uniti, l’India, le Filippine, la Nuova Zelanda e la Colombia.

tema, evidenziano già da anni la rilevanza della sostenibilità in ambiti quali il diritto internazionale, costituzionale e commerciale⁴. In altre parole, l'approccio giuridico alla sostenibilità segue inevitabilmente un percorso di studio e approfondimento che parte progressivamente dai livelli regolatori più generali e strutturali, per arrivare solo successivamente ad un binario sanzionatorio e repressivo. Anche per queste ragioni, le riflessioni in tema di diritto penale della sostenibilità sono emerse solo più di recente e costituiscono, per la maggior parte della letteratura, un universo ancora in evoluzione. Questo ambito si collega all'introduzione di obblighi sovranazionali che richiedono significativi adattamenti da parte degli Stati⁵ e delle imprese⁶. La sostenibilità, intesa come equilibrio tra sviluppo economico, tutela ambientale e inclusione sociale, si sviluppa in un quadro normativo sempre più concreto, nel quale il diritto penale sta assumendo un ruolo di crescente rilevanza. Questa situazione spiega perché le riflessioni sul rapporto tra diritto penale e sostenibilità siano ancora embrionali e necessariamente incomplete, considerando l'assenza di punti fermi negli altri ambiti giuridici. È in questi settori, infatti, che il concetto di sostenibilità è destinato a consolidarsi come valore e principio guida della normativa.

Nell'analizzare il rapporto tra diritto penale e sostenibilità, anche in questa fase iniziale, emergono questioni cruciali per costruire un quadro normativo capace di affrontare le sfide attuali.

Da un lato, è indispensabile delineare una configurazione normativa che garantisca una tutela efficace della sostenibilità. Sebbene il percorso sia lungo e complesso, alcune considerazioni possono già fornire una direzione chiara.

Sul tema, in chiave comparata, si veda anche L. FOFFANI, *Un nuevo puente entre Europa y América Latina: Responsabilidad de las personas jurídicas y compliance*, in AA.VV., *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Tomo II. Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho Penal*, Salamanca, 2022, 171 ss.

⁴ In questo senso cfr. M. DE LA CONCEPCIÓN CHAMORRO DOMÍNGUEZ, A. JORGE VIERA GONZÁLEZ (dir.), *Derechos de sociedades y sostenibilidad*, cit., *passim*.

⁵ Per un approfondimento del complesso rapporto di ingerenza delle istituzioni europee nel compito di criminalizzazione tradizionalmente riservato agli Stati membri, si veda, per tutti, L. EUSEBI, *Quale diritto penale nel futuro europeo?*, in *Criminalia*, 2020, 87 ss.

⁶ La responsabilità delle persone giuridiche rappresenta un tema di grande rilevanza e complessità, estendendosi ben oltre i confini delle specifiche tematiche affrontate in questo lavoro. Si tratta di un istituto, in continua evoluzione, principalmente ad opera del legislatore europeo, che riflette l'esigenza di adattare le normative, anche sanzionatorie, alle trasformazioni economiche, sociali e giuridiche. Come sottolineato in L. FOFFANI, *Genesi e sviluppo (e prospettive future) di un modello di responsabilità degli enti nell'Unione europea*, in *DPEI*, 24.01.22, si delinea, per gli anni avvenire, un percorso comune a livello europeo volto a consolidare un modello normativo che sia capace di garantire non solo la punibilità delle persone giuridiche, ma anche la promozione di comportamenti eticamente corretti e sostenibili. Questo modello punta a responsabilizzare gli enti non solo per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio, ma anche per le carenze organizzative che possono favorire tali illeciti. L'espansione dell'istituto riflette la crescente attenzione dell'ordinamento internazionale e sovranazionale verso la prevenzione dei crimini aziendali e la tutela di valori fondamentali come l'ambiente, i diritti umani e la trasparenza economica. Nonostante la vasta produzione di studi sull'argomento, più abbondante in alcuni paesi europei, come Italia e Spagna, le normative di questi Stati evidenziano una convergenza su problematiche ancora irrisolte, anche a distanza di anni dalla loro introduzione. Tra i nodi principali spiccano: i meccanismi di attribuzione della responsabilità alle persone giuridiche basati su criteri organizzativi e gestionali, il concetto di colpa d'organizzazione, e la necessità di implementare sistemi di *compliance* efficaci per prevenire condotte illecite. Questi temi rimangono centrali e richiedono ulteriori approfondimenti per garantire una piena efficacia delle normative, anche in vista dell'attuazione delle pretenziose normative europee in materia di nuovi obblighi ambientali e di sostenibilità.

Dall'altro lato, è essenziale individuare i soggetti principali su cui il diritto penale dovrebbe concentrarsi per promuovere un cambiamento reale e duraturo.

Questo obiettivo è ambizioso, poiché il diritto penale necessario per la sostenibilità deve essere ultra-moderno: un modello già in parte sperimentato, ma lontano dai canoni tradizionali. In altre parole, le nuove normative europee mirano a superare il paradigma classico della responsabilità della persona fisica, basato su un evento lesivo dannoso o pericoloso da imputare *ex post*, per adottare forme di responsabilità *ex ante* degli enti, configurabili già con la violazione di norme organizzative finalizzate a garantire trasparenza e controllo nella gestione aziendale. Questa evoluzione normativa, per essere completata e funzionale agli obiettivi di sviluppo sostenibile, dovrà riflettere la complessità multidimensionale della sostenibilità, che comprende dimensioni ambientali, sociali ed economiche, e richiederà interventi normativi trasversali e coordinati. Pertanto, una ricerca volta a garantire la coerenza tra strumenti normativi e obiettivi di *compliance* sostenibile deve necessariamente (ri)partire da una riflessione approfondita sul significato della sostenibilità. Solo una comprensione integrata di questo concetto potrà permettere di elaborare una proposta normativa innovativa, in grado di coniugare le specificità nazionali con l'urgenza di affrontare le sfide globali in un mondo sempre più interconnesso e fragile.

2. La sostenibilità e i significati utili ai fini dell'indagine

Definire il concetto di "sostenibilità" rappresenta un passaggio fondamentale per affrontare il tema in modo consapevole, soprattutto quando si considera l'impatto che tale concetto può avere sulle conseguenze di tipo penale. In altre parole, avere una comprensione chiara della sostenibilità consente di strutturare il dibattito in modo efficace, evitando fraintendimenti e argomentazioni superflue che potrebbero ostacolare un confronto costruttivo. Sebbene il termine "sostenibilità", certamente poliedrico, possa sembrare a prima vista dai tratti necessariamente nebulosi⁷, esso si basa, in verità, su principi ben definiti, ampiamente riconosciuti nelle normative internazionali e negli accordi globali, come quelli stabiliti dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite⁸. Quest'ultima promuove diciassette obiettivi di sviluppo sostenibile (SDG)⁹, che delineano un percorso articolato e ambizioso per assicurare un futuro equo, inclusivo e prospero per le generazioni presenti e future.

⁷ In questi termini cfr. F. QUISPE REMÓN, *La justicia y el desarrollo dos conceptos orientados a un mismo fin: el ser humano*, in C. R. FERNÁNDEZ LIESA, A. MANERO SALVADOR (dir.), *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*, Cizur Menor, 2017, 477.

⁸ Cfr. C. R. FERNÁNDEZ LIESA, A. MANERO SALVADOR (dir.), *Análisis y comentarios de los objetivos*, cit., 32 ss.

⁹ Particolarmente interessante la prospettiva generale, ma anche particolare per singoli obiettivi, fornita da V. RODRÍGUEZ VINDEL, *Los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas*, in C. R. FERNÁNDEZ LIESA, A. MANERO SALVADOR (dir.), *Análisis y comentarios de los objetivos*, cit., 63 ss.

In questa sede, più che addentrarsi nei dettagli di ciascun obiettivo, è utile e necessario delineare le quattro prospettive fondamentali e interconnesse che strutturano il concetto di sostenibilità, offrendo una chiave di lettura sistematica¹⁰. Queste dimensioni offrono una visione globale, ma allo stesso tempo specifica, delle aree su cui concentrarsi per promuovere pratiche realmente sostenibili. Ciascuna di esse merita un'attenzione particolare, soprattutto nell'ambito delle responsabilità giuridiche, incluse quelle di natura penale. La *dimensione ambientale* si riferisce alla capacità di preservare e rigenerare le risorse naturali nel tempo, tutelando la qualità degli ecosistemi, la biodiversità e l'equilibrio climatico. Questa sottolinea l'urgenza di ridurre l'impatto delle attività umane sul pianeta, promuovendo pratiche sostenibili che consentano di mantenere l'integrità dell'ambiente per le generazioni future. La *dimensione sociale* pone al centro l'equità nell'accesso ai beni fondamentali e alle opportunità, promuovendo il benessere per tutti, evidenziando l'importanza di ridurre le disuguaglianze, migliorare le condizioni di vita e garantire la coesione sociale, non solo per le comunità presenti, ma anche per quelle future. In terzo luogo, la *dimensione economica* riguarda la capacità di creare valore e prosperità in modo duraturo, attraverso l'uso efficiente delle risorse, la creazione di occupazione stabile e la promozione di una crescita inclusiva. Questa prospettiva include anche la necessità di ridurre la dipendenza dalle risorse non rinnovabili, favorendo la transizione verso un'economia circolare e sostenibile. Infine, la quarta dimensione, c.d. di *governance*, fa riferimento alla necessità di assicurare democrazia, partecipazione, trasparenza e giustizia. In altre parole, una *governance* sostenibile implica processi decisionali inclusivi, accesso all'informazione, educazione e il rispetto dello Stato di diritto, tutti elementi fondamentali per il raggiungimento degli altri obiettivi di sostenibilità.

Così illustrata l'articolazione della sostenibilità, è evidente che non si tratti di un concetto monolitico, bensì di una struttura complessa e multidimensionale, in cui ciascun elemento interagisce con gli altri.

2.1. (Segue) La sostenibilità come principio trasversale e integrato per il diritto penale

Chiarito il significato socio-filosofico della sostenibilità, si rende necessario interrogarsi su come questo concetto possa essere concretamente utilizzato e integrato nel diritto penale. Con le sue dimensioni intrecciate (ambientale, economica, sociale e di governance), la sostenibilità rappresenta

¹⁰ Fra le letture più interessanti cfr. S. CARMIGNANI, *Agricoltura e pluridimensionalità dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 1, 2016, 1 e ss. Per un'analisi approfondita cfr. AA.VV., *Memento Dossier Sostenibilidad*, Milano, 2023. In dottrina, non vi è unanimità sulla suddivisione in quattro prospettive della sostenibilità; alcuni, infatti, riconoscono solo tre dimensioni principali: ambientale, sociale ed economica. Cfr., per tutti, C. R. FERNÁNDEZ LIESA, *Transformaciones del Derecho Internacional por los objetivos de desarrollo sostenible*, in C. R. FERNÁNDEZ LIESA, A. MANERO SALVADOR (dir.), *Análisis y comentarios de los objetivos*, cit., 30.

un valore imprescindibile per le società moderne. Tuttavia, la trasposizione nell'ambito giuridico-penale solleva una serie di problematiche complesse, che riguardano tanto la natura poliedrica del concetto quanto il suo ruolo quale presupposto di tutela punitiva. Una delle principali sfide risiede nell'indeterminatezza del concetto stesso; infatti, pur essendo articolato in dimensioni ben definite, la sostenibilità richiede spesso valutazioni interdisciplinari che ne amplificano la complessità applicativa. Questo rende ardua l'individuazione di criteri chiari e operativi per qualificare condotte penalmente rilevanti. In altre parole, mentre può essere utile analizzare separatamente le diverse dimensioni della sostenibilità, per meglio comprenderle, il concetto va essenzialmente concepito come unitario e multidimensionale. Considerare adeguatamente questa complessità nel diritto penale non è un'impresa semplice, poiché richiede un equilibrio tra la profondità trasversale del concetto e la necessità di fornire parametri applicativi dai contorni definiti. Inoltre, l'integrazione della sostenibilità nel diritto penale acutizza la questione del bilanciamento tra interessi contrapposti. Se da un lato il riconoscimento della sostenibilità come valore-guida potrebbe ampliare le tutele giuridico-penali, dall'altro, potrebbe altresì accrescere la necessità di valutare attentamente il rapporto tra la protezione della sostenibilità e altri principi costituzionali, come la libertà d'impresa, la certezza del diritto e il principio di proporzionalità delle sanzioni. In questo contesto, la sostenibilità dovrebbe essere considerata non tanto come un diritto specifico, ma piuttosto come un principio guida trasversale, capace di informare settori normativi diversi: dal diritto ambientale al diritto del lavoro, fino al diritto dei consumatori.

Per il diritto penale, ciò implica almeno una duplice sfida.

Da una parte, esso dovrà riconoscere la sostenibilità come un valore centrale e tenerne conto nelle proprie evoluzioni.

Dall'altra, sarà necessario garantire che la tutela penale non venga esercitata in modo indiscriminato o sproporzionato, ma piuttosto in armonia con il quadro complessivo dei diritti costituzionali e con un equilibrio giuridico equo e ragionevole.

Alla luce di queste riflessioni, il significato di "sostenibilità" nel contesto del diritto penale può essere meglio delineato attraverso una prospettiva che ne valorizzi il carattere integrativo piuttosto che innovativo. Non sembrerebbe necessario, infatti, ricorrere alla creazione di un nuovo bene giuridico per dar conto della rilevanza del concetto. In altre parole, il riconoscimento del diritto di cittadinanza della sostenibilità non richiede il riconoscimento di un interesse giuridico del tutto inedito, bensì la valorizzazione di beni giuridici già consolidati e riconosciuti secondo una nuova prospettiva valutativa. Piuttosto che erigersi a categoria autonoma, la sostenibilità si configura come una sintesi armonica di

beni giuridici fondamentali, quali la tutela dei diritti umani¹¹, la protezione ambientale¹², la sicurezza e dignità del lavoro¹³ e la promozione della giustizia sociale, per citarne solo alcuni.

In questo senso, pur rappresentando un principio guida di portata globale e trasversale, la sostenibilità non introduce un concetto nuovo, ma fornisce una chiave interpretativa per coordinare e rafforzare la tutela di beni giuridici preesistenti.

Questa impostazione ha implicazioni importanti per il diritto penale, che è chiamato a sviluppare strumenti adeguati a tutelare la sostenibilità nella sua interezza e multidimensionalità. Piuttosto che frammentare il concetto in singoli beni giuridici¹⁴, il diritto penale può concentrarsi sulla protezione globale di questi beni da condotte che ne compromettano la conservazione nel tempo, sia a livello individuale che collettivo.

In questo quadro, la sostenibilità assume una funzione di orientamento normativo, guidando l'evoluzione del diritto verso una protezione che tenga conto non solo dell'immediata lesione di beni giuridici, ma anche della loro capacità di soddisfare i bisogni delle generazioni future¹⁵. Questo approccio consente di affrontare con maggiore efficacia le sfide globali, come il cambiamento climatico, le disuguaglianze sociali e le violazioni dei diritti fondamentali, rendendo il diritto penale confacente rispetto all'esigenza di ostacolare attività antropiche in grado di compromettere l'ecosistema e la resilienza della stessa società.

3. *Gli orizzonti legislativi da indagare*

¹¹ Seppur riferito a prima dell'entrata in vigore della direttiva in tema di *due diligence*, cfr., per tutti, A. BONFANTI, V. BRINO, *Verso una Direttiva europea sulla due diligence in materia di diritti umani lungo la catena globale del valore: riflessioni di diritto del lavoro e diritto internazionale privato*, in W. SANGUINETI RAYMOND, J.B. VIVERO SERRANO, *Diligencia Debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Cizur Menor, 2022, 593 ss.

¹² Anche su questo tema, che sta attraversando un periodo particolarmente propulsivo, c'è ancora molto da approfondire. Cfr., per tutti, l'analisi del tema alla luce della recente Direttiva UE n. 1203 dell'11 aprile 2024 sulla tutela penale dell'ambiente, in M. J. PIFARRÈ DE MONER, *Ambiente, sostenibilità e politica criminale europea: la nuova direttiva penale della UE e il suo impatto sull'ordinamento spagnolo*, in *Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2, 2024, 1 ss.

¹³ Sul tema, per tutti, cfr. A. LUCIFORA, *Lo sfruttamento del lavoro. La costruzione del "tipo" tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela*, Torino, 2024, spec. 511 ss.

¹⁴ L'indivisibilità del concetto è maggioritaria in dottrina. Per tutti, cfr., V. RODRÍGUEZ VINDEL, *Los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas*, cit., 78.

¹⁵ L'esempio più significativo di questo concetto si trova nel diritto ambientale, dove le recenti riforme normative introducono il principio di protezione delle generazioni future. Questo tema della responsabilità verso le generazioni future ha radici profonde, che risalgono almeno alla prospettiva gius-filosofica di H. JONAS, nel suo celebre lavoro *Il principio di responsabilità* (Torino, 1990, spec. 244 ss., 286 ss., orig. *Das Prinzip Verantwortung*, 1979). L'approccio evidenzia come la sostenibilità non debba limitarsi a una visione temporale immediata, ma debba estendersi su una dimensione temporale più lunga, riconoscendo la nostra responsabilità verso le generazioni che erediteranno il pianeta. Tuttavia, il diritto penale trova ancora delle difficoltà nell'applicare concretamente questo principio, soprattutto quando prova a tradurlo in termini di responsabilità individuale. Anche su questo tema c'è ancora molta ricerca da fare. Cfr. R. BATTISTONI, *La tutela penale delle generazioni future alla prova della teoria del bene giuridico*, in *Riv. trim. dir. pen. amb.*, 3, 2023, 70 ss.; C. RUGA RIVA, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, in G. DODARO, M. DOVA, C. PECORELLA, C. RUGA RIVA, *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, 2022, 185-198, al cui si rinvia anche per la bibliografia sul dibattito dottrinale che ha anticipato la riforma costituzionale.

Sul piano normativo, emerge con chiarezza la necessità di una riflessione articolata su due livelli complementari: nazionale e transnazionale. Questo approccio, pur non essendo del tutto nuovo, si inserisce in un sistema sanzionatorio multi-livello¹⁶ già consolidato in molti settori e destinato a crescere sia qualitativamente che quantitativamente. Tale espansione appare inevitabile fintanto che l'Unione Europea continuerà a rivendicare il ruolo di guida nelle politiche di intervento, come dimostrano le recenti direttive sugli obblighi di rendicontazione sostenibile e sulla *due diligence*.

A livello nazionale, gli ordinamenti mostrano ancora una significativa frammentazione e inadeguatezza rispetto alle sfide poste dalla sostenibilità. Prima di adottare interventi sanzionatori efficaci, risulta fondamentale aggiornare le normative in modo sistematico e integrato, superando approcci settoriali e reattivi, e incorporando i principi di sostenibilità in modo organico, in modo da garantire coerenza e operatività alle nuove politiche.

A livello sovranazionale, l'Unione Europea si distingue per un quadro normativo ambizioso, capace di affrontare in modo sistemico le dimensioni della sostenibilità: ambientale, sociale, economica e istituzionale. Le direttive più recenti, come quelle legate al Green Deal europeo¹⁷, fissano standard elevati e promuovono l'armonizzazione legislativa, ponendosi come modello per gli Stati Membri. In questo contesto, l'introduzione di due direttive chiave segna una svolta significativa nel quadro normativo europeo sulla sostenibilità. La Direttiva CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*), recepita in Italia con il d.lgs. n. 125/2024¹⁸, amplia gli obblighi di rendicontazione non finanziaria già previsti dalla Direttiva NFRD (la n. 2014 del 1995)¹⁹, recepita in Italia con il d.lgs. n. 254/2016. La nuova normativa estende gli obblighi di rendicontazione a un numero maggiore di imprese, incluse le grandi aziende non quotate e le PMI quotate che soddisfano determinati criteri

¹⁶ Il sistema ricalca, in larga misura, la stratificazione normativa già presente, per esempio, in materia ambientale. Per tutti, cfr. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2024, 18-30; G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto e modelli innovativi di tutela*, Torino, 2018, spec. 215 ss.

