File riservato ad esclusivo fine di studio

JusQuid
Sezione Scientifica

Itinerari di diritto penale dell'economia

a cura di Riccardo Borsari

PADOVA UP
PADOVA UNIVERSITY PRESS

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

JusQuid sezione scientifica

Nella *sezione scientifica* di *JusQuid* sono pubblicate opere sottoposte a revisione valutativa con il procedimento del « doppio cieco » (*double blind peer review process*), nel rispetto dell'anonimato dell'autore e dei due revisori. I revisori sono professori di provata esperienza scientifica, italiani o stranieri, o ricercatori di istituti di ricerca notoriamente affidabili. Il revisore che accetti l'incarico di valutazione formula il suo giudizio tramite applicazione di punteggio da 1 a 10 (sufficienza: 6 punti) in relazione ad ognuno dei seguenti profili: struttura (coerenza e chiarezza dell'impianto logico, metodologia); riferimenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali; correttezza espositiva; argomentazione critica e propositiva; bibliografia; rilevanza scientifica nel panorama nazionale (e internazionale, se ricorre l'esigenza relativa a questo profilo). Precisa se l'opera sia pubblicabile senza modifiche o previo apporto di modifiche, o se sia da rivedere, oppure da rigettare, e comunque dà opportune indicazioni. Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore responsabile e dal comitato scientifico, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare un terzo revisore cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le valutazioni sono trasmesse, se è opportuno, e rispettando l'anonimato del revisore, all'autore dell'opera. L'elenco dei revisori e le schede di valutazione sono conservati presso la sede di *JusQuid*, a cura del direttore. Il termine per lo svolgimento dell'incarico di valutazione accettato è di venti giorni, salvo espressa proroga, decorsi i quali, previa sollecitazione e in assenza di osservazioni negative entro dieci giorni, il direttore e il comitato scientifico, qualora ritengano l'opera meritevole, considerano approvata la proposta. Sono escluse dalla valutazione opere di componenti del comitato scientifico e del direttore responsabile. A discrezione del direttore responsabile e del comitato scientifico sono escluse dalla valutazione opere di indubbia meritevolezza o comunque di contenuto da ritenersi già adeguatamente valutato in sede accademica con esito positivo, per esempio scritti pubblicati su invito o di autori di prestigio, atti di particolari convegni, opere collettive di provenienza accademica.

File riservato ad esclusivo fine di studio

JusQuid

Direttori responsabili
Silvio Riondato e Riccardo Borsari

Comitato editoriale
Riccardo Borsari, Elena Cadamuro, Chiara Candiotto, Paolo Capoti, Elisabetta Palermo Fabris, Lorenzo Pasculli, Debora Provolo, Marco Rebecca, Silvio Riondato

JusQuid sezione scientifica

Comitato scientifico
Paolo Benciolini, Riccardo Borsari, Lorenza Carlassare, Marcello M. Fracanzani, Manuela Mantovani, Francesco Moschetti, Elisabetta Palermo Fabris, Paolo Patrono, Silvio Riondato, Rino Rumiati, Daniele Rodriguez, John A. E. Vervaele, Paolo Zatti

- E. Pavanello, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*, 2012.
- S. Riondato (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe* Bettiol, 2012.
- L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali,* 2012.
- S. Riondato, R. Alagna (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia.* Criminal Law of the Republic of Turkey, 2012.
- R. Borsari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, 2012.
- C. Sarra, D. Velo Dalbrenta (a cura di), Res iudicata. *Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, 2013.
- R. Alagna, S. Riondato (a cura di), S*tudi sulla riforma penale post-socialista.* Studies on the Criminal Law Reform in the Post-Soviet Countries, 2013.
- R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, 2013.
- R. Borsari, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarità. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, 2013.
- S. Riondato, *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, 2014.
- I.G. Antonini, *La duplice natura della società pubblica: tra garanzia della concorrenza e alternativa all'appalto*, 2014.
- D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (eds.), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, 2014.
- A. Aprile, A. Fabris, D. Rodriguez, *Danno da perdita di chance nella responsabilità medica*, 2014.
- R. Borsari (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, 2015.
- R. Borsari, L. Sammicheli, C. Sarra (a cura di), Homo oeconomicus. *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

- R. Borsari (a cura di), *La corruzione a due anni dalla Riforma Severino*, 2015.
- F. Mazza, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neuroscienze*, 2016.
- R. Borsari (a cura di), *Processo alla scienza*, 2016.
- R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, 2016.
- D. Provolo, *L'identità genetica nella tutela penale della* privacy *e contro la discriminazione*, 2018.
- R. Borsari (a cura di), *Itinerari di diritto penale dell'economia*, 2018.

JusQuid sezione teorico-pratica

- S. Cardin, *L'illecito punitivo-amministrativo: principi sostanziali, procedimentali e processuali*, 2012.
- A. Giuliani, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Itinerari di diritto penale dell'economia

a cura di
Riccardo Borsari

PADOVA UP

File riservato ad esclusivo fine di studio

Prima edizione anno 2018, Padova University Press

Titolo originale
Itinerari di diritto penale dell'economia

© 2018 Padova University Press
Università degli Studi di Padova
via 8 Febbraio 2, Padova
www.padovauniversitypress.it

Progetto grafico
Padova University Press

Immagine di copertina
"Collegio dei dottori giuristi padovani che rende parere al Doge". Dall'affresco di Gino Severini nella Sala della Facoltà di Giurisprudenza – Palazzo del Bo, Padova

ISBN 978-88-6938-135-5

Stampato per conto della casa editrice dell'Università di Padova – Padova University Press.

Tutti i diritti di traduzione, riproduzione e adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo (comprese le copie fotostatiche e i microfilm) sono riservati.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Indice

La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle valutazioni di bilancio

Giovanni Strampelli
Le valutazioni di bilancio: disciplina civilistica e (spunti sulla) rilevanza penale 23

Legge Giudice Economia

Mauro Catenacci
Il «caso ILVA» nel difficile rapporto fra governo e tutela penale dell'ambiente 55

Francesco Mucciarelli
Crisi d'impresa e diritto penale, interessi pubblicistici e privatistici, limiti dell'intervento punitivo 67

Massimo Fabiani
Legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia 83

Carlo Sotis
Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco 93

David Brunelli
Brevi note su giudice penale ed economia: la scommessa della legalità è ancora valida? 113

Vittorio Domenichelli
Diritto amministrativo, giudice ed economia 121

Pasquale Fimiani
L'ambiente tra diritto, economia e giurisdizione 127

Massimo Vogliotti
Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi 165

Innovazione e continuità nel diritto penale tributario

Gastone Andreazza
Diritto penale tributario tra novità legislative e arresti giurisprudenziali: uno sguardo d'insieme 187

File riservato ad esclusivo fine di studio

Mauro Beghin
Elusione fiscale, abuso del diritto e punibilità penale e amministrativa della condotta ascrivibile al contribuente 199

Andrea Perini
Il «ravvedimento» del contribuente nel nuovo sistema penale tributario 205

Temi di diritto penale delle procedure concorsuali

Matteo De Poli
Azioni di responsabilità nell'ambito delle procedure concorsuali tra opportunità e criticita 221

Riccardo Bonivento
Nuovi profili delle crisi d'impresa: il ruolo del Commissario giudiziale nel concordato preventivo e la responsabilità del professionista attestatore 229

Quindici anni di responsabilità da reato degli enti

Antonio Fiorella
I problemi fondamentali della responsabilità dell'ente da reato: un'introduzione 243

Eugenio Fusco
Ridimensionare per rivitalizzare 249

Luca Pistorelli
Quindici anni di responsabilità da reato degli enti 257

Giuseppe Amarelli
Il catalogo dei reati presupposto del d. lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente 265

Luigi Varanelli
Le misure cautelari nel sistema del decreto n. 231: casi e questioni alla luce delle più recenti pronunce 301

Marco Pelissero
I criteri di imputazione oggettiva, tra teoria e prassi 313

Piero Silvestri
La colpevolezza dell'ente: fra immedesimazione e colpa di organizzazione 323

Vittorio Manes
Profili di metodo nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo 333

Fabrizio D'Arcangelo
Il sindacato giudiziale sui modelli organizzativi nel contesto attuale 341

File riservato ad esclusivo fine di studio

Stefano Manacorda
Territorialità ed extraterritorialità in relazione alle garanzie penali nella responsabilità degli enti 353

Ciro Santoriello
La responsabilità penale dei componenti l'Organismo di Vigilanza 361

Francesco Centonze
La responsabilità da reato degli enti collettivi: prospettive di riforma 375

Riciclaggio

Enrico Mezzetti
Le recenti politiche penali in materia di riciclaggio, autoriciclaggio e reimpiego in Italia tra obblighi comunitari ed effettività delle misure di contrasto 383

Giuseppe Maresca
La valutazione del rischio nel sistema di prevenzione del riciclaggio 393

Marco Pistritto
Il governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo nel sistema bancario 401

Andrea R. Castaldo
Costruzione normativa e difficoltà applicative dell'autoriciclaggio 417

Antonio Gullo
Autoriciclaggio e reati tributari 431

Alessandra Rossi
Autoriciclaggio e responsabilità degli enti da reato: le diverse impostazioni dottrinali su una questione controversa 449

Antonio Parbonetti
Caratteristiche e modalità di gestione delle aziende criminali 461

Paolo Veneziani
Antiriciclaggio e professionisti 479

Scenari e tendenze del diritto penale dell'economia

Gabrio Forti
Spunti per un'analisi criminologica della materia penale economica 495

John A.E. Vervaele
Questioni giuridiche nelle indagini transnazionali pluri-investigative e interdisciplinari relative a reati economici e finanziari 527

File riservato ad esclusivo fine di studio

Rocco Blaiotta
Giudici, legalità, sicurezza 555

Sergio Seminara
I reati societari: bilanci e prospettive 565

Anna Maria Maugeri
Le tendenze evolutive dell'istituto della confisca contro la criminalità economica nel panorama nazionale ed europeo 573

Tomaso E. Epidendio
Trasformazioni economiche e responsabilità degli enti: le urgenze di un rinnovamento del pensiero penale della disciplina normativa alla luce di alcuni casi critici 649

Filippo Sgubbi
Il diritto penale quale strumento di dirigismo economico 659

Nota sugli Autori 665

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

La sensazione più precisa e più acuta, per chi vive in questo momento,
è di non sapere dove ogni giorno sta mettendo i piedi.
Il terreno è friabile, le linee si sdoppiano,
i tessuti si sfilacciano, le prospettive oscillano.
Allora si avverte con maggiore evidenza che ci si trova nell'innominabile attuale.
(Roberto Calasso, L'innominabile attuale)

Trovano pubblicazione gli esiti di una ricerca – «Itinerari di diritto penale dell'economia» – che ha attraversato territori vastissimi e complessi e ha coinvolto, seguendo un approccio marcatamente interdisciplinare, numerosissimi studiosi, accomunati, nelle differenze di approccio ed esperienza, dalla passione e dall'interesse per il diritto, anche nei suoi magmatici rapporti con le altre scienze e nella sua dimensione applicativa non meno che scientifica. Questo volume riflette e incarna, nella eterogeneità (voluta, «incoraggiata») dei contributi, il desiderio e lo sforzo di cogliere e fissare, anche solo per breve tempo, talune tendenze, probabilmente irreversibili, che percorrono la materia giuridica, in particolare penale economica.

Un ringraziamento caloroso e sincero a tutti coloro che hanno partecipato, con la loro scienza ed esperienza, alla realizzazione e alla riuscita di questa ricerca.

Riccardo Borsari

File riservato ad esclusivo fine di studio

Gli «Itinerari di diritto penale dell'economia», frutto della felice intuizione e della sapiente regia del prof. Riccardo Borsari, sono stati accolti dalla struttura didattica territoriale per il Veneto della Scuola Superiore della Magistratura come una straordinaria occasione formativa per tutti gli operatori del diritto, ed in modo peculiare per i magistrati.

La consapevolezza che quello ipotizzato dal prof. Borsari fosse un percorso formativo proficuo e ricco di stimoli è parsa subito evidente, cosicché la struttura veneta della S.S.M. si è resa immediatamente disponibile a collaborare al progetto, che si è articolato in una serie di incontri animati da uno spirito di particolare apertura al confronto. Ai magistrati del distretto, che ne sono stati fruitori, l'iniziativa ha portato arricchimento proprio in ragione di questo spirito: non sono state fornite lezioni (nonostante il prestigio e il valore indiscusso dei relatori), non si è assistito ad uno sfoggio di erudizione accademica, non sono state dispensate distruttive ed inutili critiche a filoni giurisprudenziali creativi, non si è ribadita la superiorità della dottrina sulla prassi. Al contrario, si è dato agli operatori pratici – ed in particolare ai magistrati – ciò di cui hanno maggiore necessità: la consapevolezza delle proprie scelte e decisioni in un contesto, come quello odierno, caratterizzato da particolare frammentarietà. Ai magistrati è stato fornito un eccezionale strumento di confronto con la dottrina, di sistematizzazione dei principi, di approfondimento di una giurisprudenza che, nella materia incandescente che qui interessa, sempre di più integra o persino sostituisce l'approfondimento accademico; un'occasione inconsueta di collegamento tra riflessione teorica ed esigenze pratiche ed anche di conoscenza di un mondo, quale quello dell'economia, spesso misterioso ed in cui tuttavia siamo chiamati ad intervenire, sempre di più, con strumenti talmente delicati da renderne pernicioso un utilizzo meno che avveduto. Da questo punto di vista, l'interazione tra i diversi settori del diritto coinvolti (penale, commerciale, tributario, fallimentare) e, soprattutto, l'integrazione del sapere giuridico portato da professori, avvocati e magistrati con quello dell'*homo oeconomicus* (professori di economia, rappresentanti dell'impresa) è stata occasione di crescita, perché ha consentito di tracciare un quadro completo dello stato dell'arte e, contemporaneamente, di diagnosticare i problemi sul tappeto in modo da non farci trovare troppo impreparati rispetto agli scenari futuri.

Con l'auspicio che nuove occasioni di collaborazione possano essere messe in atto tra Università e mondo delle professioni giuridiche, ad evidente vantaggio di tutti gli operatori del diritto, colgo l'occasione di salutare con viva gratitudine la pubblicazione degli atti di questi, davvero interessanti, *Itinerari*.

Vincenzo Sgubbi

File riservato ad esclusivo fine di studio

«*Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Padova, previa istanza ad esso indirizzata e da presentarsi in modo distinto dalla eventuale richiesta di accreditamento, concede il proprio patrocinio non oneroso esclusivamente a eventi formativi [...] si caratterizzano per un programma di respiro nazionale o che presentano caratteri di particolare interesse e spessore qualitativo*».

Recita così l'art. 12 del nostro regolamento attuativo per la formazione permanente.

È stata una formulazione meditata e rimeditata dal Consiglio dell'Ordine di cui mi pregio essere attuale Presidente. Abbiamo voluto rimarcare l'autonomia della decisione (che viene presa dal Consiglio tutto) sulla concessione del Patrocinio rispetto al pur meritevole aspetto del «punteggio» (mi si passi il termine) in termini di crediti formativi perché riteniamo che l'evento formativo in sé (o il ciclo di eventi, come nel caso in oggetto) possa meritare anche un plauso ulteriore, una particolare lode. Ci scuserete l'arroganza di ritenere che il «Patrocinio dell'Ordine degli Avvocati» sia un riconoscimento che contiene un «valore aggiunto». Non si concede a tutti gli eventi, ma a questo lo si è concesso.

E basta leggere l'indice del prezioso compendio perché anche un profano si renda conto dello spessore scientifico e della rilevanza qualitativa del faticoso lavoro di raccolta dei saggi di illustri relatori che si sono succeduti nel corso di un biennio affrontando, talora profeticamente e in chiave preveggente, temi di diritto penale dell'economia che il legislatore ha poi fatto suoi (magari non sempre cogliendo gli spunti offerti dalla dottrina).

Grazie quindi ai relatori, grazie al prof. Borsari che si è impegnato nell'organizzazione e nella raccolta e riduzione *ad unum* di tanti temi, anche di rilevanza deontologica per i professionisti avvocati che prestano la loro attività di consulenza stragiudiziale e assistenza giudiziale in un campo del diritto sempre più minato dal pericolo di rimanere coinvolti nei reati di cui possono essere accusati i loro assistiti.

Ad maiora

Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Padova

File riservato ad esclusivo fine di studio

Lo Statuto della Camera Penale di Padova «Francesco de Castello» indica tra gli scopi essenziali della Associazione quello di «promuovere iniziative per l'aggiornamento e la preparazione professionale mediante conferenze, pubblicazioni, congressi ed eventi formativi».

Da sempre dunque la formazione, strumento indispensabile ed obbligo indefettibile per un Difensore che voglia essere garante del giusto processo, fa parte del nostro DNA.

Ma la formazione, per potersi dire tale, richiede confronto, condivisione, circolazione (e, se necessario, anche contrapposizione) delle idee. É dunque una formazione che necessita dell'intervento delle tre distinte componenti che, da angoli visuali assai diversi, operano nel «settore»: Accademia, Magistratura ed Avvocatura.

Tutto ciò a maggior ragione in un momento storico in cui l'esigenza di uniformità e, dunque, di prevedibilità delle decisioni è avvertita come indefettibile, anche sulla scorta dei sempre più penetranti interventi operati dalla giurisprudenza sovranazionale.

Sono queste le ragioni per le quali la Camera Penale di Padova ha immediatamente aderito, con vivo entusiasmo e con decisa convinzione, all'iniziativa promossa, prima, e magistralmente coordinata, poi, dall'instancabile Prof. Borsari, al quale vanno ora i nostri più sinceri ringraziamenti.

Tre, in particolare, i profili di eccellenza che vogliamo sottolineare: l'esistenza di un chiaro filo conduttore che ha concatenato secondo un preciso ordine logico i diversi incontri, la caratura elevatissima di tutti i Relatori e, non ultimo, il taglio concreto, coinvolgente e mai avulso della quotidianità giudiziaria che gli stessi Relatori hanno saputo dare agli «*Itinerari*».

Chi ha assistito agli incontri – e la partecipazione dell'avvocatura è stata davvero nutrita e motivata – né è uscito decisamente arricchito, portatore di un bagaglio culturale poliedrico ed aggiornato, indispensabile per orientarsi oggi in un settore multidisciplinare – quello del diritto penale dell'economica – che evolve con ritmi e cadenze incalzanti, prima davvero sconosciuti.

Ora, chiuso il sipario, applauditi il Regista e gli Attori, lo sguardo è rivolto verso il futuro: il cammino non si interrompa qui, altri «*Itinerari*» siano percorsi insieme, alla ricerca di un sapere che sia il frutto di un confronto e che rappresenti il sunto di visioni differenti.

Insomma, non solo un grazie, di cuore, ma anche un arrivederci a presto.

Pietro Someda

File riservato ad esclusivo fine di studio

Quando il professore Riccardo Borsari ha coinvolto il nostro Ordine nell'iniziativa «Itinerari di Diritto Penale dell'Economia» abbiamo immediatamente accolto l'invito a metterci in gioco, per dare il nostro apporto al progetto, assieme agli avvocati e ai notai, soprattutto in considerazione del fatto che i Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili sono i primi intermediari tra il mondo delle imprese e quello delle Istituzioni, anche nelle situazioni critiche o patologiche. È stato il legislatore, negli anni, a riconoscere un ruolo centrale dei Commercialisti nell'attività di prevenzione, controllo, segnalazione e gestione delle situazioni critiche della vita dell'impresa. Così sono cresciute le funzioni sussidiarie e di ausilio agli organi giurisdizionali, e con esse le responsabilità dei professionisti. I Commercialisti, in particolare, operano in un contesto di regole che dovrebbero essere più chiare e più idonee per chi è impegnato in un lavoro delicato e in prima linea: dall'antiriciclaggio alla gestione dei beni confiscati alle mafie, passando per le funzioni svolte quali ausiliari dell'organo giurisdizionale nelle procedure concorsuali. Senza dimenticare il ruolo dei Commercialisti nel sistema dei controlli, svolto attraverso il collegio sindacale e la revisione legale dei conti, che è fondamentale nell'economia del Paese: sono i Commercialisti, con grande professionalità e competenza, a garantire nei confronti della collettività che i bilanci delle aziende siano sani.

Si tratta di un contesto di attività professionali che è diventato insidioso a causa delle responsabilità che sono diventate via via illimitate a carico del professionista. Negli ultimi anni, complice la crisi economica che ha determinato un'espansione delle procedure concorsuali, abbiamo assistito ad una crescita del contenzioso giudiziario in materia di bancarotta con un vasto, a tratti eccessivo, coinvolgimento dei professionisti degli organi di controllo, per non parlare dell'eccessiva incertezza del sistema penale tributario in cui è molto complesso distinguere il lecito dall'illecito.

In questo quadro si inserisce l'opera «Itinerari di Diritto Penale dell'Economia» che vuole accendere un faro e tracciare dei segnavie sui principali profili di rilevanza penale nell'attività delle imprese: dalle false comunicazioni sociali e valutazioni di bilancio, alle procedure concorsuali, dai reati finanziari e tributari, alla responsabilità degli Enti e delle società del c.d. «Decreto 231», spingendosi fino ai confini della prevenzione e contrasto del riciclaggio e della gestione penale dell'attività dell'impresa in mano alla criminalità organizzata. Un lavoro di vasta portata, che rappresenta una sintesi di grande utilità per i professionisti, in particolare i Commercialisti, che ogni giorno sono in prima linea al fianco di imprenditori e amministratori delle imprese, anche per svolgere una funzione di prevenzione e tutela della legalità.

Dante Carolo
Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Padova

File riservato ad esclusivo fine di studio

Il volume degli Atti ricavati dal ciclo di convegni, patrocinato anche dal Comitato Triveneto dei Notai, dal titolo «Itinerari di diritto penale dell'economia», a cura di Riccardo Borsari, Professore di diritto penale presso l'Università degli Studi di Padova, costituisce una chiara testimonianza del percorso intrapreso per promuovere e valorizzare una sinergia sempre più feconda tra il mondo Accademico, le Professioni legali/economiche (notai, avvocati e commercialisti) e la Magistratura.

Le relazioni esposte nei convegni dai vari studiosi, tutti di alto profilo e spessore, in uno con le interessanti riflessioni scaturite dai successivi dibattiti, senza mai perdere di vista l'esigenza di indirizzare il confronto verso il conseguimento di risultati di immediato impatto pratico-applicativo, costituiscono un patrimonio di conoscenze e di esperienze che necessariamente andavano raccolte e custodite in quanto tracciano un importante quadro di riferimento in ordine all'applicazione di principi e di norme di rilevanza penale nell'ambito del mondo professionale e dell'imprenditoria.

Le tematiche affrontate nel ciclo di convegni, alcune con evidenti prospettive *de iure condendo*, hanno offerto l'occasione per fare il punto della situazione del dibattito dottrinario e giurisprudenziale in corso facendo risaltare, a volte in maniera anche marcata, la difficoltà di riuscire a coniugare le differenti valutazioni delle Forze dell'Ordine e della Magistratura rispetto a quelle dei professionisti e delle imprese nell'applicazione di strumenti giuridici di natura penalistica, aspetto questo che evidenzia quanto complesso possa essere il conseguimento di una dimensione non invasiva del diritto penale dell'economia.

Il confronto è di per sé sempre costruttivo, per cui un sentito ringraziamento va rivolto al Professore Riccardo Borsari, non solo per la scelta degli argomenti affrontati negli «Itinerari», ma anche per l'ulteriore sforzo di documentare l'esito dei lavori, a disposizione di tutti per le riflessioni e gli approfondimenti che indubbiamente ne potranno derivare.

Vito Guglielmi
Già Presidente del Comitato Triveneto dei Notai

File riservato ad esclusivo fine di studio

La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle valutazioni di bilancio

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Giovanni Strampelli

*Le valutazioni di bilancio: disciplina civilistica e (spunti sulla) rilevanza penale**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le valutazioni nella disciplina civilistica del bilancio d'esercizio: i rapporti tra clausole generali e criteri di valutazione. – 3. I limiti alla discrezionalità valutativa del redattore del bilancio: il ruolo dei principi contabili nazionali. – 4. La non veridicità e la falsità delle valutazioni di bilancio: due categorie giuridiche completamente difformi? – 5. L'incidenza del principio *substance over form* sulla redazione del bilancio e gli incerti confini della nozione di «fatti materiali» *ex* artt. 2621 e 2622 c.c.

1. Premessa

Benché la materia contabile sia tradizionalmente (ma ingiustificatamente) considerata una «terra di confine» del diritto in ragione della sua connotazione tecnico-aziedalistica, essa è oggetto di disciplina in diversi ambiti giuridici e, segnatamente, in quello societario e penale, spettando al legislatore non soltanto di dettare le regole fondamentali di redazione del bilancio ma altresì di presidiarne il rispetto sì da garantire l'affidabilità dell'informazione contabile. Considerata altresì la trasversalità nonché il carattere «ontologicamente» interdisciplinare della disciplina dei bilanci – che impone al giurista di estendere l'indagine anche al campo della ragioneria e, più in generale, delle scienze aziendalistiche –, necessari punti di contatto paiono sussistere tra gli studi in materia condotti nel campo del diritto commerciale e penale, nonostante le nette diversità esistenti tra i due ambiti.

* Lo scritto riprende, con i necessari adattamenti ed aggiornamenti, le osservazioni svolte in occasione del convegno "Novità in materia di false comunicazioni sociali e rilevanza penale delle valutazioni di bilancio", svoltosi presso l'Università degli Studi di Padova il 5 ottobre 2015. Una precedente versione dello scritto è pubblicata in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 febbraio 2016, con il titolo *Sulla (persistente) rilevanza penale delle valutazioni di bilancio: appunti (interdisciplinari)*.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Se si condivide tale premessa, può apparire non del tutto singolare che si voglia trarre spunto per talune riflessioni sulla disciplina civilistica del bilancio dalle note recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di false comunicazioni sociali, a loro volta «suscitate» dalla modifica degli artt. 2621 ss. del codice civile risalente al maggio del 2015. Per le medesime ragioni, non del tutto estemporaneo può altresì rivelarsi il tentativo di svolgere alcune considerazioni su uno dei profili maggiormente – almeno secondo le prime interpretazioni – controversi della nuova formulazione del reato di false comunicazioni sociali, ossia la rilevanza (o, per meglio dire, la pretesa irrilevanza) penale delle valutazioni di bilancio, prendendo le mosse dalla disciplina civilistica del bilancio d'esercizio.

2. Le valutazioni nella disciplina civilistica del bilancio d'esercizio: i rapporti tra clausole generali e criteri di valutazione

Come noto, la l. 27 maggio 2015 n. 69 ha ridefinito sotto diversi profili il reato di false comunicazioni sociali e, per quanto più interessa ai fini delle presenti note, ha espunto dagli artt. 2621 e 2622 c.c. l'inciso «ancorché oggetto di valutazioni»[1] sicché – come è stato efficacemente sintetizzato[2] – «i "fatti materiali", non ulteriormente qualificati, sono l'oggetto tipico della sola condotta di esposizione contemplata dall'art. 2622 c.c.; diversamente i "fatti materiali rilevanti" costituiscono l'oggetto tipico dell'omessa esposizione nel medesimo art. 2622 c.c. e rappresentano anche l'oggetto della condotta tipica – sia nella forma commissiva, sia nella forma omissiva – nell'art. 2621 c.c.».