¹⁷ Per una fotografia recentissima del tema, per tutti, cfr. D. BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, Milano, 2024, *passim*, e spec. 323 ss.

¹⁸ La normativa era già stata recepita, per esempio, anche in Francia, Danimarca, Finlandia, Romania, Ungheria, Slovacchia, Repubblica Ceca e Liechtenstein. La Francia, in particolare, ha affrontato seriamente la questione, introducendo, con l'*Ordonnance* n. 2023-1142 del 6 dicembre 2023, sanzioni severe, come cinque anni di reclusione e una multa di 75.000 euro, per chi ostacoli la verifica dei dati dichiarati, ad esempio rifiutandosi di presentare contratti, documenti, registri o relazioni. Oltre all'Italia, già citata, diversi altri paesi sono impegnati nel processo di recepimento. Un'analisi comparata su questo tema appare di grande interesse e potrebbe costituire un importante sviluppo futuro per la ricerca in questo ambito.

¹⁹ La normativa precedente presentava diverse criticità, soprattutto in termini di chiarezza. Tra queste, una delle principali era l'assenza di un riferimento esplicito alla sostenibilità, sostituito da un generico richiamo alle "informazioni non finanziarie". Questa scelta terminologica ha generato incertezze, poiché non è unanimemente accettato che le dichiarazioni sulla sostenibilità possano essere considerate esclusivamente come informazioni non finanziarie. Tale ambiguità ha contribuito a complicare l'applicazione pratica della normativa. Per ulteriori dettagli sull'elaborazione normativa, cfr.: M. ROSA TAPIA SÁNCHEZ, *La inclusión del informe de sostenibilidad corporativa en el informe de gestión. Implicaciones de la directiva (UE) 2022/2464 de presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD)*, in M. DE LA CONCEPCIÓN CHAMORRO DOMÍNGUEZ, A. JORGE VIERA GONZÁLEZ (dir.), *Derechos de sociedades y sostenibilidad*, cit., 238-239; cfr. anche Aa.Vv., *Memento Dossier Sostenibilidad*, cit., 100 ss.

strutturali²⁰. Le imprese devono ora fornire una rendicontazione dettagliata sugli impatti delle loro attività in ambiti cruciali come diritti umani, ambiente e tutela della salute dei lavoratori. Le sanzioni previste, in caso di mancato rispetto degli obblighi, riprendono quelle stabilite nel TUF (*Testo Unico della Finanza*) per le violazioni di informativa finanziaria.

Non si può comunque escludere che, in futuro, si possa ricorrere alle norme penali, come quelle sulle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 del Codice Civile)²¹.

In parallelo, la Direttiva CSDDD (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*), entrata in vigore a luglio 2024 e destinata a essere recepita entro il 2026, introduce obblighi di *due diligence* basati sulla valutazione dei rischi di impatti negativi, potenziali o effettivi, che le attività aziendali possono avere su aspetti quali i diritti umani e l'ambiente²².

Questo sistema normativo si propone di garantire maggiore responsabilità e trasparenza nelle operazioni aziendali, rafforzando il ruolo della sostenibilità nella governance delle imprese²³. Nonostante tali progressi, alcuni Stati europei sembrano ostacolare l'effettiva applicazione di questi standard, limitandone la portata. D'altra parte, il dibattito internazionale è arricchito dai contributi provenienti dal Sud America²⁴, dove si rivendicano approcci significativi in materia di sostenibilità.

²⁰ In particolare, ad oggi, la disciplina non si rivolge più solo alle grandi imprese di interesse pubblico, ma interessa anche le grandi aziende non quotate, che soddisfano almeno due dei seguenti tre criteri: a) uno stato patrimoniale di almeno 20 milioni di euro; ovvero b) ricavi netti pari ad almeno 40 milioni di euro; o c) una media di almeno 250 dipendenti. Anche le piccole e medie imprese quotate sono interessate dalla normativa, con la sola esclusione delle micro-imprese.

²¹ Di questo avviso L. FOFFANI, *Nuovi orizzonti della tutela (penale?) dell'informazione societaria: "informazione non finanziaria" e "informazione sulla sostenibilità" dell'attività d'impresa*, cit., 881 ss.

²² I soggetti destinatari della normativa sono progressivamente sempre di più. Entro i 3 anni dall'entrata in vigore, varrà per le imprese con più di 5.000 dipendenti e 1.500 milioni di euro di fatturato; entro i 4 anni saranno obbligati anche le imprese con oltre 3.000 dipendenti e 900 milioni di euro di fatturato; infine, entro 5 anni, sarà vincolante anche per le imprese con più di 1.000 dipendenti e 450 milioni di euro di fatturato. Per garantire l'effettività di questi obblighi, la direttiva richiede agli Stati membri di introdurre sanzioni che siano dissuasive, proporzionate ma efficaci. In particolare, le sanzioni pecuniarie dovranno essere parametrizzate sul fatturato netto mondiale delle imprese coinvolte e non inferiori al 5% dello stesso. Sebbene queste misure non siano necessariamente di natura penale, la loro portata risulta comunque estremamente afflittiva.

²³ È questo il tema affrontato approfonditamente in A. NIETO MARTIN, *El cumplimiento normativo como estrategia político-criminal*, cit., spec. 29 ss., 102 ss.

²⁴ I paesi latino-americani, come già evidenziato, sono particolarmente attenti alla problematica socio-ambientale e alle nuove istanze sostenibili. Fra questi, sicuramente in maniera significativa l'Ecuador ed il Cile. Il primo paese in questione è stato tra i pionieri nell'introdurre, nella sua Costituzione del 2008, i diritti della natura, concependo la natura non solo come una risorsa, ma come un soggetto con diritti (principalmente ad esistere, ad essere mantenuta integra, ad essere restaurata). Nonostante la portata innovativa di questa novità legislativa, essa non sembra aver avuto un impatto significativo sul continuo sfruttamento del territorio, come dimostrato, ad esempio, dall'attività dell'industria mineraria legittimata e favorita dal potere politico. A livello istituzionale e giuridico, invece, alcune ricerche indicano che si stanno cominciando a creare le condizioni favorevoli per l'introduzione di nuovi principi ecologici, che potrebbero influenzare i giudici nell'interpretazione del diritto e nell'applicazione delle normative, incluse quelle sanzionatorie. Questo potrebbe segnare un cambiamento significativo nell'approccio alle problematiche ambientali e nella protezione dei diritti della natura, con un impatto rilevante sulle decisioni giuridiche future. Cfr. J. BARANDIARIÁN, V. BELEMMI, G. BURDILES, E. COSTA CORDELLA, *Derechos de la Naturaleza en Chile*, cit., 2022, 39 ss., 66 ss. Il Cile, pur avendo avviato un dibattito civico sulla tutela della natura, non ha ancora introdotto esplicitamente i diritti della natura nella sua costituzione. Tuttavia, anche in questo caso si registrano progressi significativi, volti ad affrontare la grave crisi ambientale del paese. Questi progressi potrebbero portare all'applicazione delle proposte dottrinali per bilanciare i diritti ambientali con quelli imprenditoriali ed economici, privilegiando i primi, come è accaduto con la modifica della Costituzione italiana. La vera sfida, però, non consiste solo nel riconoscimento formale di tali diritti, ma nel rendere concreto questo arduo bilanciamento,

L'Italia, pur essendosi formalmente avvicinata a queste normative innovative, mostra ancora difficoltà nel tradurre i principi di sostenibilità in attuazioni concrete ed efficaci. Nonostante l'attenzione globale al tema e l'integrazione dei principi dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite in molti ordinamenti, sia l'Unione Europea che il nostro paese faticano a garantire una piena operatività e coerenza normativa in questo ambito, lasciando aperti importanti margini di miglioramento.

4. *Gli attori del cambiamento*

Come secondo aspetto, assume particolare rilievo l'identificazione degli attori chiave sui quali anche il diritto penale dovrebbe concentrare la propria azione per promuovere un cambiamento reale e duraturo. In questo contesto, le imprese si collocano in una posizione centrale²⁵, poiché molte delle attività ad alto impatto ambientale e sociale sono direttamente collegate al settore produttivo ed economico. Risulta quindi imprescindibile introdurre e rafforzare la responsabilità penale delle persone giuridiche, un passo essenziale per incentivare l'adozione di modelli organizzativi che siano realmente orientati alla sostenibilità. La responsabilità non deve limitarsi a sanzioni punitive, ma deve prevedere incentivi per pratiche virtuose e sistemi di *compliance*²⁶ efficaci. Parallelamente, gli Stati e le istituzioni giocano un ruolo altrettanto cruciale. Essi sono chiamati non solo a predisporre un quadro normativo adeguato, ma anche a garantire un monitoraggio rigoroso e un'applicazione concreta delle regole. Le istituzioni devono, inoltre, promuovere politiche pubbliche in grado di favorire la transizione verso modelli produttivi sostenibili, accompagnando tanto le imprese quanto i cittadini in

che potrebbe non essere più paritario, tra i due beni in gioco. Cfr. J. BARANDIARIÁN, V. BELEMMI, G. BURDILES, E. COSTA CORDELLA, *Derechos de la Naturaleza en Chile*, cit., 2022, 13-26; E. COSTA CORDELLA, *La protección ambiental como límite a las libertades económicas, una revisión necesaria*, in P. MORAGA SARRIEGO (coord.), *Desafíos Globales para la Democracia en la Nueva Constitución: Medio Ambiente y Derechos Humanos*, Valencia, 2022, 89 ss. spec. 118 ss.

²⁵ Il tema delle disarmonie tra il mondo imprenditoriale e gli obiettivi di *governance* sostenibile è stato oggetto di ampie riflessioni sia in ambito accademico che istituzionale, con un *focus* specifico sugli indicatori di *short-termism*. Questo termine identifica l'orientamento prevalente delle imprese e dei mercati verso il conseguimento di risultati a breve termine, spesso a scapito di strategie di lungo periodo indispensabili per promuovere un miglioramento sostenibile. La letteratura statunitense è stata tra le prime a indagare i fattori che favoriscono questa prospettiva limitata nel tempo, evidenziando elementi come gli incentivi aziendali trimestrali o le pressioni esercitate dai mercati finanziari sugli organi direttivi. In Europa, studi paralleli hanno confermato questa tendenza, evidenziando come l'eccessiva enfasi sugli indicatori finanziari immediati possa costituire un ostacolo all'adozione di modelli di business orientati alla sostenibilità. Tra le analisi più significative, si evidenziano i rapporti annuali dell'*European Corporate Governance Institute* (ECGI) e il documento della Commissione Europea "*Study on directors' duties and sustainable corporate governance. Final Report*" (2020). Entrambi evidenziano che la mancanza di incentivi strutturali costituisce un ostacolo chiave per trasformare la sostenibilità in un elemento centrale delle decisioni aziendali. Questi studi mettono in evidenza la necessità di ripensare i modelli di *governance* aziendale, introducendo meccanismi capaci di bilanciare la pressione dei risultati a breve termine con una visione strategica di lungo periodo, in grado di abbracciare i principi della sostenibilità ambientale, sociale ed economica. Per un'analisi approfondita del tema cfr. G. D. MOSCO, R. FELICETTI, *Orizzonte temporale e corporate governance sostenibile tra iniziative europee e autodisciplina interna*, in *Luiss Law Review*, 1, 2022, 62 ss.

²⁶ La parola, ormai ampiamente di comune dominio per riferirsi alla conformità normativa a tuttotondo delle aziende, racchiude una molteplicità di significati. Cfr. A. GULLO, *Compliance*, in G. MANNOZZI, C. PERINI, M. M. SCOLETTA, C. SOTIS, S. B. TAVERRITI; in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 1249 ss.; 6; C. E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1516 ss.

questo percorso. L'utilizzo del diritto penale, pur rappresentando uno strumento appetibile, deve avvenire nel rispetto del principio di sussidiarietà, che impone di riservare l'intervento penale ai casi in cui non vi siano strumenti alternativi altrettanto efficaci. Questo principio si fonda sull'idea che il diritto penale debba essere l'*extrema ratio*, da applicare solo laddove le misure preventive, amministrative o civili si dimostrino inadeguate a fronteggiare condotte lesive.

5. Dal modello “carrot and stick” al coinvolgimento reputazionale

La formazione di un diritto della sostenibilità è ancora agli esordi ed in questo contesto il diritto penale assume caratteristiche peculiari e incerte. Sebbene si possano già delineare alcune riflessioni di sistema, queste richiederanno rivalutazioni alla luce degli sviluppi normativi futuri.

Un elemento distintivo delle normative europee più recenti, in particolare della Direttiva CSDDD, è il controllo sulla *compliance* delle aziende partner all'interno della catena di valore. Le grandi imprese, soggette agli obblighi di *due diligence*, devono vigilare anche sulla condotta dei loro fornitori e collaboratori, indipendentemente dall'assoggettamento diretto di questi ultimi agli obblighi normativi, per evitare responsabilità indirette. Ad esempio, una multinazionale produttrice di veicoli elettrici è tenuta a monitorare un fornitore che opera in un paese con normative ambientali meno rigorose, dove l'estrazione di minerali potrebbe avere gravi ripercussioni sull'ambiente e sulle comunità locali. In base al nuovo quadro normativo, l'azienda principale deve intervenire per correggere o cessare i rapporti con il fornitore, al fine di evitare sanzioni o danni reputazionali. Questa impostazione normativa, rafforzata dagli obblighi di trasparenza previsti dalla Direttiva CSRD, rappresenta una svolta epocale. Non solo impone alle imprese il rispetto di rigorosi criteri di sostenibilità ambientale, sociale ed economica, ma promuove anche un modello operativo responsabile lungo tutta la filiera produttiva²⁷. Le direttive già menzionate introducono strumenti innovativi e sinergici, come la responsabilità delle imprese per le attività dei fornitori e la trasparenza delle politiche aziendali, stimolando la competizione verso pratiche più sostenibili.

In questo scenario, indipendentemente dal riconoscimento della sostenibilità come bene giuridico autonomo o integrato ad altri “beni-scopo”, una corretta trasposizione degli obblighi delle imprese ideati dalle direttive consentirebbe di affrontare reati legati, per esempio, all'ambiente, alla salute pubblica, alla dignità dei lavoratori e al commercio, favorendo l'emersione di condotte illecite lungo

²⁷ Cfr. G. MEILÁN, A. BARTOLOMÉ PI, *Compliance penal y sostenibilidad: Una breve aproximación a la propuesta de directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y derechos humanos*, in J. M. DE PAZ ARIAS (dir.), M. DELGADO M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre sostenibilidad: cambio climático y criterios ESG en España y la Unión Europea 1ª Ed.*, Cizur Menor, 2024, 429 ss.

l'intera filiera. Le maggiori modifiche sono da compiere nella disciplina della responsabilità delle persone giuridiche ex d.lgs. 231/2001.

Le normative europee sembrano mirare a rendere la sostenibilità un requisito imprescindibile per operare in determinati settori, integrando principi etici nelle strategie aziendali. Le Direttive CSRD e CSDDD rappresentano esempi concreti di come il legislatore europeo stia stimolando un cambiamento culturale e normativo a livello globale. Gli effetti di questa trasformazione si preannunciano rivoluzionari per il settore della *compliance* aziendale e impatteranno inevitabilmente sull'assetto di tutela penale. In un contesto socio-giuridico in evoluzione, l'approccio alla sostenibilità non può limitarsi a un'analisi delle normative esistenti, ma richiede una riflessione più ampia su come le imprese possano contribuire concretamente agli obiettivi di sostenibilità attraverso la propria responsabilità diretta.

In tale prospettiva, emerge il limite del diritto penale tradizionale, storicamente orientato alla punizione *ex post* delle persone fisiche. I veri attori del cambiamento sostenibile sono invece le imprese, le cui scelte operative hanno un impatto diretto sugli obiettivi di sostenibilità. Le normative recentemente analizzate segnano un punto di non ritorno, aprendo a un cambiamento di paradigma anche nella logica della punizione penale. Emergerebbe addirittura la necessità di evolvere il tradizionale modello “*carrot and stick*”, che combina incentivi e punizioni, in un approccio che enfatizzi maggiormente il coinvolgimento reputazionale²⁸.

È necessario, quindi, iniziare a concepire la sostenibilità non come un vincolo normativo imposto dall'esterno, ma come un principio guida per le strategie aziendali. Le direttive europee offrono strumenti per integrare nella pratica quotidiana delle imprese strategie preventive e innovative, rendendo la sostenibilità un criterio chiave per operare. In questo contesto, il diritto penale, qualora si voglia considerarlo, a torto o a ragione, uno strumento utile per incentivare una maggiore adesione delle imprese agli obiettivi di sostenibilità, dovrà necessariamente evolversi. Soprattutto in relazione alle ambiziose prescrizioni della Direttiva CSDDD, sarà necessario un passaggio da un approccio *ex post*, tradizionalmente focalizzato sull'addebito per eventi dannosi o pericolosi già verificatisi, a un modello puro *ex ante*, centrato sulla gestione preventiva del rischio e sull'adempimento di obblighi di vigilanza, rendicontazione e controllo.

²⁸ Da anni, il diritto penale, in particolare quello relativo alla persona fisica, sperimenta forme di responsabilità orientate all'addebito *ex ante*, focalizzandosi sul mancato esercizio di adeguati controlli del rischio-reato. A questa logica, si affianca ormai da tempo una politica legislativa premiale, soprattutto per quanto riguarda l'ente, dove si preferisce, invece dell'applicazione di una sanzione immediata, un adeguamento organizzativo virtuoso *ex post*. Secondo questo nuovo schema, la risposta sanzionatoria si svela un danno collaterale, *momentaneamente* necessario, in un programma preventivo-punitivo²⁸ che guarda più in là, che usa la minaccia di sanzione come *enforcement* per un *post factum* virtuoso, che in determinati casi rende evitabile la sanzione, ma che porta con sé un monito culturale in chiave di prevenzione generale. Queste peculiarità delle moderne logiche punitive, che oscillano tra una repressione anticipata e severa e l'adozione di politiche premiali orientate alla prevenzione sistemica, rappresentano un tema di grande complessità, che non può essere doverosamente trattato in questa sede.

La forza del nuovo modello suggerito dalla Direttiva CSRD, invece, risiede nel suo impatto diretto sulla reputazione aziendale. In questa prospettiva, lo standard di comportamento – ad esempio, evitare lo sfruttamento dei lavoratori – non viene più percepito come una regola arbitraria imposta dal legislatore, ma come un requisito naturale dell'imprenditorialità stessa. La sostenibilità diventa quindi una condizione per rimanere competitivi sul mercato, e la valutazione della virtuosità dell'ente viene rimessa al mercato stesso, attraverso dinamiche che coinvolgono la struttura societaria, gli azionisti e gli stakeholder.

Questa alternativa, che punta a sfruttare il mercato come leva per promuovere la sostenibilità, presenta un notevole effetto deterrente e potrebbe rappresentare una soluzione promettente. Il coinvolgimento della reputazione aziendale, in un sistema dove il mercato premia i comportamenti virtuosi, offre una strada concreta per incentivare le imprese a perseguire obiettivi sostenibili in modo integrato e responsabile. È una prospettiva che merita di essere attentamente valutata, prima di ricorrere direttamente al diritto penale, soprattutto in maniera diretta e invasiva con nuovi reati.

6. Conclusioni: spunti per il futuro e questioni aperte

In sintesi, il diritto penale ha il potenziale per assolvere due funzioni complementari nel contesto della sostenibilità. Da un lato, può agire come deterrente, punendo severamente crimini violazioni gravi in materie strettamente connesse alla sostenibilità; dall'altro, può incentivare la prevenzione, spingendo le imprese a implementare strumenti di controllo interno e modelli organizzativi orientati alla *compliance* sostenibile.

Sul piano della deterrenza, il diritto penale è già operativo nel contrasto a micro-offese che incidono su singoli beni giuridici, i quali, nel loro insieme, contribuiscono alla definizione del concetto di sostenibilità. Tuttavia, in futuro potrebbe essere opportuno valutare un'evoluzione che concepisca la responsabilità dell'ente non solo come autonoma, ma anche completamente indipendente da quella della persona fisica²⁹.

Inoltre, è fondamentale evitare un uso eccessivo del diritto penale, ad esempio attraverso l'introduzione di nuove fattispecie penali esclusivamente per rispondere agli imperativi di «sostenibilismo», poiché questo approccio rischierebbe di ostacolare la collaborazione tra pubblico e privato e rallentare la transizione verso modelli sostenibili.

In un contesto globale dove le risorse del pianeta e la giustizia intergenerazionale sono minacciate da comportamenti irresponsabili, l'integrazione della sostenibilità nel diritto penale non

²⁹ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità da reato delle societates in Italia: finalmente pronti per un illecito direttamente imputabile agli enti?*, in G. MANNOZZI, C. PERINI, M. M. SCOLETTA, C. SOTIS, S. B. TAVERRITI; in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 969- 990.

solo è possibile, ma necessaria. Tuttavia, questa dovrà pur sempre avvenire con cautela, rispettando la natura del diritto penale come *extrema ratio*, evitando derive simboliche o l'introduzione di sovraccarichi sanzionatori³⁰. Un diritto penale "sostenibile" dovrebbe concentrarsi sulla prevenzione e responsabilizzazione, incentivando modelli di condotta virtuosi e punendo solo le violazioni più gravi che ostacoli, o compromettono seriamente la realizzazione degli obiettivi di sostenibilità. In questa prospettiva, sarà cruciale analizzare con attenzione le possibili derive patologiche derivanti dall'assorbimento del concetto di sostenibilità nella tutela dei beni giuridici esistenti. In particolare, sarà necessario monitorare criticamente l'utilizzo giurisprudenziale del concetto come criterio interpretativo, considerandone il potenziale per orientare le normative esistenti come principio trasversale che si integri armoniosamente con i principi costituzionali e internazionali. Questo approccio, pur promettendo di ampliare la portata delle disposizioni normative, presenta il rischio di scivolare in interpretazioni analogiche *in malam partem*, con conseguente compromissione dell'equilibrio e dell'efficacia del sistema.

Da ultimo, sarà fondamentale coinvolgere la dottrina in un'indagine approfondita sulle implicazioni attuali e sulle possibili evoluzioni future del rapporto tra diritto penale e sostenibilità. Questo lavoro è necessario non solo per orientare il dibattito verso soluzioni pratiche ed efficaci, ma anche per evitare che il tema diventi un ennesimo terreno di conflitto ideologico o, peggio, un pretesto per un diritto penale di lotta³¹, caratterizzato da derive criminalizzanti e da approcci strumentali poco rispettosi dei principi fondamentali di proporzionalità e legalità.

Il cammino verso un diritto penale equilibrato e funzionale allo sviluppo sostenibile è appena iniziato.

³⁰ Tema, questo, che richiederà una precisa ponderazione in una materia così delicata e urgente come la sostenibilità. Sul tema del bilanciamento fra scopi e funzioni della pena e strumenti penali cfr., per tutti, M. DONINI, *Diritto penale, PG*, vol. I, Milano, 2024, 13 ss., 135 ss.

³¹ Sul tema, per tutti, cfr. M. DONINI, *Diritto penale*, cit., 177 ss.; ID., *Integrazione europea e scienza penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4, 2020, 531-552.

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

DALLA GIURISPRUDENZA DI MERITO

Sulla responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio occorso al terzo estraneo all'organizzazione imprenditoriale

di **Chiara Gigante**

Dottoranda di ricerca in diritto penale presso l'Università degli Studi di Torino

Sommario: 1. La vicenda di specie. - 2. La tutela prevenzionistica del terzo estraneo all'organizzazione lavorativa. - 3. L'interruzione del nesso causale. Il caso della "volontaria esposizione a pericolo" da parte della vittima. - 4. La posizione del Tribunale di Catanzaro. - 5. Qualche osservazione conclusiva.

1. La vicenda di specie

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Catanzaro¹ assolve dal delitto di cui all'art. 589, co. 2 c.p., realizzato in cooperazione colposa ex art. 113 c.p.², tre imputati e, segnatamente, il delegato di una società operante nel settore dei trasporti³, il titolare di un'impresa individuale con cui la prima aveva stipulato un contratto di trasporto⁴ e il dipendente della richiamata impresa, conducente del veicolo coinvolto nel sinistro⁵. La vittima, estranea all'organizzazione dei lavori, si trovava a raccogliere delle pedane presso il piazzale dedicato al carico e scarico delle merci, quando il conducente di un camion, mentre svolgeva la manovra di retromarcia, la investiva, determinandone il decesso⁶. In seguito all'istruttoria svolta, emergeva come l'uomo, estraneo all'organizzazione dei lavori e neppure cliente, il giorno dell'incidente si fosse introdotto del tutto abusivamente nell'area ove si trovava il furgone in movimento⁷.

Dei plurimi profili trattati dalla sentenza in commento, il presente contributo intende

¹ Trib. Catanzaro, 18.9.2023, n. 1539.

² In argomento, F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Torino, 2024, 163 ss.

³ Trib. Catanzaro, sent. cit., 20 ss.

⁴ Trib. Catanzaro, sent. cit., 29 ss.

⁵ Trib. Catanzaro, sent. cit., 34 ss.

⁶ Trib. Catanzaro, sent. cit., 5.

⁷ Trib. Catanzaro, sent. cit., 5, 7. La vittima, in particolare, era solita recarsi nell'area per raccogliere le pedane; tuttavia, tale attività poteva aver luogo solo sotto il controllo degli operatori del sito (Trib. Catanzaro, sent. cit., 7).

soffermarsi sulla questione della riferibilità della tutela antinfortunistica al soggetto terzo, estraneo all'organizzazione imprenditoriale, e dei limiti alla responsabilità del garante della sicurezza in caso di infortunio occorso al medesimo. Tale profilo è stato affrontato dal giudice catanzarese, in particolar modo, in relazione alla posizione del titolare dell'impresa individuale, datore di lavoro⁸ del conducente del furgone coinvolto nell'incidente⁹. Allo stesso, in particolare, era contestato di avere omesso di adottare le cautele necessarie ad impedire il rischio di schiacciamento di pedoni a seguito delle manovre dei veicoli¹⁰. In particolare, secondo l'editto accusatorio, il datore ometteva di vigilare sulle procedure adoperate dal dipendente per svolgere le manovre di retromarcia, nonché di adempiere all'obbligo di formazione e informazione dei lavoratori finalizzato a contrastare il richiamato rischio di schiacciamento¹¹.

2. La tutela prevenzionistica del terzo estraneo all'organizzazione lavorativa

Il Tribunale di Catanzaro premette alla trattazione del caso concreto una ricostruzione del panorama giurisprudenziale in materia di tutela prevenzionistica del terzo estraneo all'organizzazione aziendale¹². Di seguito, verranno, pertanto, riportate le posizioni formatesi sul tema e richiamate altresì dalla sentenza in commento.

Guardando al formante giurisprudenziale, si sono osservate, nel tempo, costanti pronunce che sostengono un allargamento della sfera dei destinatari della tutela antinfortunistica¹³. In particolare, è possibile rintracciare una giurisprudenza che fonda la definizione della cerchia dei beneficiari della posizione di garanzia antinfortunistica sul legame esistente tra l'organizzazione lavorativa e il

⁸ Sulla figura del datore di lavoro, S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, III ed., Torino, 2023, 83 ss.; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, II ed., Torino, 2023, 36 ss.; F. CONSULICH, *op. cit.*, 75 ss.

⁹ Trib. Catanzaro, sent. cit., 29 ss.

¹⁰ Trib. Catanzaro, sent. cit., 29

¹¹ Trib. Catanzaro, sent. cit., 29.

¹² Trib. Catanzaro, sent. cit., 30 ss.

¹³ In dottrina, sulla tutela antinfortunistica del terzo estraneo che entri in contatto con macchinari o luoghi di lavoro affetti da vizi, G. COSTAGLIOLA, A. CULOTTA, M. DI LECCE, *Le norme di prevenzione per la sicurezza sul lavoro*, Milano, 1990, 40; M. MARIOTTI, *Sulla responsabilità del gestore di uno stabilimento balneare e del manutentore di un videogioco per la morte di una bambina rimasta folgorata*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 306 s.; M. RICCARDI, *Aggravante prevenzionistica, rischio extralavorativo e tutela "estesa" dei terzi*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 4; F. GIUNTA, *Le aggravanti del "luogo di lavoro": a proposito di un'espressione fuorviante*, in *DisCrimen*, 3, 2021, 360; S. TORDINI CAGLI, *Il disastro ferroviario di Viareggio: il punto su rischio lavorativo ed oggetto di tutela della normativa prevenzionistica*, in *DisCrimen*, 16.2.2022, 10 ss.; B. PATERRA, *L'estensibilità all'extraneus della tutela antinfortunistica. Profili evolutivi e sistematici*, in *La legislazione penale*, 28.6.2022; F. CONTRI, *L'estensione della nozione di "rischio lavorativo" nei delitti a tutela della sicurezza del lavoro. Note a margine del disastro della funivia del Mottarone*, in *Cass. pen.*, 2023, 2509 ss.; D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 372 ss.; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 19 ss.; M. RICCARDI, M. CHILOSI, *Work in progress: tendenze e controtendenze della giurisprudenza in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Verso una responsabilità prevenzionistica (individuale e collettiva) autenticamente colpevole?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 1, 16 ss.

soggetto¹⁴. Seguendo tale impostazione, si è detto che gli obblighi prevenzionistici in relazione alla sicurezza degli impianti devono considerarsi posti a tutela anche dei terzi estranei all'organizzazione aziendale che “possano, comunque, venire a contatto o trovarsi ad operare nel campo di loro funzionalità”¹⁵.

Accanto a tale linea interpretativa, si è altresì sviluppato un indirizzo che riconosce la responsabilità del garante della sicurezza, in caso di infortunio, ogniqualvolta vi sia stata la violazione di un obbligo prevenzionistico e sussista il nesso causale tra l'anzidetta violazione e l'evento lesivo, indipendentemente dal fatto che la persona offesa sia estranea all'organizzazione imprenditoriale¹⁶. Già con riferimento alla disciplina in materia di sicurezza sul lavoro contenuta nel DPR. del 27 aprile 1955, n. 547¹⁷, si era, difatti, evidenziato come il riferimento del legislatore ai “lavoratori subordinati o ad essi equiparati”, contenuto nell'art. 1 del richiamato testo normativo, non dovesse essere inteso in senso limitativo della sfera dei creditori della sicurezza sul lavoro, bensì quale definizione delle attività rispetto alle quali opera la normativa antinfortunistica¹⁸. Pertanto, dell'infortunio occorso, risponderà colui che, pur essendone obbligato, abbia violato l'obbligo prevenzionistico quando la violazione e l'evento siano causalmente legati, tanto nel caso in cui la vittima sia un lavoratore quanto ove si tratti di un terzo estraneo¹⁹. Su questa linea, si è detto, “una volta che con le proprie condotte il datore di lavoro abbia determinato l'insorgenza di una fonte di pericolo, la posizione di garanzia si mantiene non solo per i danni che possono essere provocati ai propri dipendenti, ma anche ai terzi che frequentano le strutture aziendali”²⁰. Dunque, nel caso di infortunio di un terzo che si trovava nel luogo di lavoro, per riconoscere la circostanza aggravante del fatto “commesso con violazione delle norme per la

¹⁴ Cass. pen., Sez. IV, 15.2.2007, n. 6348; conf. Cass. pen., Sez. IV, 21.1.2016, n. 2525; Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 5.1 del considerato in diritto. M. RICCARDI, *op. cit.*, 14. Tale indirizzo giurisprudenziale è richiamato in Trib. Catanzaro, sent. cit., 30 s.

¹⁵ Cass. pen., Sez. IV, 15.2.2007, n. 6348; Cass. pen., Sez. IV, 21.1.2016, n. 2525; Cass. pen., Sez. IV, 07.2.2008, n.10842, par. 2.1 dei motivi della decisione. Un'analisi dei casi giurisprudenziali ove si è riconosciuto questo legame viene compiuta da B. PATERRA, *op. cit.*, 5 ss.; M. RICCARDI, *op. cit.*, 14 ss.

¹⁶ “Ove un infortunio si verifichi per inosservanza degli obblighi di sicurezza normativamente imposti, tale inosservanza, purchè sia ravvisabile il nesso causale, non potrà non far carico, a titolo di colpa specifica, su chi detti obblighi avrebbe dovuto rispettare, poco importando che ad infortunarsi sia stato un lavoratore subordinato o un soggetto a questi equiparato, ovvero, addirittura, una persona estranea all'ambito imprenditoriale”, Cass. pen., Sez. IV, 10.11.2005, n. 2383, par. 2 del fatto e diritto. Conf. Cass. pen. 16.2.1989, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 2, 829 s.; Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 5.2 del considerato in diritto; Cass. pen., Sez. IV, 12.5.2016, n. 38200, par. 3.2 del considerato in diritto. L'anzidetto orientamento è richiamato in Trib. Catanzaro, sent. cit., 31. Vedi anche B. PATERRA, *op. cit.*, 9 ss.

¹⁷ L'articolo recitava in tal senso: “Le norme del presente decreto si applicano a tutte le attività alle quali siano addetti lavoratori subordinati o ad essi equiparati ai sensi dell'art. 3, comprese quelle esercitate dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province, dai Comuni, da altri Enti pubblici e dagli Istituti di istruzione e di beneficenza”. Il d.P.R. del 27 aprile 1955, n. 547 è stato poi abrogato dall'art. 304, co. 1 del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Sulle fonti in materia di sicurezza sul lavoro, F. CONSULICH, *op. cit.*, 1 ss.

¹⁸ Cass. pen., Sez. IV, 06.2.1989, n. 6025; in questo senso, anche Cass. pen., Sez. IV, 10.11.2005, n.2383.

¹⁹ Cass. pen., Sez. IV, 10.11.2005, n.2383.

²⁰ Cass. pen., Sez. IV, 18.1.2022, n. 3541, par. 4.3 del considerato in diritto.

prevenzione degli infortuni sul lavoro” ex artt. 589, co. 2²¹ e 590, co. 3 c.p.²², “è necessario e sufficiente che sussista tra siffatta violazione e l’evento dannoso un legame causale”, a patto che non sia intervenuto un fattore interruttivo di tale legame e che la regola cautelare violata fosse diretta a prevenire il tipo di evento verificatosi²³.

Si è formata, poi, un’ulteriore giurisprudenza, richiamata dal giudice di merito²⁴, che pone l’attenzione, ai fini della delimitazione dei destinatari della tutela della sicurezza sul lavoro, sulla natura della regola cautelare violata²⁵. Secondo questa impostazione, invero, nel complesso delle norme antinfortunistiche, alcune regole hanno natura soggettiva, trovando, pertanto, applicazione con riferimento esclusivo ai lavoratori²⁶. Tali sono stati considerati, ad esempio, l’obbligo di sorveglianza sanitaria²⁷, nonché gli obblighi di informazione e di formazione del lavoratore²⁸. L’estensione della tutela antinfortunistica anche al terzo estraneo all’organizzazione lavorativa deve riconoscersi, invece, secondo questa impostazione, ove sia stata violata una regola cautelare oggettiva, ossia rivolta alla generalità delle persone che possono venire in contatto con i pericoli dell’organizzazione lavorativa²⁹, come accade rispetto agli obblighi di recinzione dei cantieri³⁰. In questa seconda ipotesi, infatti, “la sfera di competenza del titolare dell’obbligo è definita su base eminentemente oggettiva, ovvero in relazione alla fonte di pericolo”³¹.

Infine, il Tribunale di Catanzaro ricorda³² la recente sentenza della Corte di cassazione in ordine all’incidente ferroviario avvenuto a Viareggio nel giugno del 2009³³, in occasione del quale i giudici di legittimità hanno voluto definire ulteriormente i contorni della questione circa la riferibilità della

²¹ Per un commento, v. A. MARCHINI, sub *Art. 589*, in AA.VV., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da G. Lattanzi, E. Lupo, Milano, 2021, 138 ss.; L. MASERA, sub *Art. 589*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, fondato da E. Dolcini, G. Marinucci, V ed., Milano, 2021, 1123 s.

²² Per un commento, v. A. MARCHINI, sub *Art. 590*, in AA.VV., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da G. Lattanzi, E. Lupo, Milano, 2021, 187 ss.; L. MASERA, sub *Art. 590*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, fondato da E. Dolcini, G. Marinucci, V ed., Milano, 2021, 1224 ss. Il Tribunale, nella sentenza in commento, si sofferma in più occasioni, lungo l’intero apparato motivazionale, sui presupposti di operatività della circostanza aggravante “prevenzionistica” (v., in particolare, Trib. Catanzaro, sent. cit., 21 ss.).

²³ Cass. pen., Sez. IV, 17.4.2012, n. 23147; Cass. pen., Sez. IV, 06.11.2009, n. 43966.

²⁴ Trib. Catanzaro, sent. cit., 32.

²⁵ Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 5.2 del *considerato in diritto*; Cass. pen., Sez. IV, 12.11.2019, n. 51142, par. 1.3 del *considerato in diritto*; Cass. pen., Sez. IV, 18.1.2022, n. 3541, par. 4.3 del *considerato in diritto*. Vedi anche B. PATERRA, *op. cit.*, 13 ss.

²⁶ Cass. pen., Sez. IV, 12.11.2019, n. 51142, par. 1.3 del *considerato in diritto*; Cass. pen., Sez. IV, 18.1.2022, n. 3541, par. 4.3 del *considerato in diritto*.

²⁷ Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 5.2 del *considerato in diritto*.

²⁸ Cass. pen., Sez. IV, 18.1.2022, n. 3541, par. 4.3 del *considerato in diritto*.

²⁹ Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 5.2 del *considerato in diritto*; Cass. pen., Sez. IV, 09.9.2015, n. 40721, par. 3.2 del *considerato in diritto*.

³⁰ Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 5.2 del *considerato in diritto*.

³¹ Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 5.2. del *considerato in diritto*.

³² Trib. Catanzaro, sent. cit., 32.

³³ Cass. pen., Sez. IV, 08.1.2021, n. 32899. Per un commento a tale sentenza, v., tra gli altri, M. MANTOVANI, *Il disastro ferroviario di Viareggio e la normativa in materia di sicurezza sul lavoro*, in www.dpei.it, 19.10.2021; S. TORDINI CAGLI, *Il disastro*, cit.; M. F. CARRIERO, V. CAMURRI, *La Cassazione sul “disastro di Viareggio”: l’aggravante antinfortunistica e la giurisdizione sugli enti stranieri*, in *Arch. pen. web*, 1/2022.

tutela antinfortunistica ai terzi estranei all'impresa³⁴. In quest'occasione, la Corte ha precisato come, ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante della commissione del fatto con “violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro”, contemplata dal comma 2 dell'art. 589 e dal comma 3 dell'art. 590, deve accertarsi, da un lato, la violazione di una norma antinfortunistica, e, dall'altro, che l'evento lesivo sia “concretizzazione del rischio lavorativo”³⁵. Quanto ai destinatari della tutela antinfortunistica, ha chiarito il giudice di legittimità, perché il danno occorso al terzo sia qualificabile come concretizzazione del rischio lavorativo è richiesto che il medesimo fosse “esposto a tale rischio alla stessa stregua del lavoratore”³⁶. Alla luce di tanto, ha concluso la Corte, “in positivo, vengono richieste condizioni quali la presenza non occasionale sul luogo di lavoro o un contatto più o meno diretto e ravvicinato con la fonte del pericolo; e, in negativo, che non deve aver esplicato i suoi effetti un rischio diverso”³⁷.