Il permanere della nozione di fatti materiali spogliata però del richiamo alle valutazioni di bilancio ha dato rinnovata centralità alla *vexata quaestio* – sopita a seguito della riforma del 2002 che mediante la previsione delle famigerate soglie quantitative dava chiaramente rilievo ai falsi valutativi – se «nell'area punitiva della norma incriminatrice [rientrino] soltanto i dati oggettivi della realtà sensibile, oppure possono essere false anche le valutazioni di bilancio, ossia le stime di valore contabile in esso contenute»[3]. Ad alimentare ulteriormente le divergenze interpretative esistenti al riguardo ha concorso altresì la circostanza che all'emanazione della nuova disciplina hanno fatto seguito, a breve distanza di tempo, alcune contrapposte pronunce in sede di legittimità. Dappri-

[1] L'inciso era stato introdotto dal d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

[2] Si veda la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. V/003/15, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2015, concernente la riformulazione delle disposizioni sulle false comunicazioni sociali e specificamente, la configurabilità alla luce della medesima del c.d. falso valutativo.

[3] V. ancora la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. V/003/15.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ma la Corte di Cassazione[4] ha stabilito, con evidenti ricadute sulla portata del reato di falso in bilancio, che «il dato testuale e il confronto con la previgente formulazione degli artt. 2621 e 2622, come si è visto in una disarmonia con il diritto penale tributario e con l'art. 2638 c.c., sono elementi indicativi della reale volontà legislativa di far venir meno la punibilità dei falsi valutativi». Ad esiti diametralmente opposti, riaffermando la punibilità del falso valutativo, è giunta una seconda sentenza della medesima Corte[5] la quale ha concluso che «il riferimento ai fatti materiali oggetto di falsa rappresentazione non vale a escludere la rilevanza penale degli enunciati valutativi, che sono anch'essi predicabili di falsità quando violino criteri di valutazione predeterminati». A comporre tali divergenti orientamenti interpretativi, ponendo così rimedio alla situazione di incertezza giuridica da esse determinata, sono intervenute infine le Sezioni Unite penali le quali hanno ribadito che, anche alla luce dell'attuale quadro normativo, *«sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione e alla omissione di fatti oggetto di valutazione»*[6].

Tanto ricordato, va preliminarmente ribadito che esula dalle finalità delle presenti note – difettando le competenze necessarie a tal scopo – la ricostruzione, anche parziale, della nuova disciplina della fase comunicazioni sociali introdotta dalla l. 27 maggio 2015 n. 69 nonché l'intenzione di prendere parte, ripercorrendo le argomentazioni addotte in un senso o nell'altro, all'intenso dibattito in merito alla nuova disciplina del «falso in bilancio», suscitato dalle due richiamate sentenze della Corte di Cassazione[7].

[4] Cass. pen., sez. V, ud. 16 giugno 2015 – dep. 30 luglio 2015, n. 33774, Pres. Lombardi, Rel. Miccoli, Ric. Crespi; Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2016, n. 6916, ric. Banca popolare dell'Alto Adige, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 marzo 2016.

[5] Cass. pen., sez. V, ud. 12 novembre 2015 – dep. 12 gennaio 2016, n. 890, Pres. Nappi, Rel. Bruno, Ric. Giovagnoli, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 gennaio 2016, con commento di F. Mucciarelli, *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*; Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2016, ric. Beccari,

[6] Cass. pen., Sez. Un., sent. 31 marzo 2016 (dep. 27 maggio 2016), n. 22474, pres. Canzio, rel. Fumo, ric. Passarelli, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 luglio 2016, con commento di F. Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e* Art Interpretandi.

[7] Per una compiuta disamina dei diversi profili problematici della nuova configurazione del reato di false comunicazioni sociali, anche alla luce delle richiamate sentenze della Corte di Cassazione, si vedano, tra gli altri, F. D'Alessandro, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2211 ss.; M. Gambardella, *Il "ritorno" del falso in bilancio, tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità,* in *Cass. pen.*, 2015, p. 1723 ss.; F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 giugno 2015, p. 1 ss.; Id., *Falso in bilancio e valutazioni*, cit.; Id., *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali*, cit.; C. Santoriello, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio. Poche parole per riportare ordine in un dibattito "isterico"*, in *Arch. pen.*, 2015, vol. II, p. 1 ss.; S. Seminara, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 813 ss.; V. Manes, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 febbraio 2016, p. 37 (nonché in *Le società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Giuffrè,

File riservato ad esclusivo fine di studio

Il (più circoscritto) proposito che ci si prefigge nelle presenti note è, invece, di svolgere alcune considerazioni – di necessità, non esaustive – sulla «regolazione» delle valutazioni di bilancio nel contesto della disciplina civilistica, anche al fine di considerare se da tale indagine possano emergere indicazioni di qualche rilievo per l'interpretazione delle norme sul falso in bilancio.

Conforta, del resto, il tentativo appena prospettato l'autorevole constatazione – mossa dalla sentenza della Quinta Sezione della Corte di Cassazione n. 33774 del 30 luglio 2015 – della «assurdità dell'isolamento della sanzione penale dalla normativa civilistica obbligatoriamente imposta e minuziosamente regolata, fin nei dettagli, proprio sui criteri di valutazione, e ciò tanto nella legislazione italiana quanto in quella internazionale»[8].

Tale spunto può essere adeguatamente valorizzato, sì da fornire risolutiva dimostrazione dell'impossibilità di sopprimere la rilevanza penale delle valutazioni di bilancio, notando anzitutto che una simile impostazione condurrebbe ad una un'interpretazione sostanzialmente abrogativa (*rectius*: riduttiva[9]) del reato di falso in bilancio[10].

Milano 2016, p. 3520 ss.; C. Benussi, *I nuovi delitti di false comunicazioni sciali e la rilevanza penale delle false valutazioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2016; D. Pulitanò, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 luglio 2016; E. Mezzetti, *La "Torre di Babele" della punibilità nel nuovo falso in bilancio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 novembre 2016.

[8] In questi termini A. Crespi, *Sentenze opache e legalità "formalistica" (I sessant'anni della Rivista delle società)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 1035. In senso analogo S. Seminara, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma (nota a Cass. pen., sez. V., 30 luglio 2015, n. 33774)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1506 ss.

[9] Pur non potendo dubitarsi che la pretesa irrilevanza penale delle valutazioni di bilancio comporterebbe una rilevante limitazione della portata del reato di false comunicazioni sociali, sembra imprecisa la constatazione che quasi tutte le poste di bilancio, essendo oggetto di valutazione, sarebbero escluse dall'ambito di rilevanza del reato. Più correttamente, deve notarsi che sarebbe escluso il profilo valutativo delle poste, restando fermo, per contro, che in relazione ad esse possano configurarsi «fatti materiali» – certamente rilevanti ai sensi degli attuali artt. 2621 e 2622 c.c. – attinenti all'iscrizione delle medesime. Ad esempio, pur essendo le immobilizzazioni e i crediti poste certamente «valutative», non v'è dubbio che l'iscrizione di immobilizzazioni o crediti inesistenti costituisca un fatto materiale. Nei casi appena indicati si è presenza di iscrizioni contabili che, pur attenendo a poste «valutative», si prestano indubbiamente ad essere oggetto di un giudizio di falsità/verità.

[10] Il decisivo peso di tale argomento è stato ribadito, già nel corso dei lavori preparatori precedenti l'emanazione della l. 27 maggio 2015 n. 69, da A. Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero": harakiri del futuribile "falso in bilancio"?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 aprile 2015, p. 4, richiamando l'opinione espressa nel vigore del testo normativo antecedente alla riforma del 2002 da L. Conti, *Diritto penale commerciale*, Utet, Torino 1980, p. 175 ss, ad avviso del quale un'interpretazione sostanzialmente abrogativa della fattispecie delittuosa dell'art. 2621 c.c. doveva necessariamente costituire una «*ratio extrema*, cui non è lecito ricorrere se non quando non sia possibile battere altra via». Nello stesso senso M. Gambardella, *Il "ritorno" del falso in bilancio*, p. 1741 ss.; F. Mucciarelli, *Ancorchè superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 luglio 2015, p. 6; D'Alessandro, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le*

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nel prosieguo, non si intende, tuttavia, sviluppare ulteriormente l'indicazione testé riportata (per quanto, forse, decisiva), bensì muovere da una diversa prospettiva – nel quadro della quale maggiormente possono assumere rilievo gli eventuali «legami» tra la disciplina civilistica del bilancio e il reato di false comunicazioni sociali – e, segnatamente, dalla constatazione che «il discrimine tra i concetti di "fatto", di "esposizione di un fatto" e di "valutazione" non [è] "per nulla nitido e preciso così come lo si è voluto prospettare, ma si appalesa all'incontro oltremodo labile, se non addirittura evanescente", considerato anche che "tutte le valutazioni possono ad un certo momento sembrare anche esposizioni di fatti materiali, come pure in ogni dichiarazione di fatti si può vedere nascosta una valutazione"»[11]. Pare, infatti, che da tale affermazione possano desumersi spunti, non del tutto trascurabili, per confermare l'impossibilità, anche a seguito della recente novella degli artt. 2621 e 2622 c.c., di privare di rilevanza penale la (essenziale) dimensione valutativa dei conti annuali.

Prescelta una simile direttrice d'indagine, è opportuno premettere, in primo luogo, che l'attività di redazione del bilancio può ricondursi, essenzialmente, a due fasi: l'individuazione delle attività, passività e componenti di reddito iscrivibili in bilancio e la valutazione dei medesimi. Benché le recenti modifiche degli artt. 2621 e 2622 c.c. e le prime interpretazioni delle stesse da parte della Corte di Cassazione richiedano di dedicare più ampia attenzione alla fase valutativa, meritano, nel prosieguo, di essere presi in esame anche i criteri che presiedono all'iscrizione delle attività e delle passività, in quanto il recente d. lgs. n. 139/2015 ha introdotto (con decorrenza dal primo gennaio 2016) alcune significative novità che potrebbero in futuro avere riflessi anche sul reato di falso in bilancio.

Inoltre, va rammentato che i principi e i criteri di redazione del bilancio formano oggetto nell'ordinamento nazionale di due distinte discipline (i cui rispettivi ambiti di applicazione sono definiti dal d. lgs. n. 38/2005): l'una costituita dalle disposizioni degli artt. 2423 ss. integrate dai principi contabili nazionali emanati dall'Organismo italiano di contabilità (OIC); l'altra rappresentata dai principi contabili internazionali IAS/IFRS recepiti dalla Commissione europea

valutazioni mendaci?, cit., p. 2214. Tale orientamento è stato accolto (preludendo all'inversione di rotta segnata dalla Cass. pen., Sez. V, ud. 12 novembre 2015) anche dalla Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. V/003/15.

[11] Questa è l'efficace sintesi resa da A. Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero": harakiri del futuribile "falso in bilancio"?*, par. 4, *www.penalecontemporaneo.it*, 27 aprile 2015, riportando il pensiero, in particolare, di V. Napoleoni, *Valutazioni di bilancio e false comunicazioni sociali: lineamenti d'una indagine dopo l'attuazione della quarta direttiva CEE*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 416; I. Caraccioli, *Reati di mendacio e valutazioni*, Giuffrè, Milano 1962, p. 14 ss.; C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano 1955, p. 243; nello stesso senso Seminara, *False comunicazioni*, cit., p. 1505, facendo opportunamente riferimento anche alla fattispecie oggetto della sentenza della Corte di Cassazione n. 33774 del 30 luglio 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

mediante regolamento comunitario, i quali assumono il rango di norme di legge e sono vincolanti per le società che li adottano in via obbligatoria o volontaria. Anche se finora, a quanto consta, non vi siano precedenti giurisprudenziali (in ambito civile e penale) concernenti bilanci redatti secondo gli IAS/IFRS, da loro esame non è possibile prescindere completamente anche in ragione del contributo che essi possono fornire allo sviluppo delle successive considerazioni, fermo restando che, vista l'ampiezza e la complessità dei principi IAS/IFRS, il loro compiuto esame esula dalla finalità delle presenti note, le quali si concentreranno principalmente sulle disposizioni del codice civile.

Per delimitare l'ambito concettuale entro il quale ci si intende muovere, è necessario altresì chiarire che l'esame della disciplina civilistica delle valutazioni di bilancio non può essere circoscritto alle disposizioni dell'art. 2426 c.c., benché ivi siano disciplinati i criteri valutativi delle attività e passività. Alla determinazione del valore di queste concorrono, infatti, anche le clausole generali della rappresentazione veritiera e corretta di cui all'art. 2423 c.c. nonché i c.d. principi generali di bilancio di cui all'art. 2423 *bis* c.c. La numerazione degli articoli del codice civile riflette, dunque, un preciso ordine gerarchico delle disposizioni in esse contenute, dal quale scaturiscono immediate e rilevanti ricadute sul piano valutativo.

Offre una chiara dimostrazione della sovraordinazione della clausola generale della rappresentazione veritiera e corretta quanto autorevolmente affermato[12] riguardo alla rilevanza del principio di prudenza e, in particolare, alla sua applicazione in situazioni di «incertezza valutativa», quale, esempio quella in cui versa il redattore del bilancio là dove egli sia in dubbio tra due valori che – all'esito di adeguati accertamenti – paiono parimenti plausibili per una determinata attività. In tale evenienza è scorretto sostenere che il principio di prudenza impone di scegliere sempre il valore più basso: una simile ricostruzione trascurerebbe che il principio di prudenza è subordinato alla clausola della rappresentazione veritiera e corretta in base alla quale, nel caso appena prospettato, deve essere scelto non il valore inferiore bensì quello ritenuto maggiormente conforme alla clausola stessa.

Ipotizzando, ad esempio, che il redattore del bilancio dubiti se il valore di un credito sia pari a 80 ovvero a 60, può risultare legittima l'opzione a favore del valore più elevato, là dove esso sia, fondatamente, ritenuto maggiormente veritiero. Diverso è, invece, il caso – tutt'altro che teorico – in cui vi sia completa incertezza tra due o più possibili valori attribuibili ad una determinata attività, in assenza di indici che possano indirizzare verso uno di essi (ad esempio, il

[12] G.E. Colombo, *I principi in tema di redazione del bilancio*, in *Il nuovo diritto delle società:* liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. III, Utet, Torino 2006, p. 157.

File riservato ad esclusivo fine di studio

valore di un credito può essere 80 ovvero 60 con eguale probabilità): in una simile situazione, il principio di prudenza impone di scegliere il valore inferiore, giacché la soluzione opposta contrasterebbe con esso, difettando adeguate giustificazioni per l'iscrizione del valore più elevato.