3. L'interruzione del nesso causale. Il caso della “volontaria esposizione a pericolo” da parte della vittima

Il Tribunale perviene alla soluzione assolutoria a seguito dell'accertamento dell'intervento di un fattore interruttivo del legame causale tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo³⁸. Pare, pertanto, opportuno compiere una sintetica ricostruzione in merito alla questione dell'interruzione del nesso eziologico.

Come è noto, l'art. 41, co. 2 c.p. dispone che “le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento”. L'interpretazione di tale norma è stata a lungo dibattuta tanto in dottrina quanto in giurisprudenza³⁹.

Secondo un primo indirizzo, l'art. 41, co. 2 c.p. si riferirebbe esclusivamente alla causa dotata di autonomia rispetto alla condotta dell'agente⁴⁰. Così, in giurisprudenza, si è detto che l'interruzione

³⁴ Cass. pen., Sez. IV, 08.1.2021, n. 32899, §. 4.2 del *considerato in diritto*.

³⁵ Cass. pen., Sez. IV, 08.1.2021, n. 32899, §. 4.2 e 4.3 del *considerato in diritto*.

³⁶ Cass. pen., Sez. IV, 08.1.2021, n. 32899, §. 4.2 del *considerato in diritto*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Trib. Catanzaro, sent. cit. 32 ss.

³⁹ Secondo A. VALLINI, “Cause sopravvenute da sole sufficienti” e nessi tra condotte, in *Dir. pen. cont.*, 11.7.2012, 45, la norma si presta ad essere oggetto di “più meditate ricostruzioni dell'interprete, senza opporre a nessuna di esse particolari limiti, ma senza neppure concedere mai un univoco supporto”. Sul tema, diffusamente, A. VALLINI, “Cause sopravvenute da sole sufficienti”, cit. Ancora, tra gli altri, M. SINISCALCO, *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, 1960, 41 s.; G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1988, 128 ss.; L. CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici (Parte I)*, in *Ind. pen.*, 2001, 657 ss.; ID., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 310 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 28 ss.; ID., *Diritto penale*, cit., 215 ss., A. MARTINI, sub *Art. 41*, in AA.VV., *Codice penale*, a cura di T. Padovani, VII ed., Milano, 2019, 278 ss.; F. D'ALESSANDRO, sub *Art. 41*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, fondato da E. Dolcini, G. Marinucci, V ed., Milano, 2021, 502 ss.; S. BELTRANI, sub *Art. 41*, in AA.VV., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da G. Lattanzi, E. Lupo, Milano, 2021, 386 ss.

⁴⁰ Riconduce il dettato normativo alle sole “serie causali assolutamente autonome”, F. STELLA, *La nozione penalmente*

del nesso causale tra il comportamento e l'evento potrebbe aversi solo quando al primo “anche se astrattamente idoneo a produrre l'evento, è preclusa l'esplicazione della propria efficacia causale in virtù di un fattore sopravvenuto, che non abbia da esso origine, il quale impedisce che si svolga quella efficacia causale sostituendovi la propria”⁴¹.

Di una simile interpretazione è stato tuttavia messo in luce l'effetto di ridurre la controversa disposizione a null'altro che una mera ripetizione della teoria condizionalistica⁴². Pertanto, è stato proposto un ulteriore criterio interpretativo, che si allontana dal tenore letterale della norma⁴³ e mitiga l'applicazione del principio della *conditio sine qua non*⁴⁴. In particolare, parte della dottrina ha inteso la causa cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 41 c.p. come un “avvenimento che al momento dell'azione presentava una probabilità minima, trascurabile di verificarsi, e cioè l'avvenimento eccezionale”⁴⁵.

L'estensione dell'efficacia interruttiva del nesso eziologico al fattore che si lega al processo causale innescato dalla condotta dell'agente è stata diffusamente accolta in giurisprudenza, ove si è affermato come debba considerarsi da sola sufficiente a determinare l'evento la causa contraddistinta da “un percorso causale completamente atipico, di carattere assolutamente anomalo ed eccezionale”, seppur non “completamente avulsa dall'antecedente”⁴⁶.

Questa interpretazione dell'art. 41 cpv. c.p. è stata, tuttavia, superata dalle Sezioni Unite del 2014 nel caso “Thyssenkrupp”⁴⁷. In questa sede, i giudici di legittimità hanno precisato come “esistono

rilevante di causa: la condizione necessaria, in *RIDPP*, 1988, 1267; D. MANDRIOLI, *Le cause sopravvenute*, in *Riv. pen.*, 1931, 285, intende la causa sopravvenuta di cui all'art. 41, co. 2 c.p. nel senso che “essa e soltanto essa ha cagionato l'evento”; v. anche, ID., *In difesa dell'articolo 41 primo capoverso del codice penale*, in *Riv. pen.*, 1933, 463; C. SALTELLI, E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice penale*, Vol. 1, Torino, 1940, 246. E. JANNITTI PIROMALLO, *Corso di diritto criminale*, Roma, 1932, 112, sostiene che la norma in esame si riferisca al “concorso di cause successive e fra loro indipendenti”. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. IV, 23.03.1982, n. 7588; Cass. pen., Sez. IV, 27.3.1981, in *Cass. pen.*, 1983, 68 ss.

⁴¹ Cass. pen., Sez. I, 30.11.1971, in *Il Foro It.*, vol. 95, 1972, 426 ss.

⁴² “Se l'art. 41 cpv. fosse riferito alle serie causali autonome, esso diverrebbe superfluo, e ciò contrasta con il principio ermeneutico di conservazione delle norme”, A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1052. Nel medesimo senso si pronuncia altresì G. FIANDACA, *op. cit.*, 129. La superfluità dell'art. 41, co. 2 interpretato come riferito alla serie causale autonoma viene sostenuta anche da F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1934, 183 s., 245; M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1992, 72 s. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. IV, 15.11.2007, n.6268.

⁴³ F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 193, 249.

⁴⁴ F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 245 s.

⁴⁵ F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 248. Tale teoria viene condivisa, tra gli altri, da M. GALLO, *L'elemento oggettivo*, cit., 1992, 80 ss. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 251, estende poi l'applicazione della disposizione, così interpretata, altresì alle cause preesistenti e a quelle simultanee, citate nel comma primo dell'art. 41 c.p., ma non considerate nel comma secondo (a questa conclusione aderisce altresì M. GALLO, *L'elemento oggettivo*, cit., 84 s., il quale ritiene che il legislatore abbia fatto riferimento alle sole cause sopravvenute in quanto limitati i casi in cui una causa preesistente o simultanea possa considerarsi eccezionale).

⁴⁶ Cass. pen., Sez. IV, 13.1.2005, n.10213; Cass. pen., Sez. IV, 26.10.2005, n.1214, par. 6 del considerato in diritto. Ancora, Cass. pen., Sez. IV, 15.11.2007, n. 6268.

⁴⁷ Cass. pen., S.U., 18.09.2014, n. 38343. Per un commento alla sentenza, v., tra gli altri, R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 2566 ss.; K. SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, 490 ss.

diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare”⁴⁸. Dunque, il garante della sicurezza deve essere inteso come “‘gestore’ del rischio”⁴⁹. Ferme queste premesse, la Cassazione, nel suo Supremo Consesso, nel tracciare le coordinate comuni nella giurisprudenza in tema di interruzione del nesso causale, ha precisato, con particolare riferimento al comportamento colposo del lavoratore⁵⁰, come lo stesso sia idoneo ad interrompere il nesso eziologico “non perché ‘eccezionale’ ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare”⁵¹. Di talché, hanno specificato le Sezioni Unite, potrebbe riconoscersi una qualche eccezionalità, nel senso di scarsa probabilità di ravvisare tale ipotesi, purtuttavia essa deve essere intesa come una mera “conseguenza accidentale” dell’assunto appena esposto⁵².

Si può, a questo punto, riprendere la trattazione del tema della responsabilità del datore di lavoro per l’infortunio occorso al terzo estraneo all’ambito imprenditoriale. Come visto precedentemente, è diffuso in giurisprudenza l’orientamento che lega tale responsabilità alla possibilità di ravvisare un nesso causale tra la condotta del garante, realizzata in violazione di una regola antinfortunistica, e l’evento lesivo. Così, si è detto che, sussistendo i già richiamati presupposti eziologici, anche rispetto all’infortunio del terzo estraneo deve riconoscersi la fattispecie aggravata di cui agli artt. 589, co. 2 e 590, co. 3 c.p., purché “la presenza di tale soggetto nel luogo e nel momento dell’infortunio non abbia tali caratteri di anormalità, atipicità ed eccezionalità da far ritenere interrotto il nesso eziologico tra l’evento e la condotta inosservante” e sempre che la regola cautelare violata sia diretta ad evitare il tipo di incidente occorso⁵³. Pertanto, limite all’estensione della responsabilità

⁴⁸ Cass. pen., S.U., 18.09.2014, n. 38343, par. 13 del *considerato in diritto*. Già prima, in questo senso, Cass. pen., Sez. IV, 23.11.2012, n. 49821, par. 7 del *considerato in diritto*.

⁴⁹ Cass. pen., S.U., 18.09.2014, n. 38343, par. 13 del *considerato in diritto*. Già prima, Cass. pen., Sez. IV, 23.11.2012, n. 49821, par. 7 del *considerato in diritto*. In argomento, v. F. Consulich, *op. cit.*, 245 ss.

⁵⁰ Sul tema della responsabilità del garante della sicurezza in caso di comportamento colposo del lavoratore, v. tra gli altri, C. SMURAGLIA, *Diritto penale del lavoro*, Padova, 1980, 145 ss.; N. GARAVENTA, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di delitti colposi commessi con violazione delle norme antinfortunistiche*, in *RIDPP*, 1986, 218 ss.; T. TRINCHERA, *Comportamento colposo del lavoratore infortunato e responsabilità penale del datore di lavoro*, in *Dir. Pen. Cont.*, 12.10.2011; G. MORGANTE, *Infortunio del lavoratore imprudente: quando il datore di lavoro non risponde*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2015, 201 ss.; D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch. pen. web*, 2/2019.; M. TELESCA, *Responsabilità penale del datore di lavoro per omesso intervento in presenza di prassi scorretta del lavoratore*, in *Cass. pen.*, 2019, 4417 ss.; A. DE LIA, *La questione dell’autoesposizione a pericolo da parte della “vittima” nell’ambito degli infortuni sul lavoro: uno sguardo nel “giardino degli epiteti”*, in *Cass. pen.*, 2019, 4317 ss.; E. NAGNI, *Il comportamento del lavoratore come fattore di interruzione del nesso causale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2022, 650 ss.; J. DELLA VALENTINA, *Ancora una decisione in materia di responsabilità del datore di lavoro per infortuni auto-inferti dal lavoratore: alla ricerca di nuove soluzioni mediante il reimpiego di vecchi paradigmi*, in www.dpei.it, 09.3.2023.

⁵¹ Cass. pen., S.U., 18.9.2014, n. 38343, par. 13.1 del *considerato in diritto*. Già prima, Cass. pen., Sez. IV, 23.11.2012, n.49821, par. 7 del *considerato in diritto*.

⁵² Cass. pen., S.U., 18.9.2014, n. 38343, par. 13.1 del *considerato in diritto*. Già prima, Cass. pen., Sez. IV, 23.11.2012, n.49821, par. 7 del *considerato in diritto*. I principi esposti in queste sentenze hanno trovato applicazione, a titolo esemplificativo, nell’ambito della responsabilità medica, in Cass. pen., Sez. IV, 05.5.2015, n. 33329, par. 9 ss. dei *motivi della decisione* (per un commento alla pronuncia, A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per rischio: qualcosa di nuovo, anzi d’antico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1537 ss.).

⁵³ Cass. pen., Sez. IV, 06.11.2009, n. 43966.

penale del garante della sicurezza verso il terzo è costituito dall'intervento di un fattore causale sopravvenuto, interruttivo del nesso causale tra la condotta del garante e l'infortunio. Seguendo l'insegnamento delle richiamate Sezioni unite del 2014⁵⁴, poi, si è detto che, sebbene nell'area di rischio che il garante è chiamato a fronteggiare siano altresì ricompresi i danni che possano occorrere ai terzi, e persino in caso di condotte colpose degli stessi, la responsabilità del gestore deve escludersi ove tali condotte siano “esorbitanti” rispetto al rischio anzidetto⁵⁵.

Ora, in giurisprudenza, l'interruzione del nesso causale è stata ravvisata, in particolare, nel caso della “volontaria esposizione a pericolo” da parte della vittima⁵⁶. Invero, si è osservato, il garante non può essere chiamato a rispondere delle conseguenze della “condotta altamente imprudente e deliberatamente votata al rischio” della persona offesa⁵⁷. Tuttavia, si è escluso che l'ingresso non autorizzato nel sito produttivo possa assurgere a causa interruttiva del nesso causale ove la persona offesa non si trovi nella posizione di comprendere la fonte di pericolo con la quale sta entrando in contratto⁵⁸. Difatti, secondo questa impostazione, il carattere abusivo dell'ingresso nell'area a rischio produce la sua efficacia interruttiva del nesso causale non già in quanto illegittimo, bensì quale espressione della volontarietà dell'esposizione al rischio, che non può riconoscersi in assenza della capacità di percepire la sussistenza del pericolo⁵⁹.

4. La posizione del Tribunale di Catanzaro

Come anticipato, il profilo della responsabilità del garante della sicurezza in caso di infortunio occorso all'*extraneus* viene trattato dal Tribunale di Catanzaro, in particolare, in relazione alla

⁵⁴ Cass. pen., S.U., 18.9.2014, n. 38343.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. IV, 12.5.2016, n. 38200, par. 3.2 del *considerato in diritto*.

⁵⁶ Cass. pen., Sez. IV, 12.5.2016, n. 38200, par. 3.2 del *considerato in diritto*; Cass. pen., Sez. IV, 20.4.2018, n. 36726, par. 3.1 del *considerato in diritto*; Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 5.3 del *considerato in diritto*.

⁵⁷ Cass. pen., Sez. IV, 2.7.2014, n. 36920, par. 7.4.2 e 8 del *considerato in diritto*. Nel caso di specie, la Corte di legittimità ha ritenuto sussistente l'intervento del fattore interruttivo del nesso causale dato dalla volontaria esposizione a pericolo della vittima in relazione al decesso della stessa in seguito ad un salto compiuto con la motoslitta per scavalcare una depressione del terreno; all'imputato, rappresentante legale della società proprietaria del sito, era contestato di aver omesso di recintare ovvero di segnalare la depressione, comunque ben conosciuta dalla vittima (par. 1 e 2 del *ritenuto in fatto*). La Corte osserva come l'obbligo di predisporre la recinzione sia diretto a fronteggiare il rischio di cadute meramente accidentali e non quello “cui si è volontariamente esposto la vittima nel tentativo, tragicamente fallito, di saltare da una sponda all'altra con la motoslitta lanciata alla sua massima velocità e appesantita dalla presenza di una passeggera” (par. 7.4.2 del *considerato in diritto*).

⁵⁸ Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 5.3 del *considerato in diritto*. Critica la tesi che limita l'operatività della volontaria esposizione al pericolo quale fattore interruttivo del nesso causale ove la vittima non comprenda il pericolo dell'esposizione, “così obliterando i profili di prevedibilità e di esigibilità fondanti la contestazione colposa”, M. RICCARDI, *op. cit.*, 23.

⁵⁹ Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 5.3 del *considerato in diritto*. Così, il carattere volontario dell'esposizione al rischio, presupposto della configurabilità di questa come fattore interruttivo, è stato escluso con riguardo alla condotta di un ragazzo di nove anni entrato di sera insieme ad altri minori in un cantiere e poi deceduto a causa della caduta dal solaio, Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, par. 6.3 del *considerato in diritto*.

posizione del datore di lavoro del conducente del furgone coinvolto nell'incidente⁶⁰. A questo era contestato di non aver adottato le cautele necessarie ad evitare il rischio di investimento di pedoni a seguito delle manovre dei veicoli e, in particolare, di aver omesso di munire i mezzi delle telecamere esterne posteriori e di sensori acustici atti a veicolare le manovre di parcheggio⁶¹. Dall'altra parte, dall'istruttoria dibattimentale emergeva come il terzo si fosse introdotto nel piazzale del tutto abusivamente, superando gli accorgimenti posti in essere con lo scopo di impedire l'accesso di terzi all'area⁶².

Ai fini della risoluzione del caso di specie, pertanto, il Tribunale ripercorre i tentativi ermeneutici, sopra richiamati, compiuti dalla giurisprudenza per risolvere la questione della tutela antinfortunistica del terzo⁶³. Nel farlo, il giudice catanzarese mostra di aderire all'orientamento, sviluppatosi in giurisprudenza, che pone l'attenzione sul nesso causale tra la violazione della regola cautelare di natura antinfortunistica e l'evento lesivo⁶⁴. Per contro, ritiene, invece, di rigettare la teoria che si basa sulla distinzione tra regole cautelari oggettive e regole cautelari soggettive, in quanto, posto che non è possibile rintracciare dei parametri normativi certi che consentano di apprezzare la natura della regola, secondo il Tribunale si creerebbe un "rischio di valutazioni eccessivamente opinabili e discrezionali"⁶⁵. Permessa la ricostruzione delle posizioni giurisprudenziali, il giudice catanzarese giunge ad affermare come, al fine di perimetrare l'area di responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio occorso al terzo, "diviene determinante, agli effetti dell'art. 41, c. 2, c.p., accertare che l'accesso all'ambiente lavorativo sia o meno legittimo, non rilevando se occasionato dalla prestazione di un contributo lavorativo o semplicemente originato da ragioni afferenti al contesto lavorativo"⁶⁶. Ora, in relazione al caso di specie, pacifica la condotta colposa sopra menzionata dell'imputato, il Tribunale vaglia la possibilità di ritenere interrotto il nesso causale tra tale condotta e il decesso del pedone. A tal fine, la richiamata evoluzione giurisprudenziale in materia impone di soffermare l'attenzione sulla posizione della vittima. Sul punto, deve considerarsi, sottolinea il giudice, come la persona offesa fosse "soggetto terzo, totalmente estraneo al sito produttivo [...] e che, tuttavia, volontariamente e consapevolmente si è esposto alle fonti di pericolo insite in quel contesto lavorativo"⁶⁷. In altri termini, la vittima, estranea all'organizzazione imprenditoriale, era assolutamente a conoscenza dei rischi che correva accedendo a quell'area e, ciononostante, ha deliberatamente deciso di esporsi ad essi pur a fronte delle misure adottate per impedirne l'ingresso non autorizzato. Il

⁶⁰ Trib. Catanzaro, sent. cit., 29 ss.

⁶¹ Trib. Catanzaro, sent. cit., 33.

⁶² Trib. Catanzaro, sent. cit., 33.

⁶³ Trib. Catanzaro, sent. cit. 30 ss.

⁶⁴ Trib. Catanzaro, sent. cit., 30 ss.

⁶⁵ Trib. Catanzaro, sent. cit., 32.

⁶⁶ Trib. Catanzaro, sent. cit., 31.

⁶⁷ Trib. Catanzaro, sent. cit., 33.

Tribunale, con la sentenza in commento, valorizza, pertanto, il carattere abusivo della presenza della vittima nel piazzale dove avevano luogo le manovre dei furgoni quale circostanza valevole ad escludere il nesso causale tra la condotta e l'evento ai sensi dell'art. 41, co. 2 c.p.⁶⁸ Pertanto, il giudice di merito esclude la responsabilità del datore di lavoro per il delitto di omicidio colposo commesso con violazione delle norme antinfortunistiche di cui all'art. 590, co. 2⁶⁹.

5. Qualche osservazione conclusiva

La sentenza in commento si inserisce a pieno nell'approccio giurisprudenziale in tema di destinatari della tutela antinfortunistica. Come si è visto, la questione viene trattata sul terreno della causalità, scorgendo, nel fattore interruttivo del nesso causale, la possibilità di attribuire efficacia di esclusione della responsabilità del garante alla condotta colposa del terzo infortunato.

In particolare, alla luce di quanto precedentemente esposto, può osservarsi come la volontaria esposizione al pericolo da parte della vittima sia stata valorizzata in giurisprudenza come idonea ad interrompere il nesso di causalità tra la violazione della regola cautelare e l'evento lesivo, in quanto, seguendo le coordinate delle Sezioni unite nel caso “Thyssenkrupp”⁷⁰, fattore causale “esorbitante” rispetto alla sfera di rischio che il garante deve governare⁷¹. Il giudice catanzarese fa governo dei principi sviluppatasi nel formante giurisprudenziale, ravvisando, nel caso di specie, un simile fattore interruttivo. La persona offesa, emergeva dall'istruttoria svolta, assolutamente estranea al sito produttivo, si introduceva abusivamente nel piazzale dedicato al carico e scarico delle merci, contravvenendo alle cautele che erano state attuate al fine di impedire l'accesso ai terzi e, segnatamente, ai cartelli di divieto apposti, nonché al controllo della guardia giurata previsto a presidio dell'area⁷². Avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, dunque, il Tribunale ritiene che la condotta della vittima abbia “rivestito quel carattere di eccentricità che è tale da interrompere il nesso eziologico”, e, pertanto, che il decesso di questa rappresenti “concretizzazione di un rischio diverso” rispetto a quello che il datore era chiamato a governare⁷³.

Conclusivamente, di questa pronuncia è certamente apprezzabile il tentativo di porre un freno ad un'indiscriminata responsabilità del garante in un settore, quello della sicurezza sul lavoro, certamente sensibile a tale rischio⁷⁴. Sotto il profilo della perimetrazione della responsabilità del

⁶⁸ Trib. Catanzaro, sent. cit., 32.

⁶⁹ Trib. Catanzaro, sent. cit., 32.

⁷⁰ Cass. pen., S.U., 18.9.2014, n. 38343

⁷¹ Cass. pen., Sez. IV, 12.5.2016, n. 38200, par. 3.2 del *considerato in diritto*.

⁷² Trib. Catanzaro, sent. cit., 33.

⁷³ Trib. Catanzaro, sent. cit., 33.

⁷⁴ M. RICCARDI, *op. cit.*, 23 definisce il parametro della volontaria esposizione a pericolo quale “antidoto alla deriva oggettivistica connaturata alle forme di responsabilità ‘di posizione’”, ferma restando tuttavia, come visto, la critica alla

garante della sicurezza, meritevole di considerazione risulta altresì un ulteriore passaggio della sentenza in commento, riferito, questa volta, al soggetto delegato della società di trasporti. A questo veniva rimproverata l'omissione, da un lato, della nomina di un responsabile di piazzale chiamato a coordinare lo svolgimento di più attività e, dall'altro, dell'introduzione di un percorso pedonale per l'accesso in sicurezza dei clienti e dei dipendenti agli uffici dello stabile⁷⁵. Nondimeno, al momento dell'incidente, il piazzale ospitava un unico mezzo, sicché la figura del responsabile, anche presente, non sarebbe stata comunque coinvolta; inoltre, se anche fosse stato presente un percorso per l'ingresso dei pedoni agli uffici, la vittima, che non era né un cliente né un dipendente, non lo avrebbe comunque seguito, considerato che il piazzale si trovava altrove rispetto agli uffici dello stabile⁷⁶. Pertanto, le omissioni ascrivibili non consentono di pervenire all'affermazione della responsabilità dell'imputato, visto che tali cautele, dirette a prevenire rischi diversi, anche se attuate, non avrebbero impedito la realizzazione dell'"evento *hic et nunc* verificatosi"⁷⁷. Afferma, infatti, il Tribunale catanzarese, richiamandosi alla giurisprudenza in tema di causalità della colpa⁷⁸, come "il mancato rispetto di una regola cautelare di condotta non è di per sé sufficiente per affermare la responsabilità colposa del soggetto agente, dovendosi a tal fine dimostrare l'esistenza in concreto del nesso causale tra la condotta violatrice e l'evento"⁷⁹.

rilevanza riconosciuta all'inconsapevolezza del pericolo. Invero, è bene ribadirlo, il diritto penale è chiamato a "ricercare responsabilità e non capri espiatori" (Cass. pen., S.U., 18.9.2014, n. 38343, par. 13 del *considerato in diritto*; così, già prima, Cass. pen., Sez. IV, 23.11.2012, n.49821, par. 7 del *considerato in diritto*). La questione dei limiti alla responsabilità del garante della sicurezza ha trovato terreno fertile nel tema, certamente affine a quello oggetto della presente nota, dell'infortunio determinato dal comportamento colposo del lavoratore: in argomento, *ex multis*, A. ROIATI, *Rilevanza del concorso colposo del lavoratore nell'infortunio sul lavoro*, in *Cass. pen.*, 2008, 2869 ss.; D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, 323 ss.; C. BERNASCONI, *La problematica latitudine del debito di sicurezza sui luoghi di lavoro*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di) *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 16 ss.; L. BIN, *Esistono anche dei limiti alla responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio occorso al lavoratore imprudente: l'assenza di un rischio illecito alla base*, in *www.dpei.it*, par. 3, 23.4.2021.

⁷⁵ Trib. Catanzaro, sent. cit., 26.

⁷⁶ Trib. Catanzaro, sent. cit., 26. Inoltre, secondo quanto emerso nel corso dell'istruttoria, con buona probabilità, la vittima neppure era entrata nel piazzale a piedi (Trib. Catanzaro, sent. cit., *ibidem*).

⁷⁷ Trib. Catanzaro, sent. cit., 26.

⁷⁸ Il Tribunale cita, espressamente, Cass. pen., Sez. IV, 26.10.2011, n. 38786 e Cass. pen., S.U., 18.9.2014 n. 38343. Sul tema può richiamarsi, altresì, Cass. pen., Sez. IV, 12.11.2019, n. 51142, par. 1.1 del *considerato in diritto*. In argomento, *ex multis*, M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, 2010, 677 ss.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. Pen.*, 2013, 1224 ss.; I. GIUGNI, *Causalità della colpa e circolazione stradale tra prassi applicative e dubbi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 5 ss.; A. PREVE, *Circolazione stradale e colpevolezza: la Cassazione valorizza la causalità della colpa*, in *SP*, 23.11.2021.

⁷⁹ Trib. Catanzaro, sent. cit., 27.

Responsabilità degli enti dipendente da reato: la portata esimente del corretto svolgimento dell'attività di risk assesment (nota a Tribunale di Milano, sent. 22 aprile 2024, ud. 25 gennaio 2024, n. 1070)

di **Danilo Cilia**, Avvocato del foro di Milano
e **Massimo Pinardi**, Avvocato del foro di Milano

Sommario: 1. Premessa. - 2. La vicenda processuale (l'oggetto del provvedimento). - 3. La portata innovativa della pronuncia in commento (il contenuto del provvedimento) - 4. I collegamenti con altre pronunce.

1. Premessa

La sentenza del Tribunale meneghino qui commentata (II sez. pen., 22 aprile 2024, n. 1070 – di seguito “*la Sentenza*”) si distingue dai numerosi precedenti registrati in materia, non tanto per la puntuale motivazione offerta per assolvere la società imputata, quanto piuttosto per il sapiente e rigoroso richiamo alle più significative nozioni di *risk management*, *corporate governance*, e scienza dell'organizzazione¹.

Attesa la rilevanza delle istruzioni operative fornite dalla sentenza, di seguito si ripercorreranno, brevemente, i fatti di causa, per poi procedere alla disamina delle indicazioni offerte dai giudici milanesi.

2. La vicenda processuale

Il procedimento vedeva coinvolte diverse persone fisiche (ben venti), a vario titolo chiamate a rispondere di false comunicazioni sociali, emissione di fatture per operazioni inesistenti e frode nelle pubbliche forniture.

Gli addebiti formulati dalla Pubblica Accusa riguardavano, in particolare, i membri del Consiglio di amministrazione, i componenti del Collegio Sindacale ed ulteriori alti dirigenti dell'ente imputato (i.e. Responsabile funzione “*Reporting & SGA Controller*”, Direttore Commerciale, Responsabile Controllo di Gestione, Responsabile Ufficio Amministrazione, Responsabile ufficio “*Billing*”, Responsabile area commerciale “*Partner & System Integrators*”).

Secondo la prospettazione accusatoria, risultavano profili di responsabilità anche in capo al revisore legale (per la specifica ipotesi di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni – il cd. “falso del revisore”) nonché in capo alla stessa società di revisione (in qualità di responsabile civile).

¹ Sul punto si veda G. BOSI, *Autoregolazione societaria*, in collana *Quaderni di giurisprudenza commerciale, materia Società fallimento e industriale*, Milano, 2009, 109 ss.; A. MAZZERANGHI., *La identificazione e gestione dei processi critici per la sicurezza nel rispetto dei requisiti della OHSAS 18001:2007*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, fasc. 1, 33 ss.

Quanto all'ente (British Telecom Italia, società rientrante all'interno di un gruppo multinazionale – di seguito “*la Società*”), quest'ultimo era chiamato a rispondere dell'illecito amministrativo di cui all'art. 25-ter d.lgs. n. 231/2001 per non aver adottato (dal 2011 al 2016) un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire la commissione dei delitti di false comunicazioni sociali contestati agli apicali.

Secondo la prospettazione accusatoria, l'inadeguatezza del modello sarebbe anzitutto consistita nella mancanza di una concreta analisi del rischio-reato e dei protocolli di prevenzione dei delitti della specie di quelli contestati - elemento, quest'ultimo, plasticamente dimostrato (sempre stando alla prospettazione accusatoria) dall'assenza “fisica” di apposite parti Speciali in calce al modello.

Questa impostazione non è stata accolta in sentenza, che ha mandato assolto l'ente con una motivazione incentrata sulla definizione dei crismi che debbono caratterizzare un modello efficace, che costituisca, cioè, concretizzazione del dovere organizzativo gravante sull'ente medesimo (secondo il modello dei cd. *compliance programs* statunitensi).

La mancata prova del *deficit* organizzativo ipotizzato dall'accusa viene posta a base, dai giudici meneghini, anche dell'assoluzione di alcuni tra gli imputati-persone fisiche ovvero gli amministratori non esecutivi, il Direttore Commerciale, il Responsabile Controllo di Gestione, il Responsabile Ufficio Amministrazione ed i componenti del collegio sindacale. Analoghe conclusioni vengono raggiunte anche per il revisore e per la società di revisione.

Diversa sorte per gli amministratori esecutivi, per il responsabile “*Reporting & SGA Controller*”, per il responsabile “*Billing*” e “*Partner & System Integrators*”, ritenuti responsabili degli addebiti loro rispettivamente ascritti.

3. La portata innovativa della pronuncia in commento

La sentenza dedica diversi passaggi all'illustrazione degli elementi costitutivi del modello organizzativo (i.e. parte Generale e parte speciale), ma ciò che è opportuno sottolineare è come il Tribunale attribuisca un ruolo decisivo all'attività di *risk assessment*, puntualmente analizzata e descritta in tutte le singole sottofasi con un rigore tecnico-scientifico probabilmente mai raggiunto, prima d'ora, nelle sedi giudiziali.

Una tale premessa esplicativa – invero quasi didascalica – si giustifica, secondo il Tribunale, in considerazione del fatto che la normativa di riferimento (e cioè gli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001) «non contiene alcuna indicazione sul contenuto di un modello idoneo a prevenire il rischio reato» (cfr. pag. 124 della sentenza).

L'unica indicazione, ad avviso del collegio, è ricavabile «dall'art. 6, co. 2, d.lgs. 231/01

[secondo cui n.d.r.] un Modello idoneo deve ‘individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati’, cioè le cd. attività sensibili» (cfr. pag. 129 della Sentenza).

Prima di addentrarsi nel caso concreto, il Tribunale dedica alcuni passaggi al tema della colpa di organizzazione² (cfr. pag. 125 della sentenza), concetto che «rimanda al fenomeno di una responsabilità collettiva dell'ente, intesa come un aggregato di individui che, proprio perché ‘organizzati’, esprimono un'autonoma ‘mente collettiva’ e una ‘metacompetenza di gruppo’ in grado di fronteggiare situazioni complesse, indomabili dal singolo e da una ‘pluralità disorganizzata’ di individui» (cfr. pag. 125 della sentenza).

Il richiamo alla colpa di organizzazione – perno attorno al quale gravita la responsabilità dell'ente – risulta significativo nella misura in cui si tratta dell'elemento che rende veramente “proprio”³ l'illecito contestato in ossequio all'articolo 27 della Costituzione.

Così argomentando, i Giudici pare abbiano voluto ribadire il principio che anche la materia della responsabilità degli enti ripudia forme di “responsabilità sostanzialmente oggettive”⁴.

Una tale inferenza logica appare di fondamentale importanza soprattutto in considerazione della natura “sostanzialmente penale”⁵ del sistema di responsabilità delineato dal d.lgs. 231/2001.

² Diffusamente sul punto C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, fasc. 3, 167-184 ss.; C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2018, 175 ss.; A. PERINI, G. AMATO, M. LEVIS, *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, in collana *Le riforme del diritto italiano*, Bologna, 2021, 24 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. 4, Milano, 2008, 38 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, in *I temi della modernità* (collana diretta da F. STELLA), Milano, 2002, 349 ss.; G. DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in *Cass. pen.*, 2/2017, 914 ss.; G. DE SIMONE, *sub. Art. 5 – profili penalistici*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 95 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 425 ss.; M. PELISSERO, *Principi generali*, sub par. 8, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2021, 161 ss.; A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Torino, 2022, 47 ss. D. CASTRONUOVO, *Parte VI, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 art. 25 septies*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 1593 ss.

³ G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 657 e ss.

⁴ M. BORGOBELLO, *La “colpa d'impresa” in una recente sentenza della Corte di cassazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, fasc. 2, 08.02.2024; D. PULITANÒ, *La responsabilità da «reato» degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, Milano, 415; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.10.2012.

⁵ G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, Milano, 151; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, VIII Edizione, Bologna, 2019, 178 ss.; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e interdizioni*, in *Dir. Giust.*, 2001, 8; G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. pen. e proc.* n. 9/2003, fasc. 11, 1398 ss.; A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 33 ss.; G. MARINUCCI, «*Societas puniri potest*»: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, Milano, 1193 ss.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 393; D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, voce in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 879 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 183; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231:*

Prosegue poi oltre il Tribunale precisando che «*le decisioni organizzative non possono essere descritte come un momento unico e ben individuabile, rappresentando, invece, un atto complesso, articolato all'interno di un processo, che comprende: a) l'individuazione del problema e la definizione degli obiettivi; b) la diagnosi del problema alla luce delle condizioni ambientali (esterne) e d'impresa (interne); c) lo sviluppo di diverse possibili alternative di soluzione; d) la valutazione di alternative; e) la selezione dell'alternativa migliore; f) l'attuazione della decisione e la verifica dei risultati*» (cfr. pag. 125 della Sentenza).

Quanto alla parte generale del modello, quest'ultima, «*oltre a descrivere la configurazione giuridica societaria e i correlati organi di amministrazione e controllo che la compongono, dando atto di eventuali modificazione intercorse nel tempo*» (cfr. pag. 126 della Sentenza), ad avviso del collegio deve prevedere:

- il codice etico: dove dovranno essere compendiate il complesso dei principi che informano l'ente;
- la informazione e formazione del personale sul modello e sui protocolli: attività fondamentali ad avviso del Tribunale, che non dovranno ovviamente risultare episodiche e sporadiche dovendo, al contrario, essere svolte in aderenza al principio di continuità;
- le modalità di scoperta delle violazioni del modello: condizione necessaria per garantire l'operatività del Modello è l'adozione di un efficiente sistema di rilevamento delle condotte illecite che da un lato preveda agevoli ed intuitivi canali di segnalazione, e al contempo tuteli la persona del segnalante (naturale e ovvio il richiamo al *Whistleblowing*, soprattutto considerato che, nel caso di specie, la frode era emersa proprio a seguito di una segnalazione anonima inviata alla controllante della Società);
- il sistema disciplinare: sul punto il Tribunale fornisce un utile suggerimento laddove ritiene astrattamente incentivante, o quantomeno idoneo ad agevolare la commissione di condotte illecite, un sistema retributivo basato su obiettivi di performance prestabiliti (qui riferendosi espressamente al sistema vigente nella Società). Diversamente, sempre secondo i giudici meneghini, un utile strumento di contrasto potrebbe essere applicare detrazioni alla parte variabile della retribuzione (i cd. *bonus*), così da disincentivare il compimento di condotte illecite;
- l'organismo di vigilanza: decisiva, infine, è la nomina di un organismo incaricato di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello. Il Tribunale coglie l'occasione per ribadire

da ora in poi, societas delinquere (et punire) potest, in *Corr. giur.*, 2001, n. 7, Editoriale Persone Giuridiche, 845; R. LEVIS, A. PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, in collana *Le riforme del diritto italiano*, Bologna, 2014, 114 ss.

l'imprescindibilità dei requisiti di professionalità, autonomia e continuità che devono caratterizzare l'attività dell'organismo, rimarcando, altresì, la decisività del suo *«funzionamento costante nel tempo ed in continua interazione con gli organismi amministrativi e di controllo della società»* (cfr. pag. 128 della sentenza).

Ulteriore premessa espositiva è la centralità dei protocolli di prevenzione del rischio reato – brillantemente definiti *«cuore pulsante del Modello»* (cfr. pag. 126 della sentenza, enf. agg.) – fondata, sempre per usare le parole del Tribunale, sulla *«circostanza che essi operano sia sul piano dei criteri di imputazione soggettivi del reato all'ente, sia su quello delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla condotta illecita. Infatti, da un lato assolvono ad una funzione preventiva, dal momento che, se adottati ex ante, consentono all'ente di esimersi da qualsiasi responsabilità; dall'altro agiscono sul versante della riparazione dell'offesa, in quanto, se adottati ex post, riducono considerevolmente l'entità delle misure afflittive comminate a carico della società»* (cfr. pag. 129 della sentenza).

Posta, dunque, la centralità di tali strumenti, la sentenza procede ad analizzare più da vicino la nozione di *risk assessment*, definita come *«una fase cognitivo-rappresentativa funzionale alla percezione del rischio-reato ed alla valutazione del suo grado di intensità»* (cfr. pag. 129 della sentenza). In altre parole, secondo il collegio meneghino, *«come nel diritto penale individuale, sia il coefficiente psicologico che quello della colpa presuppongono che l'agente si sia rappresentato il rischio derivante dalla sua condotta attraverso le conoscenze disponibili in quel momento, allo stesso modo l'ente collettivo è chiamato a fare una ricognizione a tappeto dei fattori di rischio, il che risulta un'attività sicuramente più complicata rispetto a quanto avvenga nell'agire individuale, dal momento che ancora una volta si richiede un efficace metodo organizzativo di rilevamento e di valutazione»* (cfr. pag. 129 della sentenza).