La gerarchia tra le disposizioni degli artt. 2423 ss. c.c. emerge con chiarezza anche dal rapporto esistente tra i principi generali *ex* art. 2423 *bis* c.c. ed i criteri di valutazione *ex* art. 2426 c.c., in forza del quale la corretta applicazione di questi ultimi non implica necessariamente il conseguimento della rappresentazione veritiera e corretta qualora non siano stati correttamente applicati i principi generali. Ad esempio, il bilancio non è «corretto» se è redatto nel presupposto della prospettiva della continuazione dell'attività pur essendo prevedibile lo scioglimento e la liquidazione della società entro breve periodo: la scrupolosa applicazione dell'art. 2426 c.c. non condurrebbe in tal caso alla rappresentazione veritiera e corretta, giacché la disapplicazione del principio del *going concern* impone la sostituzione dei criteri di funzionamento con quelli di liquidazione[13].

La decisione in merito all'applicazione o meno del principio della continuazione dell'attività implica un «momento valutativo» o, più correttamente, una prognosi da parte del redattore del bilancio circa la possibilità della società di continuare ad operare regolarmente e di ovviare alla causa di scioglimento eventualmente verificatasi. È noto, del resto, che l'eventuale tardiva disapplicazione del *going concern* può venire in rilievo in caso di successivo fallimento della società e di conseguente esercizio dell'azione di responsabilità da parte del curatore, giacché secondo un controverso orientamento giurisprudenziale – basato sul criterio del c.d. differenziale dei netti patrimoniali[14] – la quantificazione del danno risarcibile da parte dell'amministratore è operata mediante il rifacimento *ex post* dei bilanci sul quale incide, in modo spesso determinante, l'asserito non tempestivo passaggio ai criteri di liquidazione e la conseguente tardiva emersione dello squilibrio patrimoniale e del dissesto[15].

[13] Conforme, nella dottrina penalistica, A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 282, secondo il quale il *going concern* (al pari della prudenza) «incide drasticamente sulla rappresentazione dei valori»; per analoghi rilievi, Napoleoni, *Valutazioni di bilancio e false comunicazioni sociali: lineamenti d'una indagine dopo l'attuazione della quarta direttiva CEE*, in *Cass. pen.*, cit., p. 420.

[14] In base al quale il calcolo del danno risarcibile è basato sulla differenza tra il valore del patrimonio netto alla data iniziale, quella in cui l'attività di gestione caratteristica doveva cessare, e il valore del patrimonio netto al momento finale in cui, per il fallimento (o per l'eventuale precedente messa in liquidazione), la gestione caratteristica è effettivamente cessata. Cfr. M. Vitiello, *Appunti in tema di quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità della curatela*, in *www.ilfallimentarista.it*, 20 aprile 2012, p. 3 ss.; D. Galletti, *Brevi note sull'uso del criterio dei "netti patrimoniali" nelle azioni di responsabilità sociale*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2505 ss.

[15] Si vedano sul punto, di recente, gli interventi alla «tavola rotonda privata» organizzata dalla Rivista Giurisprudenza commerciale avente per oggetto la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 9100 del 6 maggio 2015, in *Giur. comm.*, 2015, vol. II, p. 651 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Come emerge implicitamente da quanto sin qui osservato (e come più ampiamente illustrato nel prosieguo), le disposizioni del codice civile non sono idonee a regolare compiutamente la redazione del bilancio e devono essere a tal fine integrate dalla prassi contabile di generale accettazione che, in Italia, trova «sistematizzazione» nei principi contabili nazionali emanati dall'OIC, ai quali il redattore di regola si attiene, benché la loro applicazione non sia vincolante, in quanto essi conservano pur sempre la natura di regole tecniche non aventi rango legislativo.

Merita inoltre di essere ricordato, pur non potendo in questa sede indugiarsi oltre a riguardo, che un ulteriore punto di riferimento per le valutazioni di bilancio è costituito dai Principi italiani di valutazione recentemente emanati dall'Organismo italiano di valutazione (OIV), i quali dettano indicazioni in merito alle valutazioni funzionali alla redazione del bilancio e, segnatamente, alle regole valutative e procedurali alle quali deve attenersi l'esperto nominato dagli amministratori al fine di determinare il valore contabile di una determinata attività. L'ipotesi è particolarmente rilevante soprattutto quando il bilancio è redatto secondo i principi IAS/IFRS: ad esempio, è assolutamente ricorrente nella prassi il ricorso ad un esperto per la determinazione delle eventuali riduzioni di valore delle attività (c.d. *impairment test*), che, nel caso delle immobilizzazioni immateriali e, in specie, dell'avviamento implica stime molto complesse che si risolvono, di fatto, nella valutazione dell'azienda sociale o di rami della stessa. Seppur indirizzati all'esperto incaricato dagli amministratori, i principi emanati dall'OIV possono avere anche un indiretto rilievo anche per le valutazioni di bilancio eseguite direttamente dalla società. Di portata generale (e significativa anche per i profili oggetto delle presenti note) è, ad esempio, la raccomandazione di assicurare la trasparenza delle valutazioni di bilancio e favorirne la ripercorribilità (da parte degli organi di controllo, del revisore e, eventualmente, del giudice), illustrando tutti i passaggi del procedimento valutativo.

3. I limiti alla discrezionalità valutativa del redattore del bilancio: il ruolo dei principi contabili nazionali

Delineata, in sintesi, l'articolata disciplina civilistica delle valutazioni di bilancio (derivante dalla sovrapposizione tra le norme di legge e i principi contabili nazionali e, ora, i principi di valutazione), deve essere immediatamente posto in luce che essa concede margini di discrezionalità tecnica – di variabile ampiezza a seconda della posta considerata – al redattore dei conti annuali.

Ad esempio, per quanto concerne i crediti, l'art. 2426 c.c. (così come modificato dal d. lgs. 139/2015) prevede che essi debbano essere valutati secondo il criterio del costo ammortizzato il quale implica, tra l'altro, la determinazione del

File riservato ad esclusivo fine di studio

presumibile valore di realizzo. Il testo normativo, tuttavia, non detta ulteriori indicazioni in merito, rinviando implicitamente ai principi contabili nazionali, i quali assumono – così come per la generalità delle voci di bilancio – una determinante funzione integrativa.

Il principio OIC 15, dopo aver ribadito che «il valore nominale dei crediti è rettificato per tenere conto di perdite previste per inesigibilità, rettifiche di fatturazione, sconti ed abbuoni, altre cause di minor realizzo», precisa riguardo alle perdite per inesigibilità – ossia il profilo valutativo maggiormente complesso ed esposto al più elevato grado di discrezionalità – che nella stima della eventuale svalutazione vanno considerate «le previsioni di perdita sia per situazioni di rischio di credito già manifestatesi oppure ritenute probabili sia quelle per altre inesigibilità già manifestatesi oppure non ancora manifestatesi ma ritenute probabili». Lo stesso OIC 15, a chiarimento di tale indicazione, chiarisce inoltre che la svalutazione dei crediti per inadempimento deve avvenire «mediante: ***i***) l'analisi dei singoli crediti e la determinazione delle perdite presunte per ciascuna situazione di anomalia già manifestatasi o ragionevolmente prevedibile; ***ii***) la stima, in base all'esperienza e ad ogni altro elemento utile, delle ulteriori perdite che si presume si dovranno subire sui crediti in essere alla data di bilancio, tenendo conto, fra l'altro, della valutazione dell'andamento degli indici di anzianità dei crediti scaduti rispetto a quelli degli esercizi precedenti e delle condizioni economiche generali, di settore e di rischio paese». Più in generale, infine, «le stime devono basarsi su presupposti ragionevoli, utilizzando tutte le informazioni disponibili, al momento della valutazione, sulla situazione dei debitori, sulla base dell'esperienza passata, della corrente situazione economica generale e di settore, nonché dei fatti intervenuti dopo la chiusura dell'esercizio che incidono sui valori alla data del bilancio (ad esempio il fallimento di un debitore la cui situazione era già nota alla data di bilancio)».

Gli stralci del principio contabile appena trascritti dimostrano chiaramente che, per quanto dettagliate, le indicazioni ivi contenute lasciano comunque un margine di «incertezza» nella valutazione dei crediti. A dimostrazione della non esaustività dei criteri dettati dal principio contabile, è sufficiente ipotizzare l'eventualità in cui il debitore della società non sia fallito e non abbia avuto accesso al concordato (ipotesi nelle quali, come chiarito *infra*, l'entità della svalutazione poggia su basi maggiormente oggettive), ma versi in stato di liquidazione ed abbia richiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l. fall. L'avanzamento di tale richiesta, per un verso, presuppone la ricorrenza di uno stato di crisi ed è, di regola, volta ad ovviare a situazioni di tensione finanziaria, per altro verso, non implica di per sé l'incapacità del debitore di adempiere regolarmente i propri debiti. In una simile circostanza la necessità procedere alla svalutazione del credito e l'entità della medesima richiede

File riservato ad esclusivo fine di studio

un accertamento caso per caso ed è rimessa necessariamente all'apprezzamento discrezionale del redattore.

Analoghe considerazioni valgono per molte delle poste di bilancio che presentano una «dimensione valutativa», la quale non può essere compiutamente regolata dal legislatore né dai principi contabili. Della ineliminabile presenza di stime nella redazione del bilancio offre, del resto, inequivoca conferma la lettera dell'art. 2423 c.c. che, come già detto, richiama la nozione di veridicità anziché a quella di verità. Tale scelta lessicale appare, del resto, ancor più significativa se si tiene presente che essa è stato oggetto di vivace discussione durante i lavori preparatori precedenti l'emanazione del d. lgs. n. 127/1991, proprio in ragione del fatto che la traduzione letterale della versione inglese della direttiva (*true and fair view*) era considerata inadeguata, giudicandosi la categoria concettuale della verità incompatibile con il peso delle stime nella redazione del bilancio d'esercizio[16].

Queste constatazioni non devono, tuttavia, indurre a conclusioni errate e, soprattutto, all'affermarsi della convinzione che le valutazioni di bilancio costituiscano un apprezzamento di carattere squisitamente o prevalentemente soggettivo ovvero, secondo la formula utilizzata dalla Corte di Cassazione nella recente sentenza n. 33774 del 30 luglio 2015, «operazioni dell'intelletto, non aventi un concreto parametro di riscontro».

Per evitare simili fraintendimenti, è necessario soffermarsi sul concetto di valutazione, notando – come è stato recentemente ribadito[17] – che due, almeno, possono essere le sue accezioni. Il termine può indicare, infatti, sia il processo valutativo (ossia l'*iter* seguito per determinare un certo valore) sia il valore attribuito ad un bene, dunque, il risultato finale del procedimento valutativo. È evidente che le due «declinazioni» sono strettamente e indissolubilmente connesse, sino al punto che può persino dubitarsi della fondatezza della distinzione proposta, la quale merita, tuttavia, di essere accolta in ragione del contributo esplicativo che può fornire per le successive considerazioni.

Ciò detto, all'interrogativo se riguardo alle valutazioni di bilancio rilevi maggiormente la nozione di valutazione/procedimento ovvero quella di valutazione/valore è stata data soluzione osservando che la loro importanza varia a seconda del profilo considerato[18]. Se si ha riguardo al comportamento diligente del valutatore prevale la valutazione/procedimento, benché la correttezza del dato

[16] Cfr. F. Superti Furga, *Il significato conoscitivo della nozione di «verità» nel linguaggio dei bilanci. Una proposta di definizione operativa*, in *Giur. comm.*, 1985, vol. I, p. 1030.

[17] Lo spunto interpretativo è stato valorizzato recentemente dalla dottrina giuscommercialistica e penalistica: S. Fortunato, *Le valutazioni per il bilancio: possibili sviluppi*, in *Giur. comm.*, 2015, vol. I, p. 42 ss.; Santoriello, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio*, cit., p. 8 ss.; qualche cenno anche in Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero"*, cit., p. 8 ss.

[18] Fortunato, *Le valutazioni per il bilancio*, cit., p. 43.

File riservato ad esclusivo fine di studio

numerico (ossia della valutazione/valore) può fungere da esimente, facendo venir meno l'evento lesivo. Per contro, se si pone l'attenzione sul profilo oggettivo della «correttezza» del bilancio diventa centrale la valutazione/valore. Diverse sono, peraltro, le conseguenze sul versante civilistico nelle due ipotesi considerate: nella prima la sanzione opera sul piano della revoca e, eventualmente (ove ricorra un danno), della responsabilità, dell'amministratore; nella seconda, su quello dell'invalidità della delibera di approvazione del bilancio.

La dicotomia testé prospettata, per quanto indicativa, non può essere accettata acriticamente giacché la realtà applicativa delle valutazioni di bilancio non si presta ad una rigida distinzione tra il procedimento valutativo e il risultato del medesimo. In particolare, in ragione della discrezionalità (tecnica) che caratterizza la stima di molte (pressoché tutte) voci di bilancio, l'accertamento *ex post*, in sede giudiziaria, della «correttezza» del bilancio e, specificatamente, della veridicità di un determinato valore non può, in molti casi, essere condotto avendo riguardo esclusivamente al dato contabile, dovendo necessariamente considerarsi la conformità alle previsioni di legge e la «ragionevolezza» – da intendersi nel senso di seguito meglio precisato – del processo valutativo seguito dal redattore dei conti annuali.

Alla stregua di simili premesse vanno, dunque, pienamente condivise le autorevoli affermazioni[19] secondo le quali la clausola della rappresentazione veritiera e corretta «sembra assumere rilievo sotto il profilo del comportamento che occorre assumere per realizzare il precetto normativo» e che l'imposizione di un determinato dovere di comportamento è finalizzata «alla massima possibile approssimazione a risultati valutativi conformi alla realtà: naturalmente ad una realtà valutata in base a criteri coerenti con la finalità di far emergere tutto e solo l'utile conseguito».