Una tale operazione di *«ricognizione a tappeto»* muove, quindi, anzitutto da una puntuale individuazione delle aree potenzialmente a rischio-reato, con particolare riferimento alle aree strumentali alla commissione della specie di quelli contestati, in quanto connesse alla movimentazione finanziaria d'impresa ovvero alla sua rappresentazione contabile.

Nell'ambito di tale delicata operazione è poi fondamentale, proseguono i giudici, selezionare e isolare i processi e le attività sensibili dai quali potrebbe derivare la commissione dei reati previsti, indicando, altresì, le direzioni e i ruoli aziendali di volta in volta coinvolti.

Lo *step* successivo consiste, invece, nella valutazione del grado di efficacia dei sistemi operativi e di controllo già adottati dall'ente al fine di individuare eventuali criticità e possibili ambiti di implementazione/miglioramento.

Segue la descrizione delle modalità di commissione dei reati descrizione, che, ad avviso del Tribunale, dovrà essere sempre calata e calibrata nel contesto aziendale di riferimento.

A tale ultimo riguardo la sentenza offre un'ulteriore indicazione meritevole di sottolineatura. Ad avviso del collegio è infatti importante procedere *«ad un'attenta analisi dell'evoluzione dell'organigramma aziendale, che consiste nell'appurare, diacronicamente, gli eventuali mutamenti organizzativi intervenuti nel tessuto aziendale, allo scopo di verificare se siano stati indotti da disfunzioni operative o da violazioni comportamentali, che hanno reso un pregiudizio, anche solo potenziale all'ente. In altre parole, si tratta di verificare l'adeguatezza nel tempo del protocollo e la sua idoneità a conformarsi ai mutamenti strutturali avvenuti all'interno della società»* (cfr. pag. 130 della Sentenza).

Questi, in sintesi, i passaggi fondamentali che, ad avviso del Tribunale, compongono la fase del *risk assessment*.

Prosegue oltre la sentenza affermando a chiare lettere come *«il contenuto sicuramente più significativo del Modello 231»* (cfr. pag. 130 della sentenza) sia rappresentato dai **protocolli di comportamento**, anch'essi puntualmente descritti come *«il secondo fondamentale contenuto del dovere di organizzazione che grava sugli enti, in quanto hanno come obiettivo strategico quello della 'cautela', cioè l'apprestamento di misure idonee a ridurre continuamente e ragionevolmente il rischio-reato. Lo strumento per conseguire detto obiettivo è la predisposizione di un processo, di un sistema operativo che deve essere caratterizzato da 'cautele' puntuali, concrete ed orientate sul rischio da contenere. Alla determinatezza, si deve affiancare anche l'efficace attuazione nel senso che lo strumento di prevenzione non deve risolversi in un mero supporto 'cartaceo' che sarebbe sicuramente poco efficace sul piano applicativo»* (cfr. pag. 130 della sentenza).

Prima di affrontare in dettaglio il contenuto di tali protocolli di comportamento, i giudici statuiscono che *«uno dei principi fondamentali che deve ispirare il contenuto e l'operatività dei protocolli è quello della 'segregazione delle funzioni', in base al quale i soggetti che intervengono in una fase non possono svolgere alcun ruolo nelle altre fasi del processo decisionale e ciò, lo si capisce, risponde, all'esigenza di evitare che il processo o una parte rilevante di esso resti nelle mani di un'unica funzione, con il rischio di ingenerare conflitti di interesse capaci di accentuare il rischio-reato»* (cfr. pag. 130).

La sentenza si dedica, quindi, a delineare i tratti essenziali di tali strumenti, i quali dovranno prevedere:

- *«l'indicazione di un responsabile del processo a rischio-reato, il cui compito principale è quello di assicurare che il sistema operativo sia adeguato ed efficace rispetto al fine che intende perseguire;*
- *la regolamentazione del processo, ovvero l'individuazione dei soggetti che hanno il presidio di una specifica funzione, e ciò in osservanza del principio di segregazione delle funzioni;*

- **la specificità e la dinamicità del protocollo**, laddove il primo requisito evoca la sua aderenza sostanziale rispetto al rischio da contenere, mentre il secondo presupposto attiene alla capacità del modello di adeguarsi ai mutamenti organizzativi che avvengono nella compagine sociale;
- **la garanzia di completezza dei flussi informativi**, che rivestono un ruolo assolutamente centrale sul versante dell'effettività della cautela e, da ultimo, un efficace monitoraggio e controllo di linea, ovvero quelli esercitati dal personale e dal management esecutivo come parte integrante della propria attività gestionale e decisionale» (cfr. pagg. 130-131 della sentenza, enf. agg.).

Conclusa la trattazione in un certo senso “teorica” degli strumenti esimenti che il d.lgs. 231/2001 fornisce all’ente, il Tribunale procede ad analizzare il modello organizzativo concretamente adottato dalla Società, che il consulente tecnico del Pubblico Ministero aveva ritenuto inidoneo essenzialmente per due ragioni: i) l’assenza di un’analisi del rischio-reato; ii) la mancanza di protocolli di comportamento.

Nel disattendere l’impostazione accusatoria, e così escludere la responsabilità dell’ente, il Tribunale ha fatto proprio un approccio marcatamente sostanzialistico – approccio che, se molto spesso viene utilizzato dai giudici per fondare le sentenze di condanna, in questo caso è invece servito al Collegio per assolvere l’ente, attraverso il ripudio di quelle formule stereotipate ed apodittiche che certa giurisprudenza usa (abusa) per ritenere inidonei i modelli, a partire dalla semplice constatazione che un dipendente dell’ente ha commesso un reato.

Per citare nuovamente la sentenza, *«lo stesso consulente del PM non ha mosso rilievi né al contenuto del Codice di comportamento, né all’apparato sanzionatorio e disciplinare, considerandoli entrambi completi ed adeguati. La principale carenza che ha ravvisato nel Modello consiste nel fatto che esso conteneva solo la parte generale, ove erano compiutamente descritti il quadro normativo, inclusi c.d. reati-presupposto, i principi ispiratori del Modello, le sue finalità ed i destinatari, i compiti, i requisiti e le modalità di funzionamento dell’Organismo di Vigilanza. Sempre nella parte generale erano richiamati il Codice di comportamento adottato dalla società, la struttura organizzativa e le procedure aziendali, nonché il sistema delle deleghe e procure e, infine, le caratteristiche della comunicazione, formazione, e informativa sul Modello e sul suo apparato sanzionatorio»* (cfr. pag. 131 della sentenza).

Il Collegio – prosegue la pronuncia – *«non ritiene che nel Modello 231 del 2011 fossero del tutto assenti i protocolli di prevenzione del rischio-reato: infatti, se, da un lato, è vero che il Modello del 2011 non contempla ‘formalmente’ la parte speciale, dall’altro lato deve essere evidenziato che la società ha adottato formalmente le seguenti policies di gruppo: DoA; Reserved*

Powers; Group Trading Policy; The Way we work; Anticorruption&Bribery; Gift and Hospitality Policy, Charitable Donations e Sponsorship; Market Developments and Sales Incentives» (cfr. pag. 133 della sentenza). Si tratta, ad avviso del Tribunale, **«di protocolli che contengono specifiche procedure di prevenzione del rischio-reato e che confluiranno nella parte speciale del Modello del 2016 ritenuto dallo stesso consulente della Procura assolutamente idoneo»** (cfr. pag. 133 della sentenza, enf. agg.).

«Come lo stesso CT del PM afferma nella sua perizia» – prosegue oltre la sentenza – *«si tratta di politiche aventi carattere generale tese a dare delle linee guida comportamentali in settori di attività che sono sicuramente molto delicati nell’attività della società, vietando tassativamente la corruzione e la concussione e indicando, da un lato, le procedure da seguire, e, dall’altro, le modalità attraverso le quali i dipendenti potevano e dovevano denunciare eventuali situazioni dubbie. Trasversalmente strumentali alla corruzione e concussione sono da ritenersi anche le donazioni e le sponsorizzazioni, nonché le procedure volte a regolamentare le politiche di omaggi o ospitalità, oltre alle politiche di sviluppo del mercato, indicandosi modalità di comportamento auspiccate, divieti ed eventuali canali di denuncia»* (cfr. pag. 134 della sentenza).

In altre parole, secondo il Tribunale, *«dall’analisi degli allegati alla perizia del PM, si può facilmente constatare che significativi protocolli di prevenzione del rischio-reato, i quali erano finalizzati ad operare in alcuni settori ‘nevralgici’ della politica aziendale, ovvero i settori interessati dalla circolazione di denaro, erano già stati elaborati ed approvati nel 2013 ed il relativo contenuto è stato puntualmente richiamato nel Modello del 2016»* (cfr. pag. 134 della sentenza, enf. agg.).

Ciò che davvero rileva ai fini dell’operatività dell’esimente, in definitiva, è **l’effettivo svolgimento dell’attività di risk assessment e la concreta implementazione del sistema di gestione e controllo**, e ciò indipendentemente dalla formalizzazione dello stesso all’interno delle appendici al modello.

Precipitato logico di questo ragionamento sostanzialistico è che la mancata adozione o l’inefficace attuazione dei modelli organizzativi non integra, di per sé, il fatto tipico dell’illecito dell’ente⁶.

Da ultimo, il Tribunale affronta il tema dell’eventuale elusione fraudolenta del modello da parte dei soggetti apicali.

All’esito dell’istruttoria dibattimentale il collegio ha ritenuto infatti integrata un’ipotesi cd. **management override** (cfr. pag. 138 della sentenza, enf. agg.), e cioè quella peculiare situazione che si verifica laddove l’agire aziendale risulti volto alla sistematica violazione di ogni regola e presidio

⁶ Sul punto si veda C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. n. 231/2001)*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Torino, 2011.

societario. Ebbene, in presenza di un tale scenario, qualsiasi modello organizzativo, seppur in astratto idoneo ed efficacemente attuato, non avrebbe comunque evitato la commissione delle condotte contestate.

Passaggio logico successivo è quindi l'assoluzione della Società per insussistenza dell'illecito amministrativo contestato.

La decisione del Tribunale è certamente da apprezzare nella misura in cui, come visto, si è affrancata dall'impostazione formalistica troppo spesso cara alla giurisprudenza in materia di responsabilità degli enti.

Stante l'esplicito richiamo al precedente Impregilo (Cass. pen., Sez. VI, 11.11.2021, n. 23401), il Tribunale avrebbe forse potuto dedicare qualche riflessione ulteriore in merito ai presidi di controllo funzionali alla prevenzione dello specifico rischio di false comunicazioni sociali, magari anche indicandoli, tanto più a valle della citazione della sentenza Impregilo, che il tema della colpa di organizzazione aveva puntualmente declinato.

4. I collegamenti con altre pronunce

Proprio la *Impregilo* (Cass. pen., Sez. VI, 11.11.2021, n. 23401), peraltro, aveva affermato il condivisibile principio secondo cui, a fronte del mero accertamento della commissione di un reato presupposto, in assenza di un puntuale sindacato sull'idoneità e sull'effettiva attuazione del Modello, non è ammesso presumere l'inadeguatezza del modello adottato dall'ente.

Analogo principio garantista era stato affermato anche in altri (e successivi) precedenti.

Così, ad esempio, in una pronuncia resa in un caso di infortunio sul lavoro (Cass. pen., Sez. IV, 15 febbraio 2022, n.18413), laddove la Suprema Corte si era trovata a sindacare una doppia-conforme di condanna, motivata dall'aver l'ente, *“consentito il verificarsi del reato di lesioni personali, aggravato dalla violazione della normativa antinfortunistica”*, a causa di un supposto deficit organizzativo, nonché per *“l'assenza di un modello organizzativo avente ad oggetto la sicurezza sul lavoro”*. La Cassazione aveva però ribaltato l'esito dei giudizi di merito, precisando che *“in tema di responsabilità amministrativa degli enti, la persona giuridica non può essere chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo...per il solo fatto della mancata previsione del modello di organizzazione e di gestione. Infatti, l'efficace adozione del modello consente all'ente di non rispondere dell'illecito, ma la relativa mancanza, di per sé, non può implicare un automatico addebito di responsabilità, in quanto, per tale addebito 'per fatto proprio', è necessario che sussista, a carico dell'ente, la cosiddetta 'colpa di organizzazione', cioè il non avere predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei a evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato. In questa prospettiva, la mancata*

adozione – o l’inefficace attuazione modello – non può assurgere a elemento costitutivo della tipicità dell’illecito dell’ente, ma integra una circostanza atta ex lege a dimostrare che sussiste la colpa di organizzazione, la quale va però specificamente provata dall’accusa, mentre l’ente può dare dimostrazione dell’assenza di colpa”.

Analoghi principi sarebbero stati ribaditi anche nell’ambito di altra pronuncia della Suprema Corte, ancora una volta riguardante un infortunio sul lavoro (Cass. pen., Sez. IV, 20 ottobre 2022, n. 39615). Ebbene, anche in questo caso la Suprema Corte aveva stigmatizzato il ragionamento del giudice di merito, rilevando come nulla avesse argomentato *“sulla cd. ‘colpa di organizzazione’, requisito che assolve la stessa funzione che la colpa assume nel reato commesso dalla persona fisica, quale elemento costitutivo del fatto tipico integrato dalla violazione ‘colpevole’ (ovvero rimproverabile) della regola cautelare”.* Sotto quest’ultimo profilo, *“proprio l’enfasi posta sul ruolo della colpa di organizzazione e l’assimilazione della stessa alla colpa, intesa quale violazione di regole cautelari, convince che la mancata adozione e l’inefficace attuazione degli specifici modelli di organizzazione e di gestione prefigurati dal legislatore rispettivamente agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 131 del 2001 e all’art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008 non può assurgere ad elemento costitutivo della tipicità dell’illecito dell’ente. Pertanto, gli elementi costitutivi dell’illecito dell’ente, oltre alla compresenza della relazione organica e teleologica tra il soggetto responsabile del reato presupposto e l’ente (c.d. immedesimazione organica), sono la colpa di organizzazione, appunto, il reato presupposto ed il nesso causale che deve correre tra i due”.*

Da ultimo, tra le pronunce di merito più significative, si segnalano quella resa dal Tribunale di Milano nel caso *Johnson & Johnson Medical* (Trib. Milano, 6.3.2023, n. 3314, in Dpei.it, 31 luglio 2023, con nota di L. DE STRADIS), in materia di unicità del modello e dello *standard* di adeguatezza dello stesso anche in presenza di un reato presupposto commesso da un soggetto non-apicale; e quelle del Tribunale di Bergamo nella nota vicenda *Ubi Banca* (Trib. Bergamo, 8.10.2021, n. 2260, in Dpei.it, 7 marzo 22, con nota di F. MARTIN) e del Tribunale di Milano nel caso *Sapiem* (Trib. Milano, 28.9.2021, n. 9501, in Dpei.it, 4 febbraio 2022, con nota di G. MINICUCCI), pronunce, queste ultime, che hanno escluso la responsabilità dell’ente per l’illecito dipendente dal reato societario in ragione della presenza di un dettagliato modello organizzativo e della ritenuta insussistenza del criterio obiettivo dell’interesse/vantaggio.

Le persistenti difficoltà della tutela penale dei marchi

(nota a Tribunale di Pavia, sent. 20 settembre 2023)

di **Gilberto Halili**

Dottorando di ricerca in Diritto penale presso l'Università del Salento

Sommario: 1. Oggetto del provvedimento – 2. Contenuto del provvedimento – 3. Premessa. Il bene giuridico tutelato dall'art. 474 c.p. – 4. La (non) rilevanza del c.d. falso grossolano – 5. I rapporti tra gli artt. 474 e 648 c.p.

1. Oggetto del provvedimento

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Pavia ha accertato la responsabilità penale dell'imputato, condannandolo per i reati di cui agli artt. 474 e 648 c.p., legati dal vincolo della continuazione, in relazione alla vendita, nell'ambito di un regolare esercizio commerciale, di articoli riportanti marchi registrati contraffatti.

Al contempo, il giudicante ha assolto l'imputato limitatamente ad alcuni prodotti, con formula dubitativa perché "il fatto non sussiste", ai sensi dell'art. 530 cpv. c.p.p.

La sentenza in commento consente di ripercorrere alcune questioni rilevanti nella c.d. tutela penale del marchio: in primo luogo, l'annoso dibattito sulla possibile rilevanza in tale settore del c.d. falso grossolano; in secondo luogo, i problematici rapporti tra i delitti di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.) e di ricettazione (art. 648 c.p.).

2. Contenuto del provvedimento

In seguito a un controllo presso i locali commerciali (punto vendita e magazzino) di una ditta individuale, gli operanti della Guardia di Finanza rinvenivano una ingente quantità di articoli (più di quattromila) recanti marchi figurativi la cui genuinità era sospetta. Tali articoli presentavano alcune divergenze rispetto ai prodotti originali quali l'assenza dell'ologramma termosaldato, la scarsa qualità dei materiali, la mancanza delle etichette e dei cartellini pendenti, oltre alla presenza della dicitura "*made in China*". L'imputato non riusciva a fornire alcuna spiegazione né documentazione attestante la legittima provenienza della merce.

I prodotti venivano sottoposti a perizia, all'esito della quale veniva accertata la loro natura non

genuina e l'idoneità degli stessi a trarre in inganno il consumatore medio.

In estrema sintesi, a fronte della contestazione del reato di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.), il giudice di primo grado perviene alla condanna, allineandosi all'orientamento giurisprudenziale maggioritario in tema di contraffazione grossolana.

Con riferimento invece all'altro capo di imputazione, relativo al delitto di ricettazione (art. 648 c.p.), il giudice, in piena continuità con l'orientamento maggioritario, ammette il concorso tra i due delitti contestati in virtù della loro eterogeneità strutturale e condanna l'imputato.

Infine, limitatamente ai prodotti verso i quali non era stata disposta perizia, il giudice assolve con la formula dubitativa *ex art. 530, cpv., c.p.p.*, poiché l'assenza di una perizia non consente di affermare al di là di ogni ragionevole dubbio la natura non genuina degli stessi.

3. Premessa. Il bene giuridico tutelato dall'art. 474 c.p.

Come anticipato, la sentenza in commento offre lo spunto per alcune considerazioni in materia di marchi contraffatti.

Come noto, il delitto previsto dall'art. 474 c.p., sanzionando sia l'introduzione nel territorio nazionale che la messa in commercio di prodotti con marchi contraffatti, presuppone logicamente la realizzazione del fatto descritto dall'art. 473 c.p. (che sanziona invece la condotta di contraffazione), delineando così un microsistema di tutela penale dei marchi registrati. Le due incriminazioni fotografano un *iter criminis* bifasico che parte dalla contraffazione e si snoda poi nella vendita del bene non genuino¹. In questo senso si spiega la presenza della clausola di sussidiarietà prevista all'*incipit* dei due commi di cui si compone il primo.

La contiguità genetica e logica delle due incriminazioni consente di affermare – pacificamente² – l'identità del bene giuridico tutelato.

Tuttavia, l'individuazione del bene protetto da tali delitti è sempre stato oggetto di discussione, in un ambito in cui è forte l'influenza della normativa extra-penale. Infatti, come vedremo, il dibattito in dottrina è caratterizzato da un forte aggancio alle riflessioni civilistico-industriali sulle funzioni svolte dal marchio³.

¹ A. ALESSANDRI, *Tutela penale dei segni distintivi* (voce), in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, 456.; F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi e dei segni distintivi*, Ipsoa, Asiago, 2008, 44; G. MARINUCCI, *Falsità in segni distintivi delle opere dell'ingegno e dei prodotti industriali* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, 653; ID., *Il diritto penale dei marchi*, Giuffrè, Milano, 1962, p.103; A. ROSSI VANNINI, *I segni distintivi: riflessi penali*, in L. CONTI (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2001, 705.