Di conseguenza, l'obiettivo della rappresentazione veritiera e corretta non può che concretizzarsi nella congruità e nell'attendibilità delle valutazioni di bilancio e non nella oggettiva verità (neppure configurabile sul piano giuridico e, ancor prima, logico) delle stesse[20]. È pertanto ormai pacifico che la veridicità consiste nella «corrispondenza tra enunciati, da un lato, e giudizi accurati e sorretti da adeguate conoscenze tecniche, dall'altro»[21].

La veridicità del bilancio, dunque, non presuppone l'individuazione, salvo che per le poste «certe» (quali, in definitiva, soltanto la «cassa» e le disponi-

[19] G.E. Colombo, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Utet, Torino 1994[7], p. 63.

[20] Gambardella, *Il "ritorno" del falso in bilancio*, cit., p. 1743.

[21] G.E. Colombo, *Dalla chiarezza e precisione alla rappresentazione veritiera e corretta*, in *Il bilancio di esercizio*, a cura di A. Palma, Giuffrè, Milano 2008, p. 81; L. De Angelis, *Elementi di diritto contabile*, Giuffrè, Milano 2013, p. 15; nella dottrina penalistica, recentemente, Gambardella, *Il "ritorno" del falso in bilancio*, cit., p. 1742.

File riservato ad esclusivo fine di studio

bilità liquide disponibili presso la banca), di un valore oggettivamente vero ma esige che il redattore adotti un atteggiamento il più possibile oggettivo e neutrale e che il processo valutativo sia fondato su un'adeguata base informativa e su adeguate metodologie e assunzioni logiche.

L'intrinseca discrezionalità tecnica caratterizzante la determinazione dei valori «stimati» presenti nel bilancio d'esercizio fa sì che il valore di determinate attività possa variare a seconda delle assunzioni poste a base della stima. Come è stato puntualmente notato[22], tale ineliminabile margine di soggettività deve essere però mantenuto «entro i limiti tra i quali può oscillare la stima fondata sulla veritiera assunzione di premesse di fatto e sull'applicazione obiettiva di criteri tecnicamente idonei», risultando dunque preclusa qualsiasi attribuzione di valore (in senso eccessivamente «prudenziale» ovvero «ottimistico») che fuoriesca da tali limiti e che sia perciò incompatibile con l'obiettivo della rappresentazione veritiera e corretta. Ne risulta, pertanto che, contrariamente a quanto analisi eccessivamente semplicistiche potrebbero indurre a ritenere, il margine di discrezionalità concesso dalle disposizioni degli artt. 2423 ss. c.c. in merito alle valutazioni di bilancio non è incondizionato ma, al contrario, è circoscritto mediante precisi vincoli.

Non può perciò valere nel campo del diritto contabile il richiamo ad un criterio analogo a quello indicato (in un contesto radicalmente difforme) dall'art. 1349 c.c.[23], sicché le valutazioni non possono essere considerate non conformi alle previsioni di legge e non veritiere (e perciò suscettibili di dare luogo alla nullità della delibera di approvazione del bilancio) soltanto qualora appaiano manifestamente inique od erronee[24]. Una simile impostazione trascurerebbe completamente che la veridicità delle valutazioni deve essere ricercata dall'amministratore (ed, eventualmente, accertata *ex post* dal giudice) sulla base di un apprezzamento che non è squisitamente discrezionale e svincolato da ogni parametro ma che, al contrario, deve essere condotto alla stregua delle previsioni di legge nonché degli standard tecnici di riferimento elaborati dalla professione contabile[25].

[22] Colombo, *Il bilancio di esercizio*, cit., p. 44.

[23] L'art. 1349 c.c. dispone che «se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice».

[24] Constatata l'inadeguatezza alla materia contabile del criterio *ex* art. 1349 c.c., Fortunato, *Le valutazioni per il bilancio*, cit., p. 43.

[25] Il rilievo è, da tempo, condiviso anche dagli studiosi del diritto penale-commerciale: cfr., tutti, Napoleoni, *Valutazioni di bilancio*, cit., p. 420, il quale (sintetizzando le prese di posizione della giurisprudenza e della dottrina) osserva che gli amministratori godono «di una semplice discrezionalità tecnica, ossia di un *arbitrium boni viri*, e non già di un *merum arbitrium*: nel senso che, se pure l'elasticità [dei criteri valutativi normativamente indicati e dei principi contabili] impedi-

File riservato ad esclusivo fine di studio

In questa prospettiva si può cogliere ancor più chiaramente il centrale ruolo dei principi contabili nazionali emanati dall'OIC: essi costituiscono un necessario punto di riferimento, in quanto la loro applicazione, pur non eliminando ogni margine di discrezionalità tecnica degli amministratori (si pensi a quanto in precedenza notato in merito alla valutazione dei crediti), costituisce un primo indice di ragionevolezza della stima e, più in generale, della «diligenza» del redattore. Inoltre, per la medesima ragione, il ricorso ai principi contabili favorisce la dimostrabilità e la ripercorribilità *ex post* del percorso valutativo seguito dal redattore nell'eventualità del vaglio giudiziale in caso di impugnazione del bilancio e di azioni di responsabilità verso gli amministratori che si fondino su eventuali irregolarità contabili.

Ciò spiega, del resto, la «vincolatività di fatto» dei principi contabili, sebbene essi dal punto di vista giuridico abbiano natura di regole tecniche la cui applicazione, per definizione, non è obbligatoria[26]. A rendere, nella sostanza, necessaria l'applicazione dei principi contabili è, inoltre, la circostanza che di essi tiene conto, di regola, nella formazione del proprio convincimento, il giudice investito di decidere sull'impugnazione del bilancio o l'azione di responsabilità basata sul medesimo bilancio e che di attenersi ai medesimi principi è altresì richiesto, nella generalità dei casi, al consulente tecnico eventualmente nominato dal giudice per apprezzare la correttezza delle valutazioni oggetto di contestazione.

4. La non veridicità e la falsità delle valutazioni di bilancio: due categorie giuridiche completamente difformi?

Ancorché le linee interpretative testé illustrate siano ormai consolidate, proprio i recenti «sviluppi» normativi e giurisprudenziali in materia di false comunicazioni sociali paiono mostrare – anche allo studioso del diritto commerciale – l'esistenza di ulteriori margini di approfondimento, il cui sviluppo può rivelarsi utile allo scopo di verificare se, per tale via, sia possibile altresì trarre ulteriore dimostrazione della persistente rilevanza penale delle valutazioni di bilancio nel vigore dell'attuale formulazione degli artt. 2621 e 2622 c.c.

rebbe di parlare, con riferimento ad un determinato bene, di un singolo valore "vero" risulterebbe comunque individuabile una "fascia di valori" ad esso ragionevolmente attribuibili».

[26] Non incide sulla natura giuridica dei principi contabili emanati dall'OIC, non di riconoscere loro rango di legge, l'art. 9 *bis* del d. lgs. 28 febbraio 2005, n. 38, là dove dispone che l'OIC «emana i principi contabili nazionali, ispirati alla migliore prassi operativa, per la redazione dei bilanci secondo le disposizioni del codice civile»: da questa previsione non può evincersi, infatti, la vincolatività dei principi contabili nazionali, benché il loro espresso riconoscimento da parte del legislatore ne rafforzi, in via di fatto, la funzione integrativa e interpretativa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Riprendendo le annotazioni di una recente dottrina penalistica[27], va evidenziato che, pur essendo le valutazioni di bilancio generalmente permeate da discrezionalità, il grado della medesima varia a seconda delle tipologie di attività e dei criteri valutativi per ciascuna di esse previsti nonché delle specifiche circostanze di fatto nelle quali la valutazione è condotta. Fermo restando che una oggettiva corrispondenza tra il «dato naturale esterno»[28] e la sua quantificazione esposta in bilancio può sussistere esclusivamente per la cassa e i conti correnti bancari, essendo queste le uniche poste, per loro natura, del tutto esenti da apprezzamento valutativo, sembra possibile meglio precisare la generale (e pienamente condivisibile) affermazione secondo cui la veridicità di bilancio consiste nella «corrispondenza tra enunciati, da un lato, e giudizi accurati e sorretti da adeguate conoscenze tecniche, dall'altro»[29].

È da notare, in particolare, che – come già accennato – per alcune poste di bilancio la veridicità della loro valutazione può essere accertata prestando attenzione direttamente al dato contabile, mentre per altre il giudizio deve concentrarsi sul procedimento valutativo seguito dal redattore del bilancio[30].

L'accertamento poggia su basi maggiormente oggettive qualora l'osservazione dei dati oggettivi esteriori evidenzi di per sé la non corrispondenza dell'enunciato di bilancio alla realtà oggetto di rappresentazione, senza necessità dello scrutinio *ex post* della adeguatezza dei criteri valutativi utilizzati e della corretta applicazione dei medesimi.

Il dato contabile si appalesa di per sé non corrispondente alla realtà oggetto di rappresentazione e perciò non veritiero, ad esempio, in caso di mancata svalutazione (o di svalutazione in misura incongrua) di un credito a seguito del fallimento del debitore ovvero di una partecipazione successivamente al dissesto della società partecipata. Analogamente, la valutazione può considerarsi non veritiera – senza necessità di ripercorrere l'*iter* valutativo seguito – nell'ipotesi in cui l'entità della svalutazione del credito vantato nei confronti di un debitore che abbia richiesto ed ottenuto l'omologazione di un concordato non rispecchi la percentuale della falcidia concordataria.

L'accertamento della non veridicità delle valutazioni di bilancio poggia altresì in modo preminente sulla nozione di valutazione/valore anziché su quella di valutazione/procedimento, là dove il criterio indicato dal codice civile o dai principi IAS/IFRS non conceda alcun margine estimativo discrezionale al redattore del bilancio. Tant'è che, in simili ipotesi, parrebbe maggiormente appropriato discutere di «misurazioni» anziché di «valutazioni» di bilancio.

[27] Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero"*, cit., p. 8 ss.
[28] Santoriello, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio*, cit., p. 8.
[29] V. *supra* nota 20.
[30] Nella dottrina penalistica in senso analogo Santoriello, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio*, cit., p. 9 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Ad esempio, la sostanziale assenza di discrezionalità estimativa caratterizza – salve talune eccezioni – il criterio del costo storico d'acquisto, in base al quale il valore contabile di un bene coincide con il corrispettivo per essa pagato dalla società, sicché la valutazione si sostanzia, di fatto, nella «trasposizione» in bilancio del prezzo negoziato (a meno che questo si riveli ingiustificatamente elevato e debba operarsi una svalutazione sin dalla prima iscrizione dell'attività acquisita)[31]. Considerazioni analoghe valgono, nell'ambito degli IAS/IFRS nonché (limitatamente agli strumenti derivati) alla luce dell'art. 2426, n. 11 *bis*, c.c.[32], riguardo alla valutazione degli strumenti finanziari quotati i quali devono essere iscritti al *fair value*, che coincide (fuorché in casi eccezionali[33]) con il prezzo di mercato registrato alla data di chiusura dell'esercizio, sicché il processo valutativo non implica alcun apprezzamento soggettivo da parte del redattore del bilancio e la non corrispondenza tra valore contabile dello strumento finanziario e il suo prezzo di mercato determina di per sé (a meno che la differenza non sia sì contenuta da risultare irrilevante) la non veridicità della valutazione[34].

[31] È opportuno da subito precisare che, come in seguito ulteriormente chiarito, anche nell'ipotesi in cui il criterio valutativo indicato dal codice civile non conceda margini di discrezionalità al redattore, la rappresentazione contabile conserva comunque natura convenzionale e non può in alcun modo essere considerata una «fotografia» oggettiva della realtà. Basti osservare che il valore di bilancio coincidente con il costo storico di acquisto di un bene non rappresenta – ancorché sia determinato facendo riferimento a un preciso parametro oggettivo esteriore – l'unico valore «vero» del medesimo, giacché parimenti «vero» sarebbe il valore attribuito sulla base di un criterio alternativo previsto dalle disposizioni normative. Esemplare è il caso delle partecipazioni in imprese controllate o collegate le quali, ai sensi dell'art. 2426, n. 4), c.c., possono essere alternativamente, e in modo pienamente fungibile, valutate al costo storico ovvero secondo il metodo del patrimonio netto, senza che il redattore o, eventualmente, il giudice possano affermare che un criterio è più ragionevole dell'altro né, tantomeno, che soltanto il valore risultante da uno dei due criteri valutativi è quello «vero». Cfr. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 283, il quale nota correttamente che la natura convenzionale dei valori di bilancio è dimostrata altresì dal fatto che la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società (e così la valutazione di pressoché tutti gli elementi patrimoniali) può risultare diversa a seconda che il bilancio sia redatto in conformità alle disposizioni degli artt. 2423 ss. de codice civile (e dei principi contabili nazionali) ovvero ai principi IAS/IFRS; Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., p. 24, ove la condivisibile precisazione che «non sembra revocabile in dubbio che oggetto dell'esposizione difforme dal vero o reticente non è (e non può essere) il fatto materiale in sé, ma sempre e invariabilmente la sua rappresentazione secondo il linguaggio convenzionale del bilancio».

[32] In base a tale disposizione introdotta dal d. lgs. 139/2015 gli strumenti finanziari derivati devono essere valutati al *fair value*, il quale [ai sensi dell'art. 2426, n. 12), c.c.] corrisponde *«al valore di mercato, per gli strumenti finanziari per i quali è possibile individuare facilmente un mercato attivo»*.

[33] La quotazione di borsa non è considerata espressiva del *fair value* qualora il mercato in cui è negoziato il titolo non sia attivo, giacché «le operazioni relative all'attività o alla passività non si verificano con una frequenza e con volumi sufficienti a fornire informazioni utili per la determinazione del prezzo su base continuativa» (v. IFRS 13, appendice A).

[34] Non si pone in contrasto con quanto osservato nel testo il rilievo di Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 283, secondo cui la valutazione al *fair value* «non può in alcun modo essere considerata come una valutazione oggettiva», in quanto essa costituisce pur sempre una espressione di tipo convenzionale, atteso che quello rilevato sul mercato rappresenta soltanto uno

File riservato ad esclusivo fine di studio

Al di fuori delle ipotesi testé descritte, l'accertamento – in occasione dell'impugnazione del bilancio o di azioni di responsabilità che su di esso si fondano – della veridicità delle valutazioni risulta maggiormente complesso, in quanto esse sono caratterizzate da un più elevato grado di discrezionalità tecnica ed il giudizio *ex post* sulla veridicità delle valutazioni di bilancio concerne principalmente l'*iter* valutativo seguito e gli *inputs* utilizzati, anziché il risultato di tale procedimento, ossia il valore esposto in bilancio.

Difettando un parametro oggettivo desumibile dalla realtà esteriore (es.: la decurtazione del valore nominale del credito per effetto dell'omologazione di un concordato) ovvero dal criterio di valutazione utilizzato (es.: corrispondenza tra il valore di iscrizione del bene e la sua quotazione alla data di chiusura dell'esercizio) la veridicità del valore iscritto in bilancio non può essere accertata mediante la comparazione del dato contabile con un termine di riferimento oggettivo esterno, bensì verificando – come riconosciuto anche dagli studiosi del diritto penale[35] – se tale dato si colloca entro una fascia di valori che possono parimenti considerarsi attendibili alla stregua del criterio valutativo utilizzato.

Anche in tali circostanze – come già notato – il giudizio di veridicità delle valutazioni non è rimesso, nella maggior parte dei casi, ad un apprezzamento meramente discrezionale, ispirato unicamente ad un generale e non meglio precisabile canone di ragionevolezza, ma (nonostante l'assenza di un esplicito rinvio come quello contenuto nell'art. 4, del d.P.R. 31 marzo 1975, n. 136[36]) trova un determinante «punto di appoggio» nelle indicazioni dettate dai principi contabili, l'esatta applicazione dei quali costituisce – secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato – un indice della correttezza del procedimento valutativo seguito nonché dell'adeguatezza e della completezza dei dati e delle variabili ai fini del medesimo prese in considerazione.

Se si pone nuovamente l'attenzione sui crediti (una delle poste che dà luogo a più significative problematiche valutative) e si tiene conto delle indicazioni del principio OIC 15 dianzi riportate (v. *supra* n. 3), appare fondato dubitare della veridicità della stima ed ipotizzare una sopravvalutazione del credito là dove nella sua (s)valutazione non siano considerate, ad esempio, le condizioni e delle criticità del settore di attività in cui opera il debitore ovvero gli eventuali

dei valori attribuibili al bene o allo strumento finanziario oggetto di negoziazione. Tale incontrovertibile affermazione non toglie, tuttavia, che, ove si ritenga che il *fair value* coincide con il valore di mercato, l'applicazione del criterio valutativo in esame – ferma la «relatività» dei valori determinati – elimina dal procedimento valutativo ogni apprezzamento estimativo di carattere soggettivo.

[35] Si vedano, per tutti, Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 283; Napoleoni, *Valutazioni di bilancio*, cit., p. 423 ss.

[36] In base al quale, il revisore era tenuto a verificare che il bilancio fosse redatto in conformità non soltanto alle norme di legge ma anche «secondo corretti principi contabili».

File riservato ad esclusivo fine di studio

precedenti inadempimenti del medesimo[37]. Allo stesso modo, la valutazione dei crediti assistititi da garanzie ipotecarie non può, di regola, considerarsi veritiera nel caso in cui il valore degli immobili posti a garanzia dei crediti sia determinato senza aver raccolto sufficienti ed aggiornate evidenze sull'andamento del mercato immobiliare ovvero operando valutazioni forfetarie che non tengono conto delle condizioni e della destinazione d'uso del singolo immobile.

Che al crescere del grado di discrezionalità concesso dai criteri valutativi previsti dal legislatore, il riscontro di veridicità sulle valutazioni di bilancio attenga principalmente alle modalità seguite per la quantificazione del dato contabile anziché alla «misura numerica» dello stesso esposta in bilancio trova conferma nella disciplina della revisione contabile la quale contiene precise indicazioni in merito all'oggetto dei controlli del revisore attinenti alle stime di bilancio.

Secondo il principio di revisione internazionale ISA Italia 540 (*Revisione delle stime contabili incluse le stime contabili del fair value, e della relativa informativa)* – la cui applicazione è vincolante ai sensi dell'art. 11 del d. lgs. n. 39/2010 – l'obiettivo del revisore è quello di acquisire elementi probativi sufficienti ed appropriati per stabilire se «le stime contabili, incluse quelle del *fair value,* rilevate ovvero oggetto di informativa nel bilancio siano ragionevoli». Lo stesso ISA Italia 540 prevede che il revisore a tal fine «deve stabilire: *a*) se la direzione abbia applicato appropriatamente le disposizioni del quadro normativo sull'informazione finanziaria riguardanti la stima contabile; *b*) se i metodi per effettuare le stime contabili siano appropriati e siano stati applicati coerentemente, e se le eventuali modifiche nelle stime contabili o nel metodo per la loro effettuazione rispetto al periodo amministrativo precedente siano appropriate alle circostanze», nonché se «le assunzioni utilizzate dalla direzione siano ragionevoli alla luce degli obiettivi di quantificazione del quadro normativo sull'informazione finanziaria applicabile»[38].

Tanto appurato, è possibile considerare, a questo punto, se le precedenti osservazioni concernenti la disciplina civilistica del bilancio d'esercizio possano assumere qualche rilievo nell'interpretazione delle disposizioni in materia di false comunicazioni sociali, e, in particolare, se esse posano contribuire a rimuovere le (pericolose) incertezze circa la rilevanza penale delle valutazioni di bilancio, suscitate dalla recente novella degli artt. 2621 e 2622 c.c.

[37] Cfr. L.A. Bianchi, *Bilanci, operazioni straordinarie e governo dell'impresa*, Egea, Milano 2013, p. 38.
[38] Ad ulteriore conferma del fatto che la verifica delle stime di bilancio caratterizzate da un più elevato livello di discrezionalità si sostanzia in un giudizio di ragionevolezza, il principio di revisione ISA 540 prevede che «in relazione alle stime che presentano profili di incertezza significativa, è previsto altresì che il revisore consideri «in che modo la direzione abbia considerato assunzioni o risultati alternativi e per quali ragioni li abbia scartati, ovvero in quale altro modo abbia fronteggiato l'incertezza nell'effettuazione della stima contabile».

File riservato ad esclusivo fine di studio

In prima approssimazione, è da notare che risulta senz'altro semplicistica la convinzione (la quale è posta, spesso implicitamente, a fondamento delle tesi abrogative del falso valutativo) che le valutazioni di bilancio costituiscano, indistintamente, un esercizio intellettuale del redattore sganciato da qualsiasi elemento di oggettività. Né in tal senso può ritenersi decisiva l'inesistenza di una verità oggettiva di bilancio in ragione della presenza di valori stimati, sicché gli enunciati contabili non possono essere assoggettati ad un giudizio in termini di verità/falsità. Come è stato ormai chiarito[39], posto che la rappresentazione (veritiera e corretta) della realtà offerta dal bilancio varia a seconda dei criteri di redazione utilizzati, la «normativa civilistica del bilancio fornisce i necessari parametri di "verità" delineando il vero legale», che si concretizza – come riconosciuto anche in ambito penale[40] – in una rappresentazione della realtà aziendale conforme ai criteri dettati dalle disposizioni normative, integrate dai principi contabili[41].

Sgombrato il campo da eventuali obiezioni alla rilevanza penale delle valutazioni di bilancio fondate sull'impossibilità di qualificare le medesime in termini di veridicità oggettiva (obiezioni che avrebbero l'effetto di determinare il completo – e ingiustificabile – «scollamento» del reato di false comunicazioni sociali dalla disciplina giuridica del bilancio), ancora maggiori risultano le perplessità suscitate dalle già richiamate sentenze n. 33774 del 30 luglio 2015 e n. 6916 dell'8 gennaio 2016 della Corte di Cassazione che hanno affermato l'estraneità delle valutazioni di bilancio dal reato di false comunicazioni sociali facendo leva, principalmente, sull'argomento letterale desumibile dall'evoluzione del testo degli artt. 2621 e 2622 c.c. e, segnatamente, dall'espunzione dell'inciso «ancorché oggetto di valutazioni» a fronte del persistente richiamo ai «fatti materiali»[42].

Per rimediare ad una simile deriva interpretativa va, anzitutto, osservato che, anche volendo aderire all'opinione accolta dalla sentenza della Corte di

[39] Cfr. Gambardella, *Il "ritorno" del falso in bilancio*, cit., p. 1743, da dove il virgolettato nel testo.

[40] V., per i necessari riferimenti, Gambardella, *Il "ritorno" del falso in bilancio*, cit., p. 1744; Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero"*, cit., 4 ss.; Id., *Art. 2621 c.c.*, in *I reati e gli illeciti amministrativi societari*, coordinato da V. Napoleoni, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'Alessandro, vol. III, Piccin, Padova 2010, p. 75; Napoleoni, *Valutazioni di bilancio*, cit., p. 422, secondo il quale «si deve convenire che la valutazione irrispettosa del criterio legale che avrebbe dovuto ispirarla è atta a integrare – sul piano oggettivo – una falsità… non soltanto a fini civili, ma anche a quelli penali».

[41] Basti considerare che il valore di un determinato bene, in ipotesi un immobile, può variare a seconda che il bilancio sia redatto secondo le norme del codice civile ovvero secondo i principi IAS/IFRS oppure in ragione del fatto che si tratti di un bilancio c.d. di funzionamento o di liquidazione. Cfr. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 283.

[42] Evidenzia chiaramente i limiti dell'interpretazione degli articoli 2621 e 2622 c.c. fondata esclusivamente sull'evoluzione del dato letterale delle medesime, richiamando all'esigenza di una lettura sistematica, Mucciarelli, *Ancorchè superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali*, cit., p. 3 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Cassazione n. 33774 del 30 luglio 2015 (peraltro ormai sostanzialmente superata a seguito dell'intervento in materia delle Sezioni Unite Penali), il richiamo ai fatti materiali non consentirebbe comunque di escludere completamente la rilevanza penale delle valutazioni di bilancio. È da condividere, infatti, l'affermazione[43] che le ipotesi dianzi richiamate, quale, ad esempio, la mancata svalutazione del credito vantato nei confronti di un debitore fallito, sono «solo apparentemente "valutative" ma, in realtà, fortemente ancorate a fatti storici» in quanto «il procedimento valutativo muoverebbe da una realtà sottostante ormai divenuta insussistente» sì che «la stessa associazione (o la mancata associazione) di un valore a tali realtà sottostanti si tradurrebbe in un'affermazione mendace di esistenza (o di inesistenza) di un fatto materiale (una partecipazione, un credito, un debito), a prescindere dall'entità del valore ad esso associato».

Le valutazioni di bilancio presentano altresì elementi di oggettività o, coerentemente con il tenore letterale degli artt. 2621 e 2622 c.c., contenuto fattuale anche nelle ipotesi in cui esse, in ragione del criterio estimativo legislativamente imposto, si sostanzino, in concreto, nella trasposizione in bilancio di un valore esistente nella realtà esterna, senza alcun margine di discrezionalità valutativa del redattore del bilancio. Pare, ad esempio, che dia luogo all'esposizione di un fatto materiale non rispondente al vero l'attribuzione ad un immobile valutato al costo storico di un valore non coincidente con il corrispettivo per esso pagato dalla società ovvero l'iscrizione (in presenza di regolari negoziazioni di mercato) di uno strumento quotato valutato al *fair value* ad un valore non corrispondente al prezzo di borsa registrato alla data di chiusura dell'esercizio[44].

Nelle ipotesi testé richiamate, l'accertamento sia della non veridicità (civile) sia della falsità (penale) del dato contabile verte sulla nozione di valutazione/valore e non su quella di valutazione/procedimento, giacché è possibile procedere al confronto tra la quantificazione numerica risultante dal bilancio e un parametro valutativo oggettivo «esterno» che non necessita di rielaborazioni da parte del redattore. Ove sia possibile verificare una simile corrispondenza, il medesimo vizio valutativo può comportare la non veridicità e – ove ricorrano anche gli altri elementi previsti dagli artt. 2621 e 2622 c.c. – la falsità penalmente rilevante del bilancio.

Maggiormente problematica è l'eventualità in cui, in ragione della natura del bene oggetto di valutazione e/o del criterio di stima prescritto dal legislatore, il giudizio di verità/falsità delle valutazioni deve incentrarsi non sull'enunciato contabile bensì sul procedimento valutativo che ha condotto alla determinazione del medesimo. In tal caso è evidente che non ogni vizio valutativo suscettibile di determinare l'invalidità della delibera di approvazione del bilancio può, al

[43] Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero"*, cit., p. 10.
[44] Cfr. Superti Furga, *Il significato conoscitivo*, cit., p. 1031.

File riservato ad esclusivo fine di studio

contempo, integrare il reato di false comunicazioni sociali: una diversa ricostruzione contrasterebbe, del resto, con le specifiche esigenze di certezza che devono connotare l'accertamento del giudice in ambito penale.

Recuperando l'insegnamento consolidatosi nel vigore delle precedenti formulazioni degli artt. 2621 e 2622 c.c., là dove difettino «parametri» esterni ai quali raffrontare le valutazioni rese in bilancio, è da ritenere che queste presentino una falsità penalmente rilevante non in ogni circostanza in cui esse siano eseguite in modo non conforme ai criteri normativamente imposti, bensì soltanto qualora il criterio di valutazione effettivamente utilizzato sia difforme da quello dichiarato nella nota integrativa[45].

Una simile soluzione non è, tuttavia, esente da incertezze applicative.