² V., *ex multis*, A. ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 989; ID., *Tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 434; E. INFANTE, *La falsificazione e l'uso dei segni falsi*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol.V: I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Utet, Milano, 2022, 236; G. MARINUCCI, *Il diritto penale dei marchi*, cit., 103.

³ La dottrina civilistica individua tradizionalmente tre funzioni svolte dal marchio nel contesto economico e commerciale:

L'orientamento prevalente tradizionalmente individua il bene giuridico tutelato nella fede pubblica, poiché gli artt. 473 e 474 c.p. mirano a evitare la lesione della fiducia dei consumatori attraverso la tutela di quei simboli pubblici, come i marchi registrati, che consentono di contrassegnare i prodotti industriali nella loro circolazione nel mercato⁴. La fede pubblica è dunque ricostruita come un interesse collettivo alla distinzione della fonte di provenienza (e produzione) dei prodotti collocati nel mercato⁵. In realtà, tale ricostruzione prende le mosse da quella dottrina extra-penale che individua quale funzione primaria del marchio la tutela dei consumatori; essa si fonda infatti sulla capacità distintiva del marchio, in considerazione del fatto che attraverso il marchio si realizza una facile e immediata riconducibilità del bene al proprio produttore e di conseguenza a un determinato *standard* qualitativo assicurato da quel produttore⁶.

L'orientamento in analisi si pone dunque in piena coerenza con la collocazione sistematica nell'ambito dei delitti contro la fede pubblica e, soprattutto, con la struttura delle fattispecie incriminatrici in questione. Esse, infatti, descrivono reati di pericolo il cui disvalore può essere ricondotto all'inganno della fiducia che il pubblico indeterminato dei consumatori ripone sulla genuinità del marchio quale indicatore di provenienza – industriale e qualitativa – dei prodotti⁷.

Tuttavia, non si possono tacere alcune considerazioni critiche. La fede pubblica costituisce infatti un bene giuridico superindividuale che si caratterizza per una notevole malleabilità e vaporosità, caratteristiche che lo rendono facilmente esposto a spinte espansive al fine di sopperire a

funzione distintiva della provenienza (*Herkunftsfunktion*), funzione di garanzia della qualità (*Garantiefunktion*) e funzione di suggestione (o attrattiva) del pubblico dei consumatori (*Werbefunktion*). Sul punto: A. ALESSANDRI, *Tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 435; G. COCCO, *Sub art. 473 c.p.*, in M. RONCO – B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Utet, Milano, 2012, 2280; G. MARINUCCI, *Il diritto penale dei marchi*, cit., 11 ss.; G. SENA, *Marchio di impresa (natura e funzioni)* (voce), in Dig. disc. priv., vol. IX, Utet, Torino, 1993, 292 ss.; A. VANZETTI, *Natura e funzioni giuridiche del marchio. Problemi attuali del diritto industriale*, in AA.VV., *Problemi attuali del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1977, 1164.

⁴ In dottrina: A. ALESSANDRI, *Tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 434; ID., *Problemi attuali del diritto penale industriale*, cit., 987 ss.; F. CINGARI, *Marchi, brevetti e segni distintivi (tutela penale dei)* (voce), in Enc. dir., ann., vol. VII, Giuffrè, Milano, 2013, 692; ID., *La tutela penale dei marchi*, cit., 49; G. MARINUCCI, *Il diritto penale dei marchi*, cit., 66 ss.; C. PEDRAZZI, *Volgarizzazione e pseudovolgarizzazione del marchio e riflessi penali*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1961, 849; in giurisprudenza: Cass. pen., Sez. V, 12.03.2008, n. 21787, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, 323; Cass. pen., Sez. V, 15.7.2008, n. 37553, in Foro it., 2009, 625; Cass. pen., Sez. II, 17.3.2009, n. 2351 in Riv. pen., 2010, 418; Cass. pen., Sez. V, 18.05.2021, n. 23709, in Riv. dir. Ind., 2021, 330.

⁵ A. ALESSANDRI, *Problemi attuali del diritto penale industriale*, cit., 989; L. LOCATELLI, *Dell'esame comparativo tra il marchio contraffatto e quello originale e dell'uso del nome geografico come marchio*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 230; G. MARINUCCI, *Il diritto penale dei marchi*, cit., 80; C. PEDRAZZI, *Volgarizzazione e pseudovolgarizzazione*, cit., 849; ID., *Appunti sulla tutela penale delle denominazioni di origine*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1956, 583.

⁶ Tale dottrina civilistica, anche in seguito alla riforma del 1992 (D.Lgs. n. 480/1992), sostiene che la funzione preminente del marchio è la sua capacità distintiva della provenienza. Una provenienza, però, che cambia aspetto e non va più intesa come fonte aziendale, ma come centro di ideazione del prodotto e individuazione di standard qualitativi (v. A. VANZETTI, *La nuova legge marchi. Commento articolo per articolo della legge marchi e delle disposizioni transitorie del d.lgs. n. 480/92*, Giuffrè, Milano, 2001, 3 ss.). Per una ricostruzione più approfondita: A. ALESSANDRI, *La tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 435-437; F. CINGARI, *Marchi, brevetti e segni distintivi* (voce), cit., 690-692.

⁷ A. ALESSANDRI, *La tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 456; F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi*, cit., 73; G. MARINUCCI, *Il diritto penale dei marchi*, cit., 82; A. ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 115.

presunte lacune dell'ordinamento, specie con riferimento al tema dei falsi grossolani⁸.

Secondo altro orientamento, invece, gli artt. 473 e 474 c.p. tutelerebbero non la fede pubblica bensì la proprietà industriale, intesa come l'esclusività dell'utilizzo del marchio da parte del suo titolare. Pertanto, il bene tutelato sarebbe costituito dal patrimonio dei titolari del marchio⁹. Tali posizioni sono state avversate – quantomeno inizialmente – dalla dottrina penalistica maggioritaria sulla base di diverse argomentazioni. In primo luogo, la collocazione sistematica delle due incriminazioni tra i “delitti contro la fede pubblica” evidenzia la volontà del legislatore del '30 di prescindere dalla tutela dei diritti patrimoniali del titolare del marchio¹⁰. Pertanto, sarebbe difficile immaginare una completa estromissione della fede pubblica quale oggetto di tutela delle fattispecie¹¹. In secondo luogo, tale ricostruzione si porrebbe in contrasto con la *littera legis* delle fattispecie, nell'ambito delle quali non è riservato alcuno spazio esplicito al danno subito dal titolare del diritto sul marchio¹².

Ciononostante, tale orientamento ha recentemente trovato nuova linfa, grazie all'apporto della dottrina civilistica¹³ e alla nuova conformazione del marchio alla luce delle riforme in campo extra-penale¹⁴. Secondo tale dottrina, infatti, nel nuovo assetto normativo risultante dal Codice della proprietà industriale, il marchio non sarebbe più garanzia di provenienza e qualità del prodotto, ma costituirebbe solo un mero valore patrimoniale da tutelare¹⁵.

Un ultimo orientamento propone una ricostruzione in chiave di pluri-offensività cumulativa. Si sostiene che il microsistema in questione tuteli sia l'interesse dei consumatori – la cui lesione sarebbe comunque necessaria – sia quelli economici dei titolari del diritto all'uso esclusivo del marchio¹⁶.

⁸ Per una ricostruzione sulle diverse interpretazioni giurisprudenziali del concetto di pubblica fede, v. I. GIACONA, *Punibilità della vendita di merci grossolanamente contraffatte. Nota a sentenza Cass. pen. Sez. V, 12 marzo 2008, n. 21787*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, 324 ss.

⁹ G. MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana: prospettive e ripercussioni della Legge 23 luglio 2009*, Cedam, Padova, 2009, 94 ss.; ID., *Falsità in marchi e brevetti (473/474quater)*, in G. COCCO – E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale, Vol. II, I reati contro i beni economici*, Cedam, Padova, 2015, 417 ss.; A. SANDULLI, *La tutela penale della proprietà industriale*, in Giust. pen., 1936, II, 30. Anche in giurisprudenza si è sostenuto che la fattispecie di cui all'art. 474 c.p. «non mira a tutelare il consumatore dalle piccole o grandi frodi di chi pone in vendita merce, ma è posta a tutela dei marchi e segni distintivi, costituendo una protezione per i titolari degli stessi» (Cass. pen., Sez. V, 25.9.2000, n. 11071., in Riv. pen., 2001, 273 ss.; Cass. pen., Sez. II, 12.4.2005, n. 17113, in Riv. pen., 2006, 701).

¹⁰ G. MARINUCCI, *Falsità in segni distintivi delle opere dell'ingegno* (voce), cit., 657.

¹¹ I. GIACONA, *Punibilità della vendita di merci grossolanamente contraffatte*, cit., 327.

¹² G. MARINUCCI, *Il diritto penale dei marchi*, cit., 66 ss.

¹³ Osserva tale dottrina che nessuna norma del codice della proprietà industriale assicura al marchio la funzione distintiva intesa come riconducibilità a un centro di ideazione del prodotto e individuazione di standard qualitativi. In tal senso è emblematica la circostanza che l'art. 23 c.p.i., nei suoi primi due commi, consentendo il frazionamento del marchio, permette la compresenza nel mercato di infiniti centri ideativi e produttivi autonomi, svuotando di ogni senso l'istanza di riconducibilità del prodotto. Per una migliore ricostruzione della dottrina civilistica, v. G. COCCO, *Sub art. 473 c.p.*, cit., 2290; G. MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale*, 95 ss.

¹⁴ Il riferimento va inevitabilmente al D.Lgs. n. 30/2005 (il c.d. Codice della proprietà industriale), ma ancor prima alle riforme apportate dal D.Lgs. n. 480/1992.

¹⁵ G. MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale*, cit., 98 ss.; ID., *Falsità in marchi e brevetti*, cit., 417.

¹⁶ Si sostiene che nei reati contro la pubblica fede si riscontrerebbero «due offese: una comune a tutti i delitti della categoria,

Tale orientamento muove da due esigenze. In primo luogo, esso tenta di sopperire e dare maggiore concretezza alla fumosità del concetto di “fede pubblica”, attraverso l’emersione di beni più tangibili (quali appunto il patrimonio del titolare del marchio). In secondo luogo, esso mira a restringere l’area di operatività di tali fattispecie in modo da tenere esente da pena le ipotesi di falso grossolano e punire, quindi, solo condotte concretamente lesive.

Tale impostazione è però facilmente esposta a obiezioni per un duplice ordine di motivi. In primo luogo, si è sottolineato come «altro è il danno o pericolo di danno concretamente identificabile in relazione ad un singolo episodio delittuoso, altro è la categoria del bene giuridico, tutelato in via generale dalla legge e offeso dal reato»¹⁷. In secondo luogo, in contrasto con l’obiettivo di circoscrivere l’area di punibilità, è forte il rischio che la plurioffensività venga letta dalla giurisprudenza non come cumulativa ma come alternativa, con la conseguente dilatazione della fattispecie fino ad accontentarsi dell’offesa di uno dei due beni evocati, vanificando la funzione di garanzia dell’oggetto di tutela¹⁸.

Il dibattito è stato poi rinfocolato dalla l. 23 luglio 2009, n. 99, che ha introdotto l’art. 474-*bis* c.p. Tale disposizione prevede non solo la confisca – anche per equivalente – delle “cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l’oggetto, il prodotto, il prezzo o il profitto”, ma anche il diritto della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento del danno. Essa pone dunque il problema dell’individuazione della persona offesa che, evidentemente, non può identificarsi con la collettività indeterminata dei soggetti titolari del bene “pubblica fede”¹⁹. In dottrina, si è sottolineato che le persone offese aventi diritto alla restituzione e al risarcimento del

l’altra che varia da delitto a delitto. La prima concerne la pubblica fede; la seconda l’interesse specifico che è salvaguardato dall’integrità dei mezzi probatori». In tal senso: F. ANTOLISEI, *Sull’essenza dei delitti contro la fede pubblica*, in Riv. it. dir. pen., 1951, 634; Sostengono la tesi della plurioffensività anche: G. AZZALI, *La tutela penale del marchio di impresa*, Giuffrè, Milano, 1955, 61; F. BRICOLA, *Il problema del falso consentito*, in Arch. pen., 1959, 281; G.L. GATTA, *La disciplina della contraffazione del marchio di impresa nel codice penale (artt. 473 e 474): tutela del consumatore e/o produttore*, in Dir. pen. cont., 01.10.2012, 1 ss.; E. PALOMBI, *La tutela dell’avviamento dell’impresa*, in E. PALOMBI – G. PICA (a cura di), *Diritto penale dell’economia e dell’impresa*, vol. I, Utet, Torino, 1996, 78; A. ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, in A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell’impresa*, IV, Cedam, Padova, 1993, 136 – 139; Anche in giurisprudenza sono state avanzate ricostruzioni in chiave plurioffensiva, in tale senso: Cass. pen., Sez. V, 18.11.1999, n. 5523, in Riv. pen., 2000, 224; Cass. Pen., Sez. II, 11.10.2005, n. 44297, in CED Cass. pen. 2005; Cass. pen., Sez. II, 20.11.2009, n. 4217, in Cass. pen., 2011, 643.

¹⁷ C. FIORE, *Il falso autorizzato non punibile*, in Arch. pen., 1960, 319; I. GIACONA, *Introduzione ai reati contro la fede pubblica*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol. V: I delitti contro la fede pubblica*, cit., 4; ID., *Punibilità della vendita di merci grossolanamente contraffatte*, cit., 327; ID., *La problematica dell’offesa nei delitti di falso documentale*, Giappichelli, Torino, 2007, 9.

¹⁸ L. CAMALDO, *Una recente pronuncia della Cassazione sul “falso grossolano” nella contraffazione di marchi: un orientamento criticabile*, in Riv. dir. ind., 2000, 215; G. MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale*, 81 ss.; G. COCCO, *Sub art. 473 c.p.*, cit., 2288. Si oppone specificatamente a tale punto I. GIACONA, *Punibilità della vendita di merci grossolanamente contraffatte*, cit., 328, che afferma come «in realtà, ai fini della sussistenza del falso grossolano basta che la condotta risulti inoffensiva rispetto a uno soltanto dei due beni. Infatti, come si è già detto, la tesi della plurioffensività implica una restrizione della punibilità, richiedendosi l’offesa di più beni, e non di uno solo di essi».

¹⁹ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Sanzionato anche il difetto di vigilanza*, in Guida dir., 2009, 27; E. INFANTE, *La falsificazione e l’uso dei segni falsi*, 236.

danno – e quindi i soggetti passivi del reato – non possono che essere i titolari del marchio contraffatto e gli effettivi consumatori ingannati dal marchio contraffatto. In effetti, così ricostruita la previsione, si può affermare che l’oggetto delle restituzioni coincida con le somme pagate come corrispettivo della merce acquistata. In tal modo, l’introduzione dell’art. 474-*bis* c.p. sembrerebbe deporre a favore di una ricostruzione quantomeno in chiave plurioffensiva del bene giuridico tutelato²⁰; ma non manca chi ritiene che, invece, la riforma abbia definitivamente spostato il bene giuridico tutelato verso la sola tutela dell’esclusività del marchio²¹.

Quest’ultima posizione si fonda su due motivi. Essa fa, in primo luogo, leva sulla sanzione amministrativa di cui all’art. 1, comma 7, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, riformata dalla l. n. 99/2009, che punisce il consumatore che acquista consapevolmente prodotti non genuini²²; e in secondo luogo, sull’estensione della confisca per equivalente, prevista all’art. 474-*bis* c.p., anche alla “persona estranea al reato medesimo”, soggetto che tale orientamento individua nella figura del consumatore²³. Entrambe le disposizioni, quindi, si frappongono alla possibilità di ritenere il consumatore soggetto passivo del reato: di conseguenza l’unico soggetto passivo potrebbe essere soltanto il titolare dell’esclusività del marchio.

4. La (non) rilevanza del c.d. falso grossolano

Come anticipato, la sentenza in commento affronta il dibattito sulla rilevanza del c.d. falso grossolano nella sua declinazione di contraffazione grossolana.

Il tema del falso inoffensivo perché grossolano è un tema classico dei delitti contro la pubblica fede e riguarda quelle condotte di falsificazione che, pur tipiche, risultano prive di reale capacità decettiva, in virtù della riconoscibilità *ictu oculi* della falsificazione²⁴. Lo stesso dovrebbe dunque valere, *mutatis mutandis*, per la contraffazione di prodotti destinati alla vendita, recanti marchi contraffatti, che per le modalità con cui vengono presentati al pubblico non sono in grado, in concreto, di ingannare l’acquirente sulla loro genuinità.

L’estensibilità del concetto di “falso grossolano” al settore della contraffazione di marchi risente però inevitabilmente delle difficoltà riscontrate dagli interpreti nell’individuare il bene

²⁰ *Ibidem*.

²¹ G. COCCO, *Sub art. 473 c.p.*, cit., 2290; G. MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale*, cit., 104 ss.; ID., *Falsità in marchi e brevetti*, cit., 417 ss.

²² Si sottolinea che, così facendo, la grossolanità del falso passa dall’essere un possibile fattore di esclusione della responsabilità del soggetto agente *ex art. 474 c.p.*, a divenire fattore di estensione dell’illecito – seppur a titolo di responsabilità amministrativa – anche verso il consumatore. Infatti, la punibilità di quest’ultimo passa proprio dalla conoscibilità della contraffazione. In tal senso: G. MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale*, cit., 60 ss.

²³ G. MANCA, *La tutela penale della proprietà industriale*, cit., 40 ss.; ID., *Falsità in marchi e brevetti*, cit., 423.

²⁴ Per una puntuale ricostruzione del dibattito sul tema del falso inoffensivo si rimanda a I. GIACONA, *La problematica dell’offesa nei delitti di falso documentale*, cit., 37 ss.

giuridico tutelato dall'art. 474 c.p., a partire dalla vaghezza e dalla vaporosità del concetto di fede pubblica²⁵.

Secondo un primo orientamento²⁶, sostenuto da una parte della giurisprudenza di merito²⁷ e inizialmente anche dalla Cassazione²⁸, le ipotesi di contraffazione grossolana vanno escluse dall'ambito di operatività delle fattispecie di cui agli art. 473 e 474 c.p., in quanto costituirebbero un'ipotesi di reato impossibile ex art. 49, comma 2, c.p. Come si vede, e come già è stato osservato²⁹, tale orientamento rievoca la c.d. concezione realistica del reato³⁰. La conseguenza di questa impostazione è che essa permette di valorizzare – per valutare la reale capacità decettiva – anche elementi ultronei rispetto al marchio abusivamente apposto, quali il modico prezzo di vendita, la scarsa qualità del prodotto recante il marchio contraffatto, l'assenza di tagliandi o ologrammi.

Chiara esemplificazione di questa posizione, è la considerazione per cui «l'offerta da parte dei venditori ambulanti di prodotti "griffati" è ormai accolta dalla clientela con un diffuso e sottinteso scetticismo circa l'autenticità dei marchi, con un'accettazione implicita della provenienza aliena dei prodotti stessi, dato il loro prezzo e l'evidente approssimazione dei segni a quelli effettivi che la clientela di comune esperienza ben conosce nelle reali caratteristiche distintive»³¹.

L'orientamento maggioritario³², invece, afferma la rilevanza penale anche della contraffazione grossolana negando di conseguenza ogni rilievo a elementi estranei al marchio stesso, perché l'attitudine della contraffazione a generare confusione deve essere valutata non solo con riferimento al momento dell'acquisto, bensì anche in relazione al successivo utilizzo in pubblico degli oggetti³³.