Mentre non vi sono dubbi in merito all'ipotesi in cui si utilizzi un criterio valutativo diverso da quello indicato nella nota, essendo in tal caso incontestabile la falsità del bilancio, maggiori interrogativi solleva l'eventualità in cui il criterio dichiarato non sia stato correttamente applicato, poiché paiono in tal caso aprirsi spazi eccessivamente ampi di discrezionalità per l'accertamento del giudice penale. Nonostante ciò, la limitazione della falsità del bilancio alla sola ipotesi dell'utilizzo di un criterio diverso da quello indicato e la conseguente rinuncia a sanzionare penalmente qualsiasi ipotesi di errata applicazione dei criteri valutativi indicati nella nota integrativa costituirebbe, tuttavia, un'opzione eccessivamente recessiva e perciò non accoglibile, giacché lascerebbe impunite condotte caratterizzate dalla particolare insidiosità del falso[46].

Prescindendo, coerentemente con le finalità delle presenti note, dalla complessa questione se la non corrispondenza tra il criterio valutativo effettivamente utilizzato e quello indicato nella nota integrativa dia luogo all'esposizione di un fatto materiale non rispondente al vero *ex* artt. 2621 e 2622 c.c.[47] (questione la cui rilevanza è da ritenere sia ormai sfumata a seguito dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite penali), appare opportuno soffermarsi sui criteri utilizzabili per accertare i casi di non corretta applicazione dei criteri valutativi indicati nella nota integrativa che determinano l'incoerenza del dato contabile con l'informazione contenuta nella nota e, di conseguenza, la falsità della valutazione.

Una proposta interpretativa in merito – necessariamente non conclusiva, necessitando del riscontro degli studiosi di diritto penale – sembra possa essere formulata muovendo dalla constatazione che la duplice esigenza di sanziona-

[45] Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 284, ove ampi riferimenti; Perini, *Art. 2621 c.c.*, cit., p. 76; più recentemente, alla luce dell'attuale formulazione degli artt. 2621 e 2622 c.c., Santoriello, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio*, cit., p. 10 ss.

[46] Lo rileva correttamente Santoriello, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio*, cit., p. 14.

[47] Risolve l'interrogativo in senso positivo Santoriello, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio*, cit., p. 11 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

re penalmente condotte caratterizzate da particolare insidiosità e di arginare, al contempo, il rischio che l'intervento del giudice penale in materia contabile «rappresenti un'invasione dello spazio di ineludibile discrezionalità che va lasciato all'operatore economico»[48], e che allo stesso è assicurato dagli stessi criteri di redazione del bilancio, potrebbe essere soddisfatta ancorando il vaglio di ragionevolezza delle valutazioni da parte del giudice penale a criteri predeterminati e, in quanto tali, aventi almeno in parte valenza «oggettivante»[49]. In questa direzione un primo rilevante punto di riferimento è offerto dalle clausole generali *ex* art. 2423 c.c. e dai principi generali di cui all'art. 2423 *bis* c.c., i quali – come in precedenza chiarito – sono in grado, in alcuni casi, di guidare il redattore del bilancio nell'applicazione dei criteri valutativi previsti dall'art. 2426 c.c. e di limitare i margini di discrezionalità tecnica da essi concessi[50]. Le disposizioni degli artt. 2423 e 2423 *bis* c.c. del codice civile non paiono, tuttavia, un termine di riferimento esaustivo, poiché esse sono connotate da un grado di generalità che le rende talora non dirimenti ai fini dell'accertamento *ex post* della corretta applicazione del criterio valutativo indicato nella nota integrativa.

Richiamando quanto dinanzi osservato (v. *supra* n. 3), per ovviare a tale «insufficienza» del dato normativo sembra possibile tenere in considerazione le indicazioni dettate dai principi contabili nazionali emanati dall'OIC, sicché, ad esempio, la valutazione dei crediti potrebbe giudicarsi falsa qualora nella nota integrativa si dichiari l'utilizzo del criterio del costo ammortizzato previsto dall'art. 2426, n. 8, c.c. e la conformità del bilancio ai principi contabili nazionali, ma nell'applicazione del criterio indicato non vengano considerati uno o più «dati di realtà» (es.: le condizioni degli immobili posti a garanzia del credito o precedenti inadempimenti da parte del medesimo debitore) la cui considerazione è prescritta dal principio contabile OIC 15[51].

Una simile proposta interpretativa – che sembra aver trovato accoglimento nella già richiamata sentenza n. 890/2016 della Corte di Cassazione[52] nonché,

[48] V. ancora Santoriello, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio*, cit., p. 13.

[49] Ciò consentirebbe di superare le obiezioni secondo le quali l'accertamento di falsità del bilancio da parte del giudice non può essere ancorato al criterio di ragionevolezza poiché esso risulta eccessivamente generico: v. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit, p. 283. Ma in senso contrario, sostenendo che il canone di ragionevolezza deve guidare l'accertamento della falsità del bilancio ove i criteri legali di redazione del medesimo concedano margini di discrezionalità, Napoleoni, *Valutazioni di bilancio*, cit., p. 423 ss. Sul punto, alla luce della vigente disciplina, si veda Seminara, *False comunicazioni sociali*, cit., p. 1508.

[50] In questo senso la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. V/003/15, riprendendo le osservazioni in tale direzione formulate da Gambardella, *Il "ritorno" del falso in bilancio*, cit., p. 1744 ss.

[51] Secondo parte della dottrina aziendalistica (cfr. Superti Furga, *Il significato conoscitivo*, cit., p. 1033 ss.), la veridicità dei valori non certi e, in specie di quelli congetturati, può essere verificata soltanto avendo riguardo alle ipotesi assunte per la loro stima.

[52] Nel ristabilire la rilevanza penale delle valutazioni di bilancio, tale sentenza ha, infatti, affermato

File riservato ad esclusivo fine di studio

soprattutto, nella pronuncia delle Sezioni Unite penali[53] – presenta evidentemente un duplice profilo problematico, giacché, per un verso, si attribuisce in tal rilevanza, ai fini del vaglio del giudice penale, a regole tecniche elaborate dalla prassi non aventi rango legislativo e perciò non vincolanti; per altro verso, potrebbe giungersi ad un eccessivo ampiamento delle fattispecie di falsità. Pur non potendo trascurarsi la consistenza di tali obiezioni, va, anzitutto, osservato che l'impostazione prefigurata non avrebbe l'effetto di sanzionare penalmente ogni ipotesi di non veridicità delle valutazioni di bilancio, giacché la falsità sussisterebbe – mancando altrimenti l'idoneità ingannatoria richiesta dagli artt. 2621 e 2622 c.c. – soltanto qualora l'adozione dei principi contabili sia dichiarata nella nota integrativa.

Inoltre, il ricorso ai principi contabili contribuisce a connotare in termini maggiormente oggettivi l'esatta conclusione secondo cui, in assenza di parametri oggettivi esteriori, «vi è una banda di oscillazione entro la quale si può ritenere vera una certa posta di bilancio così come essa è rappresentata»[54], dovendo la valutazione ritenersi falsa soltanto qualora esorbiti da tale fascia di valori tutti ritenuti ugualmente attendibili. Ove il giudice penale non tenga conto della funzione integrativa delle disposizioni normative assolta dalla prassi contabile di generale accettazione la cui applicazione è dichiarata nella nota integrativa, la definizione dell'intervallo di valori entro il quale si colloca la «verità» della valutazione sarebbe rimessa esclusivamente all'indeterminato criterio di ragionevolezza, che mal si concilia con le esigenze di certezza caratterizzanti il diritto penale.

La soluzione prospettata consente altresì di meglio precisare la corretta affermazione secondo cui il riferimento ai fatti materiali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. non permette di escludere la rilevanza penale dei dati della realtà sulla base dei quali le valutazioni «sono formulate e dai quali traggono la loro attendibilità», in quanto «a fondamento di una stima di bilancio si pone pur sempre la preventiva rilevazione di tutta una serie di dati del mondo reale che ne costituiscono l'implicita premessa»[55]. I principi contabili, integrando le disposizioni di legge, consentono, infatti, di individuare con un maggior grado di oggettività

che «le valutazioni espresse in bilancio non sono frutto di mere congetture od arbitrari giudizi di valore, ma devono uniformarsi a criteri valutativi positivamente determinati dalla disciplina civilistica (tra cui il nuovo art. 2426 c.c.), dalle direttive e regolamenti di diritto comunitario (da ultimo, la citata direttiva 2013/34/UE e gli standards internazionali Ias/Ifrs) o da prassi contabili generalmente accettate (es. principi contabili nazionali elaborati dall'Organismo Italiano di Contabilità)», attribuendo così diretta rilevanza ai principi contabili quale parametro per l'accertamento della falsità delle valutazioni di bilancio.

[53] La quale attribuisce chiaramente rilievo ai principi contabili facendo riferimento ai «criteri di valutazione normativamente determinati, ovvero tecnicamente indiscussi».

[54] Così Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 283.

[55] Gambardella, *Il "ritorno" del falso in bilancio*, cit., p. 1741 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

i dati di realtà la cui errata (o mancata) considerazione nel processo valutativo pregiudica la corrispondenza tra il valore esposto in bilancio e il criterio di valutazione indicato nella nota integrativa, dando luogo alla falsità del bilancio.

Non può trascurarsi, da ultimo, che rigettare ogni rilevanza dei principi contabili ai fini della disciplina del falso in bilancio, comporterebbe un netto distacco tra la norma penale e la disciplina giuridica del bilancio d'esercizio, nell'ambito della quale (pur in mancanza di una espressa indicazione legislativa in tal senso) è riconosciuta la centrale funzione integrativa delle disposizioni legislative assolta dai principi contabili. Per tale motivo, circoscrivere i parametri di accertamento della falsità delle valutazioni alle sole norme del codice civile determinerebbe una duplice incoerenza difficilmente giustificabile.

In primo luogo, il vaglio del bilancio da parte del giudice civile sarebbe ancorato a criteri maggiormente analitici e perciò più rigorosi rispetto a quelli accolti dal giudice penale, con un'evidente inversione rispetto alle peculiari esigenze di certezza e tassatività caratterizzanti la sanzione penale[56]. Si registrerebbe, inoltre, una sensibile e ingiustificabile diversità di trattamento a seconda che il bilancio sia redatto in conformità alla disciplina codicistica ovvero secondo i principi contabili internazionali IAS/IFRS. Nel primo caso il riscontro della non corrispondenza l'eventuale non corretta applicazione dei criteri valutativi indicati nella nota integrativa sarebbe basata su disposizioni di carattere generale e non «autosufficienti» (in quanto necessitano dell'integrazione dei principi contabili nazionali), basando perciò l'accertamento di verità/falsità delle valutazioni di bilancio su parametri eccessivamente generici riconducibili – come già chiarito – al canone, non meglio precisato (e precisabile) della ragionevolezza. Per contro, nella seconda eventualità, avendo i principi IAS/IFRS rango di norme di legge per effetto del recepimento mediante regolamento comunitario, il giudice penale non può esentarsi dal giudicare la correttezza dell'applicazione dei criteri valutativi indicati nella nota integrativa sulla base di un testo normativo molto dettagliato, che fornisce parametri puntuali per l'accertamento della verità/falsità delle valutazioni, rendendo più stringente la presa del reato di false comunicazioni sociali.

5. L'incidenza del principio substance over form *sulla redazione del bilancio e gli incerti confini della nozione di «fatti materiali» ex artt. 2621 e 2622 c.c.*

Benché la recente novella del reato di false comunicazioni sociali e le prime contrastanti interpretazioni delle nuove disposizioni rese dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina pongano attualmente al centro del dibattito le

[56] Cfr. Crespi, *Sentenze opache e legalità "formalistica"*, cit., p. 1035.

File riservato ad esclusivo fine di studio

valutazioni di bilancio, non va trascurato che, come inizialmente ricordato, la prima fase della redazione del medesimo è rappresentata nell'individuazione delle componenti patrimoniali e reddituali iscrivibili nelle voci dello stato patrimoniale e del conto economico, giacché, ovviamente, la valutazione presuppone (logicamente) la previa individuazione degli «elementi» che della stessa devono essere oggetto.

La constatazione, a questo punto del discorso, potrebbe apparire fuori luogo, in quanto è chiaramente percepibile che l'iscrizione delle attività e passività è considerata (a differenza della valutazione delle medesime) non problematica dal punto di vista penale, non dubitandosi che la mancata iscrizione di una attività o di una passività esistente (nonché, di converso, l'iscrizione di entità inesistenti) implichi – ove ricorrano anche gli altri elementi che compongono la fattispecie criminosa degli artt. 2621 e 2622 c.c. – la falsità del bilancio.

Il profilo sembra, tuttavia, assumere un certo interesse alla luce della nuova configurazione del falso in bilancio, imperniata sulla nozione di «fatti materiali»: è, infatti, largamente condivisa (seppur talora implicitamente) dalla dottrina penalistica l'affermazione che la mancata iscrizione di attività o passività ovvero la registrazione di ricavi inesistenti o l'occultamento di costi effettivamente sostenuti ovvero falsità aventi ad oggetto i conti bancari costituiscono fatti materiali[57].

È da dubitare, tuttavia, che possa giungersi sino ad affermare che l'iscrizione (o la non iscrizione) di attività, passività, ricavi e costi sia sempre apprezzabile in termini di verità/falsità, essendo riscontrabile «oggettivamente» la corrispondenza tra l'enunciato di bilancio e il dato naturale esteriore che in esso deve trovare rappresentazione. Una sì netta affermazione, infatti, non tiene adeguatamente conto del fatto che l'iscrizione di numerosi elementi patrimoniali e reddituali non è scevra da una componente discrezionale, sicché l'enunciato di bilancio rappresenta l'esito di una elaborazione soggettiva del redattore del bilancio non dissimile da quella che connota, in molti casi, la fase valutativa.

Una chiara dimostrazione di quanto appena affermato può, ad esempio, trarsi dai criteri di iscrizione dei costi di impianto, ampliamento e sviluppo (c.d. oneri pluriennali) dettati dall'art. 2426, n. 5, c.c., in forza dei quali i suddetti costi

[57] Ad esempio, recentemente, Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero"*, cit., p. 10; oltre alla più volte richiamata Cass. pen., sez. V., 30 luglio 2015, n. 33774 (secondo la quale «*è ben vero, tuttavia, che sono comunque ipotizzabili casi nei quali possa trovare applicazione anche una condotta incentrata sul mendacio* ricadente solo su fatti materiali: si pensi ai ricavi "gonfiati", ai costi effettivamente sostenuti ma sottaciuti oppure alle falsità aventi ad effetto l'esistenza di conti bancari o a rapporti contemplati da fatture emesse per operazioni inesistenti»), si veda anche Cass. pen., sez. V, 16 settembre 2015, n. 37570, in banca dati *Dejure*, ove si afferma che la mancata esposizione nel bilancio di poste attive effettivamente esistenti nel patrimonio della società costituisce un fatto «riconducibile allo schema della nuova incriminazione anche qualora dovesse propendersi per una interpretazione restrittiva della nozione di "fatti materiali"».