In tale questione, emerge chiaramente l'incidenza del dibattito sul bene giuridico tutelato dalla fattispecie in parola. Infatti, se il bene è individuato nella fede pubblica, e per essa s'intende l'affidamento che la generalità ripone sulla funzione distintiva del marchio, allora l'attenzione si deve focalizzare esclusivamente sul marchio, mentre ogni elemento esteriore a esso è irrilevante, con la conseguente punibilità delle ipotesi di contraffazione grossolana³⁴.

²⁵ F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi*, cit., 51; I. GIACONA, *Punibilità della vendita di merci grossolanamente contraffatte*, cit., 324-325; ID., *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, cit., 7 ss.

²⁶ I. GIACONA, *Punibilità della vendita di merci grossolanamente contraffatte*, cit., 329-330.

²⁷ Trib. Bolzano, 2.8.2005, in Riv. dir. ind., 2006, 10 ss.; Trib. Bologna, 13.3.2012, in Dir. pen. econ. imp., con nota di V. VALENTINI.

²⁸ Cass. pen., Sez. V, 17.06.1999, n. 2119, in Cass. pen., 2000, 1962 s.; Cass. pen., Sez. II, 15.11.2005, n.45545 in CED Cass. pen. 2005; Cass. pen., Sez. II, 03.04.2008, n. 16281, in Cass. pen. 2009, 3868.

²⁹ F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi*, cit., 50.; I. GIACONA, *Introduzione ai reati contro la fede pubblica*, cit., 18.

³⁰ Sulla concezione realistica del reato, si rinvia a: M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. Vol. I. art. 1-84*, 3 ed., Giuffrè, Milano, 2004, 513 ss.

³¹ Cass. pen., Sez. V, 17.06.1999, n. 2119, in Cass. pen., 2000, 1962 ss.

³² V., *ex multis*, A. ALESSANDRI, *La tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 446-447; F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi*, cit., 50.

³³ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 14.02.2008, n. 11240 in Cass. pen., 2009, 1547; Cass. pen., Sez. V, 12.03.2008, n. 21787, in Dir. gius. online, 2008; Cass. pen., Sez. V, 17.04.2008, n. 33324, in Cass. pen. 2009, 4730.

³⁴ F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi*, cit., 53.

Al contrario, se si declina la fede pubblica nell’ottica della tutela degli interessi dell’acquirente e della sua libertà di scelta, allora bisogna escludere la punibilità della contraffazione grossolana perché non verrebbe in questione la capacità distintiva del marchio, bensì la sua attitudine a garantire la libera determinazione dell’acquirente nel singolo rapporto giuridico³⁵.

A quest’ultimo orientamento è stato però obiettato che esso si scontrerebbe con la *littera legis*, con la struttura e con la natura dei delitti in questione³⁶. Infatti, se è vero che la fattispecie descritta nell’art. 474 c.p. configura un reato di pericolo presunto che sanziona condotte prodromiche rispetto alla vendita del prodotto contraffatto³⁷ (detenzione per la vendita, messa in vendita o messa in circolazione), il suo disvalore risiede nel rischio di diffusione di prodotti che, se immessi nel mercato, potrebbero trarre in inganno i consumatori sulla provenienza dei prodotti falsamente contrassegnati³⁸.

Di conseguenza, il delitto rappresenterebbe una tutela anticipata della fiducia che il pubblico indeterminato di consumatori ripone nella funzione distintiva del marchio, per cui ricomprenderebbe nel suo ambito operativo anche le ipotesi di contraffazione che, seppur grossolana, potrebbe creare le condizioni favorevoli per la realizzazione di condotte lesive della fede pubblica.

Come anticipato, la sentenza in commento si allinea proprio a quest’orientamento maggioritario, che configura l’art. 474 c.p. in termini di reato di pericolo presunto, affermando la punibilità *ex art.* 474 c.p. anche delle ipotesi di contraffazione grossolana.

Su tale conclusione non si possono però tacere alcune considerazioni critiche.

Secondo larga parte della dottrina, l’esistenza nell’ordinamento di reati di pericolo presunto sarebbe giustificata solo in presenza di alcuni presupposti: l’importanza dei beni giuridici tutelati (essenzialmente beni primari o altamente personali come la vita e la salute), e la difficoltà per il giudice di accertare in concreto l’effettiva esposizione a pericolo del bene e la preesistenza di regole, scientifiche o di esperienza, che consentano di affermare l’esistenza di un collegamento diretto tra condotta e un determinato evento³⁹. Ebbene, tali requisiti impediscono di considerare l’art. 474 c.p. come un reato di pericolo presunto perché il bene giuridico tutelato non rientra tra i beni c.d. “primari”, né sussistono particolari difficoltà nell’accertare l’esposizione a pericolo della fede pubblica: risulta abbastanza agevole accertare la natura contraffatta di un bene tramite perizia. Infatti,

³⁵ D. SANGIORGIO, *Contraffazione di marchi e tutela penale della proprietà industriale e intellettuale*, Cedam, Padova, 2006, 34 ss.

³⁶ A. ALESSANDRI, *Tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 444-445; F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi*, cit., 53.

³⁷ A. ALESSANDRI, *La tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 456; F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi*, cit., 73; G. MARINUCCI, *Il diritto penale dei marchi*, cit., 82; A. ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 115.

³⁸ F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi*, cit., 54-55.

³⁹ Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, II ed., Giuffrè, Milano, 1994, 223 ss.; A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica*, Giappichelli, Torino, 2005, 181 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2019, 172 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9 ed., Giuffrè, Milano, 2020, 270 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, 399 ss.; D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)* (voce), in *Enc. dir.*, Annali VIII, giuffrè, Milano, 2015, 676 ss.

se, da un lato, vi sono regole di esperienza che consentono di affermare che un prodotto contraffatto può generare un errore, dall'altro, però, esistono regole di esperienza che consentono di affermare che determinate circostanze del prodotto contraffatto escludono il pericolo di errore sulla sua provenienza⁴⁰.

Pertanto, il delitto in questione non andrebbe qualificato in termini di pericolo astratto, bensì di pericolo concreto, con la conseguente irrilevanza penale della contraffazione grossolana del marchio, anche in relazione alle condizioni di vendita di quest'ultimo.

Detto ciò, nel caso di specie, pur essendo presenti elementi estranei al marchio (quali l'assenza dell'ologramma termosaldato, di etichette e cartelli pendenti, la scarsa qualità dei materiali e la presenza della dicitura "made in china" apposta all'interno dei prodotti) che avrebbero potuto deporre per una valutazione di grossolanità della contraffazione, il giudice valorizza invece il fatto che «la totalità delle perizie in parola evidenziava come i prodotti in sequestro presentassero le caratteristiche estetiche peculiari dei marchi tutelati, con lievi e talvolta impercettibili difformità (anche e soprattutto nella qualità dei materiali e nelle rifiniture), tali da produrre nell'utilizzatore informato la stessa impressione generale derivante dal modello originale, nonché da trarre in inganno il consumatore medio, atteso il carattere non sincrono della prova comparativa effettuata al momento dell'acquisto».

Pertanto, pur fermo restando quanto appena rilevato, la sola necessità di effettuare indagini ulteriori risulta qui chiaramente sufficiente a escludere la grossolanità della contraffazione, la quale – si ricorda – deve essere evidente *ictu oculi* da parte di chiunque⁴¹.

5. I dibattuti rapporti tra l'art. 474 c.p. e l'art. 648 c.p.

La sentenza in epigrafe affronta anche un'altra questione rilevante in materia della tutela penale dei segni distintivi: il problematico rapporto tra la disposizione qui in parola e il reato di ricettazione, previsto dall'art. 648 c.p.

La problematicità riguarda l'ipotesi, come nel caso di specie, in cui taluno detenga per la vendita, o metta in vendita, prodotti riportanti marchi contraffatti dopo averli acquistati o ricevuti conoscendone la natura non genuina.

La sentenza si allinea all'orientamento giurisprudenziale maggioritario che ammette la possibilità del concorso tra le due fattispecie incriminatrici⁴². Bisogna, però, procedere per gradi al

⁴⁰ M. ALESCI, *La Cassazione di fronte ai fatti di «contraffazione palese» di prodotti industriali*, in Arch. Pen., n. 2, 2022, 26 ss.

⁴¹ In tal senso, cfr. Cass. pen., Sez. V, 07.10.1992, in Cass. pen., 1994, 305; Cass. pen., Sez. V, 9.3.1999, n. 4254, in Cass. pen., 2000, 1630.

⁴² Cass., S.U., 09.01.2001, n. 23427, in Cass. pen., 2001, 3019; Cass. pen., Sez. II, 04.03.2008, n. 12452, in CED Cass., n. 239745; Cass. pen., Sez. II, 20.03.2019, n. 21469, in Cass. pen., 2020, 2423; Cass. pen., Sez. II, 14.07.2020, n. 23687 in Riv. dir. ind., 2020, 410.

fine di comprendere il motivo di tale orientamento.

Il primo nodo interpretativo da affrontare riguarda la possibilità stessa che si possa ritenere configurata la ricettazione quando l'acquisto o la ricezione abbiano ad oggetto cose riportanti marchi contraffatti. Questione che va affrontata preliminarmente perché – evidentemente – se tali ipotesi non rientrassero nell'ambito applicativo della ricettazione non si porrebbe, a monte, alcun problema di concorso apparente o reale tra norme.

Il dibattito sull'esatta operatività dell'art. 648 c.p. ruota attorno all'interpretazione dell'inciso "cose provenienti da un qualsiasi delitto", espressione che, data la sua ampiezza, ha dato adito a non pochi contrasti interpretativi. Più precisamente, parte della dottrina⁴³ e della giurisprudenza⁴⁴ attraverso una più restrittiva interpretazione di tale requisito hanno escluso la configurabilità della ricettazione nel caso di oggetti riportanti marchi contraffatti. Questo perché, si sostiene, ai fini della configurabilità del delitto di ricettazione non sarebbe sufficiente un generico collegamento con un precedente delitto, ma sarebbe richiesta una diretta connessione con i reati presupposto e ciò può avvenire solamente attraverso quei reati che hanno consentito di acquistare la disponibilità del bene a colui che poi lo cede⁴⁵.

Dunque, la locuzione "proveniente da delitto" alluderebbe a un illecito penale che abbia determinato il trasferimento della cosa in capo a colui che poi effettuerà la vendita⁴⁶.

Alla luce di ciò, i reati come quelli di contraffazione del marchio non potrebbero essere ricompresi tra i reati presupposto della ricettazione, in quanto da essi non si determinerebbe alcun trasferimento del bene nella sfera del soggetto che poi andrà a venderla. Infatti, la contraffazione non sottrae in alcun modo il marchio genuino alla titolarità o disponibilità dell'autentico titolare⁴⁷: vista la natura di bene immateriale del marchio, sono possibili solo condotte usurpatorie, che non intaccano la disponibilità della cosa⁴⁸. Per questi motivi, secondo tale orientamento, si potrebbe parlare – con riferimento alla ricezione di cose riportanti marchi contraffatti – non di beni provenienti da reato, bensì di beni prodotti del reato⁴⁹, con conseguente esclusione della configurazione della ricettazione.

⁴³ A. ALESSANDRI, *La tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 459; F. CINGARI, *Marchi, brevetti e segni distintivi* (voce), cit., 699.

⁴⁴ Cass. pen., Sez. V, 03.03.1998, n. 1315, in Cass. pen., 1999, 1129.

⁴⁵ A. ALESSANDRI, *La tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 459; F. CINGARI, *Marchi, brevetti e segni distintivi* (voce), cit., 699; G. PECORELLA, *Ricettazione* (voce), in Noviss. dig. it., vol. XV, Utet, Torino, 1968, 943.

⁴⁶ A. ALESSANDRI, *La tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 459; F. CINGARI, *Marchi, brevetti e segni distintivi* (voce), cit., 699; M. PAPA, *La vendita di prodotti con marchi contraffatti: spunti sui rapporti tra ricettazione e norme disciplinanti la circolazione di cose illecite*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1985, 759.

⁴⁷ A. ALESSANDRI, *La tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 459.

⁴⁸ A. ALESSANDRI, *La tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 459; F. CINGARI, *Marchi, brevetti e segni distintivi* (voce), cit., 699; M. PAPA, *La vendita di prodotti con marchi contraffatti*, cit., 754.

⁴⁹ Cass. pen., sez. V, 03.03.1998, n. 1315, in Cass. pen., 1999, 1129, dove si osserva che «requisito essenziale della fattispecie prevista dall'art. 648 c.p. è che la cosa (ricevuta o acquistata) provenga da un delitto, sia cioè "provento" di reato, acquisita per mezzo di un reato; mentre le opere abusive o con marchi contraffatti, in quanto risultato di lavorazioni o manipolazioni di cose materiali, sono creazioni o produzioni illecite e quindi "prodotto" e non "provento" di reato, onde

Al contrario, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario ritiene che anche i beni contraffatti possano essere oggetto di ricettazione. Tale posizione muove, in primo luogo, dalla *ratio* di tale incriminazione e da una interpretazione estensiva del concetto di "provenienza da reato". Con l'art. 648 c.p., infatti, il legislatore, nel sanzionare l'acquisto o la ricezione di cose provenienti da qualsiasi delitto, avrebbe voluto colpire ogni acquisizione consapevole di beni caratterizzati da un'origine delittuosa, se e in quanto le condotte tipiche descritte dalla fattispecie siano idonee a rafforzare l'offesa arrecata con il fatto criminoso presupposto. Quest'ultimo non deve essere necessariamente un delitto contro il patrimonio, ma può essere di qualsiasi natura, come confermato dall'inciso "qualsiasi"⁵⁰. Inoltre, l'espressione "cose provenienti da reato" si palesa ampia e non vi sono ragioni – né letterali, né logiche – per interpretarla come limitata a quanto costituisce il provento del reato e non quale espressione volta a ricomprendere anche i beni prodotti da reato; infatti, si specifica, proviene da reato ciò che col reato è creato⁵¹.

Pertanto, la contraffazione potrebbe costituire il delitto presupposto della ricettazione perché tra il marchio contraffatto e il prodotto sussiste un rapporto di immedesimazione tale per cui diviene impossibile – anche concettualmente – una loro scissione, con la conseguenza che gli oggetti falsamente contrassegnati possono considerarsi come cosa proveniente da reato⁵².

In secondo luogo, poi, si sottolinea che la tesi opposta si allontana dal dato normativo testuale perché è innegabile che le condotte descritte nell'art. 474 c.p., oltre a violare la pubblica fede, realizzano un'offesa ai diritti di proprietà industriale facenti capo al titolare del marchio. Pertanto, la fattispecie tipica della ricettazione dovrebbe ritenersi integrata, perché la cosa che viene ricevuta reca «un attributo che essa non potrebbe avere, il quale viene valutato dal mercato in termini positivi ed è conseguente alla ingerenza indebita nell'altrui creazione o diritto di esclusiva»⁵³.

Una volta verificata la configurabilità della ricettazione nel caso di ricezione di beni contraffatti, bisogna verificare se i due delitti possano concorrere o meno. Come già detto, l'orientamento maggioritario si determina in senso favorevole al concorso.

In particolare, si esclude la configurazione di un rapporto di specialità, vista l'eterogeneità sia dell'elemento materiale che di quello psicologico⁵⁴. Secondo l'opinione maggioritaria, infatti, se da

nel caso di detenzione per la vendita di opere abusivamente duplicate o di prodotti con marchi contraffatti, non sussiste il delitto di ricettazione con riguardo al momento della ricezione o acquisto di tali opere o prodotti, che resta penalmente irrilevante se effettuato senza fini di commercio e diffusione».

⁵⁰ Cass., S.U., 09.01.2001, n. 23427, in *Cass. pen.*, 2001, 3019.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² A. ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 226; Cass., S.U., 09.01.2001, n. 23427, in *Cass. pen.*, 2001, 3019; negano, invece, la sussistenza di un rapporto di immedesimazione tra marchio e prodotto: A. ALESSANDRI, *La tutela penale dei segni distintivi* (voce), cit., 459; F. CINGARI, *Marchi, brevetti e segni distintivi* (voce), cit., 699; M. ZANCHETTI, *Ricettazione* (voce), in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, 1997, 181.

⁵³ Cass., S.U., 09.01.2001, n. 23427, in *Cass. pen.*, 2001, 3019.

⁵⁴ Si ricorda che il rapporto di specialità sussiste quando, ai sensi dell'art. 15 c.p., due norme regolano la stessa materia, dove per specialità deve intendersi quel rapporto logico- astratto tra norme, per cui la fattispecie speciale contiene tutti gli

un punto di vista naturalistico le condotte di acquisto e ricezione risultano implicitamente contenute nella disponibilità della cosa, dal punto di vista logico-normativo esse risultano inevitabilmente eterogenee rispetto alla condotta detentiva. Infatti, mentre quest'ultima descrive un'azione permanente, le condotte di ricezione o acquisto delineano una azione istantanea. In breve, la diversità strutturale e ontologica delle condotte esclude l'applicazione del principio di specialità *ex art. 15 c.p.*⁵⁵.

Esclusa la possibilità di ricorrere al rapporto di specialità, rimane la possibilità di utilizzare criteri c.d. valoriali o sostanziali nel valutare il concorso tra le due fattispecie in questione; il riferimento va in particolare al c.d. criterio della consunzione⁵⁶. Mentre in giurisprudenza è ormai consolidato l'ostracismo verso i criteri preterlegali, con la conseguente ammissibilità del solo criterio di specialità⁵⁷, in dottrina essi sono stati anche di recente riproposti⁵⁸.

Tuttavia, anche ammettendo una simile operazione interpretativa, i problemi permangono. Come noto, infatti, l'individuazione della norma prevalente dovrebbe essere condotta in base alla maggiore gravità della sanzione prevista, ma il presupposto sarebbe comunque quello di una progressione offensiva. Nel caso di specie, invece, la fattispecie da applicare sarebbe quella che punisce l'antefatto, cioè la ricettazione, dal momento che il commercio di prodotti con segni contraffatti (il fatto-reato che per la sua struttura potrebbe essere assorbente) viene sottoposto a un trattamento più lieve.

Pertanto, convincente appare la soluzione del giudicante nella pronuncia in esame, che ha concluso per l'applicazione in concorso di entrambe le fattispecie.

elementi di quella generale, più alcuni elementi suoi propri. Bisogna, quindi, effettuare un raffronto logico-strutturale tra le fattispecie in questione e, visto che tale specie di concorso presuppone l'univocità dell'azione, occorre partire dalle condotte ivi descritte. Il riscontro di una eterogeneità, infatti, consentirebbe di escludere immediatamente la possibilità di un rapporto di specialità. In tal senso: G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano, 1980, 68; M. PAPA, *La vendita di prodotti con marchi contraffatti*, cit., 734.

⁵⁵ Cass., S.U., 09.01.2001, n. 23427, in Cass. pen., 2001, 3019; M. PAPA, *La vendita di prodotti con marchi contraffatti*, cit., 734 – 736; A. ROSSI VANNINI, *La tutela penale dei segni distintivi*, cit., 227.

⁵⁶ Il criterio di consunzione si fonda su un giudizio di valore, in base al quale se più fattispecie si riferiscono a un quadro di vita unitario, si dovrebbe applicare solamente quella che esaurisce in sé l'intero disvalore del fatto. Un criterio, quindi, che presuppone l'unitarietà normativo-sociale del fatto.

⁵⁷ Per una ricostruzione v. L. BIN, *sub art. 15*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale commentato. Tomo I (Artt. 1-360)*, Giuffrè, Milano, 2019, 143 ss.

⁵⁸ Per una riproposizione del criterio della consunzione vedasi da ultimo: I. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Giappichelli, Torino, 2022, 125 ss; M. SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, Giappichelli, Torino, 2023, 454 ss.