File riservato ad esclusivo fine di studio

devono essere iscritti nel conto economico dell'esercizio nel corso del quale sono stati sostenuti ovvero, qualora ne ricorrano i presupposti, tra le attività immateriali ed essere ammortizzati entro il periodo indicato dallo stesso art. 2426, n. 5, c.c. La decisione in merito al trattamento contabile di volta in volta applicabile è rimessa all'amministratore, il quale è chiamato perciò a svolgere una previsione sull'utilità pluriennale degli oneri in questione, ossia a «valutare» se possa considerarsi fondatamente probabile che essi contribuiranno alla produzione del reddito degli esercizi futuri, dovendo in tal caso essi essere iscritti tra le attività immateriali[58]. Parimenti rimessa ad un apprezzamento discrezionale dell'amministratore è, talora, l'individuazione dell'esercizio di competenza dei ricavi: ad esempio, l'articolo 2426, n. 11, c.c. prevede che «i lavori in corso su ordinazione possono essere iscritti sulla base dei corrispettivi contrattuali maturati con ragionevole certezza», sicché la determinazione della quota di ricavi iscrivibili nel conto economico dell'esercizio è oggetto di una previsione dell'amministratore la verità/falsità della quale non può essere stabilità mediante la comparazione parametro oggettivo esterno bensì soltanto giudicando l'adeguatezza e l'accurata applicazione da parte dell'amministratore del criterio prescelto per la determinazione dello stato di avanzamento dei lavori[59].

Invero, in ambito penale, si tende a superare gli interrogativi testé prospettati «derubricando», sulla base del richiamo ai «fatti materiali» e della, tanto risalente quanto ormai tralatizia[60], distinzione di matrice aziendalistica, le poste suddette a valori congetturati i quali (a differenza di quelli certi e stimati) non sarebbero assoggettabili in alcun modo ad un giudizio di verità/falsità, poiché costituirebbero opinioni e pronostici di natura meramente soggettiva[61]. Ad una non superficiale disamina delle disposizioni normative e dei principi contabili risulta, tuttavia, evidente che il preteso confine tra valori stimati e congetturati è tutt'altro che netto, sembrando perciò non completamente convincenti le ricostruzioni che, con grande decisione, fanno su di esso affidamento. Ad esempio, secondo la *vulgata*, i crediti e le rimanenze rientrerebbero tra le poste stimate,

[58] A chiarimento del fatto che, la discrezionalità del redattore del bilancio in relazione agli oneri pluriennali attiene esclusivamente all'iscrizione e non alla valutazione dei medesimi, basta osservare che qualora la società abbia sostenuto costi di sviluppo per importo pari a 1000 non v'è alcuna incertezza sul «valore» di tali oneri ma soltanto sul fatto se essi debbano essere iscritti nel conto economico ovvero tra le attività immateriali.

[59] Il principio contabile nazionale OIC 23 (*Lavori in corso su ordinazione*) prevede quattro diversi criteri, tra loro alternativi, per la determinazione dello stato di avanzamento dei lavori, sicché l'importo dei ricavi relativi alla commessa iscrivibili in un determinato esercizio non è un dato univoco oggettivamente rilevabile ma dipende dal criterio di misurazione prescelto.

[60] Cfr. Superti Furga, *Il significato conoscitivo*, cit., p. 1031 ss.: Id., *Riflessioni sulla novella legislativa concernente il falso in bilancio in una prospettiva economico-aziendalistica*, in *Società*, 2015, p. 1292 ss.

[61] V., con riferimento al falso in prospetto, Cass. pen., sez. V, 28 settembre 2005, n. 44702, in banca dati *Dejure*; Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362.

File riservato ad esclusivo fine di studio

mentre l'aliquota di ammortamento costituirebbe un valore congetturato, in quanto risultante da una previsione dell'amministratore: a differenziare le due fattispecie – secondo la dottrina aziendalistica[62] – sarebbe il fatto che alle poste stimate si potrebbe associare un valore puntuale mentre per quelle congetturate esisterebbe un intervallo di valori ragionevoli e corretti. La labilità di tale criterio distintivo si palesa immediatamente anche a quanti non siano cultori delle scienze aziendalistiche, essendo sufficiente notare che tanto la svalutazione dei crediti (quando il debitore non sia assoggettato a una procedura concorsuale) quanto la determinazione dell'aliquota di ammortamento o la capitalizzazione degli oneri pluriennali si basano su previsioni o pronostici caratterizzati da un non dissimile grado di discrezionalità tecnica.

Al di là di quanto appena osservato, a rafforzare la convinzione che l'iscrizione delle poste dello stato patrimoniale e del conto economico non possa sempre apprezzarsi in termini oggettivi di verità/falsità è la crescente portata del principio della prevalenza della sostanza sulla forma che costituisce uno dei «cardini» del bilancio redatto secondo i principi IAS/IFRS ed è accolto – seppur in modo più incerto[63] – anche nella disciplina codicistica del bilancio d'esercizio in forza della previsione dell'art. 2423, co. 1 *bis*, c.c. ai sensi del quale «la rilevazione e la presentazione delle voci è effettuata tenendo conto della sostanza dell'operazione o del contratto». Nei casi in cui principio trova applicazione, l'esistenza «fisica» del bene e il fatto che esso appartenga, giuridicamente, al patrimonio della società non implicano necessariamente l'iscrizione del bene medesimo dal bilancio, in quanto la rappresentazione contabile deve basarsi

[62] Di recente, G. D'Onza, *La prevenzione delle frodi aziendali*, Hoepli, Milano 2013, p. 100. Parimenti non pienamente convincente appare l'affermazione secondo cui sarebbe possibile verificare *ex post* la correttezza dei valori stimati osservando successivamente se il valore dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato si dimostra coincidente con quello in precedenza determinato, mentre una simile possibilità non sussisterebbe per i valori congetturati per i quali non vi sarebbe alcuna possibilità di successivo riscontro con «dati» reali (L. Marchi, *Revisione aziendale e sistemi di controllo interno*, Giuffrè, Milano 2012[3], p. 141 ss.). Si consideri, ad esempio, che l'iscrizione dei costi di sviluppo tra le immobilizzazioni immateriali si basa su una previsione di ricuperabilità dei medesimi negli esercizi successivi che, pur dovendo essere inclusa tra le congetture (secondo la tesi aziendalistica), è suscettibile di verifica *ex po*st mediante l'esame dell'andamento della redditività derivante dalle vendite del prodotto cui si riferiscono i costi di sviluppo.

[63] L'attuale formulazione dell'art. 2423 *bis*, co. 1 *bis*, c.c. – che costituisce il recepimento della direttiva 2013/34/UE – è diretta a superare gli interrogativi sollevati dal previgente tenore letterale della norma che conteneva l'ambiguo riferimento alla «funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato». Tale modifica normativa non sembra, tuttavia, aver contribuito a fare completa chiarezza sulla portata del principio *substance over form* e pone dubbi interpretativi ed applicativi di non trascurabile rilievo. In primo luogo, è controverso se, nonostante l'esplicita previsione dell'art. 2423 *bis* c.c., possa ritenersi pienamente riconosciuto il principio della prevalenza della sostanza sulla forma: ad una simile conclusione ostano, infatti, le disposizioni degli artt. 2424 e 2427 c.c. in materia di *leasing* le quali prevedono che i contratti di *leasing* finanziario con effetti traslativi devono essere rappresentati in base al metodo c.d. patrimoniale il quale aderisce alla forma giuridica del contratto e non alla sostanza economica del medesimo.

File riservato ad esclusivo fine di studio

non sulla forma contrattuale bensì sulla sostanza economica delle operazioni in cui la società è coinvolta. L'iscrizione (o la cancellazione) di una determinata attività o passività dipende pertanto dalla «ricostruzione» della sostanza economica delle vicende che lo riguardano, sicché essa non sembra poter essere considerata un fatto materiale inteso quale dato fattuale suscettibile di essere giudicato in termini di falsità/verità oggettiva.

Se ne trae conferma, ad esempio, dalle problematiche concernenti la contabilizzazione delle attività oggetto di contratti di compravendita con facoltà di retrocessione a termine. Ai sensi degli artt. 2424 *bis*, co. 5, e 2425 *bis*, co. 3, c.c. tali contratti devono essere rappresentati in bilancio dando evidenza alla circostanza che, nella sostanza, essi non sono diretti al trasferimento della proprietà bene ma assolvono funzione di finanziamento. Di conseguenza, durante il periodo in cui la proprietà è formalmente – ma non nella sostanza – trasferita, la società cedente deve rilevare nel proprio stato patrimoniale il bene oggetto del contratto e il debito nei confronti dell'acquirente per il finanziamento ricevuto, mentre l'acquirente, a sua volta, è tenuto ad iscrivere, un credito verso il cedente di importo pari al prezzo pagato. Conseguentemente, il cedente, al momento della vendita del bene non può rilevare neppure il correlato ricavo, giacché il bene non si considera ceduto ai fini della rappresentazione contabile.

Ancorché gli artt. 2424 *bis,* co. 5, e 2425 *bis*, co. 3, c.c. si riferiscano esclusivamente ai contratti di compravendita con obbligo di retrocessione a termine, è stata avanzata, sia pure in forma dubitativa, la tesi secondo cui la generale previsione dell'art. 2423 *bis*, co. 1 *bis*, c.c. consentirebbe l'applicazione del trattamento contabile dianzi illustrato anche là dove l'acquirente non sia tenuto a retrocedere il bene bensì sia prevista una facoltà in tal senso[64]. Ove si accolga tale estensiva applicazione delle norme da ultimo richiamate, il principio della prevalenza della sostanza impone al cedente di mantenere iscritto tra le attività il bene oggetto della compravendita e di non rilevare il relativo ricavo là dove, date le condizioni contrattuali e le circostanze di fatto, l'esercizio della facoltà di retrocessione da parte dell'acquirente possa considerarsi sostanzialmente certo ovvero altamente probabile. Al ricorrere di tali condizioni, infatti, il principio *substance over form* impone di prendere atto che al (formale) trasferimento della proprietà non associa quello (effettivo) dei rischi e benefici derivanti dal bene, i quali si ritiene continuino a gravare sul cedente là dove, ad esempio, il bene ceduto sia strategico per la sua l'attività ovvero sia previsto il rilascio di un'opzione *call* al cedente e di un'opzione *put* al cessionario esercitabili allo stesso prezzo[65].

[64] Bianchi, *Bilanci, operazioni straordinarie*, cit., p. 74.
[65] M. Venuti, *Il principio* "substance over form" *nel bilancio IAS/IFRS*, in *IAS/IFRS. La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Giuffrè, Milano 2007, p. 277 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Non può sfuggire, dunque, che l'iscrizione o meno, nel bilancio del cedente, del bene oggetto di un contratto di compravendita con facoltà di retrocessione a termine è condizionata da una «elaborazione» soggettiva dell'amministratore non dissimile da quella caratterizzante le valutazioni di bilancio. Sembra pertanto che, nei casi in cui l'iscrizione o meno di una posta dello stato patrimoniale del conto economico presuppone una «stima» del redattore del bilancio si pongono in relazione ad essa interrogativi del tutto analoghi a quelli concernenti la rilevanza penale delle valutazioni. Non può trascurarsi, inoltre, che problematiche analoghe a quella poc'anzi esposte si pongono riguardo ad un numero sensibilmente maggiore di poste nell'ambito dei principi contabili internazionali: basti pensare, tra gli altri, ai complessi criteri di iscrizione dettati per i ricavi e per gli strumenti finanziari e, in specie, dei derivati.

Rinviando agli studiosi della materia per il giudizio sull'eventuale consistenza delle precedenti considerazioni in ambito penale, preme in questa sede osservare, su un piano più generale, che tali ultime notazioni confermano la «relatività» della rappresentazione offerta dal bilancio d'esercizio a seconda dei criteri utilizzati per la sua redazione. A differenza di quanto per lo più ritenuto, ciò vale non soltanto per la valutazione delle singole poste ma anche, talora, per la iscrizione o meno delle stesse. Tale relatività è, del resto, ancor più evidente per effetto della compresenza nel nostro ordinamento della disciplina del bilancio d'esercizio contenuta negli artt. 2423 ss. c.c. e quella dettata dai principi IAS/IFRS. A seconda della disciplina applicata varia, infatti, non soltanto il valore attribuibile a talune categorie di attività ma altresì il «perimetro» delle attività iscrivibili in bilancio: ad esempio, i beni detenuti in forza di un contratto di *leasing* finanziario devono essere iscritti nello stato patrimoniale secondo gli IAS/IFRS mentre non possono figurare tra le attività in base alle disposizioni del codice civile.

Ciò offre un'ulteriore conferma del «definitivo tramonto di quelle concezioni, antiche ma spesso inconsapevolmente riprese, che richiamavano (o implicitamente presupponevano) un mitico "vero oggettivo"» e dell'esattezza dell'affermazione secondo cui «la "verità", e forse si dovrebbe meglio dire la capacità rappresentativa, del bilancio è di natura schiettamente convenzionale e non costituisce mai un rispecchiamento oggettivo della realtà, un'illusoria fotografia in grado di riprendere ogni dettaglio e trasmettere un'informazione puntuale e nello stesso tempo neutra»[66].

Per tale ragione sembra, in conclusione, non sostenibile il tentativo di affermare – attribuendo implicitamente peso deciso alla asserita impossibilità di svolgere un accertamento di verità/falsità delle poste valutative – l'assoluta irrilevanza penale delle valutazioni di bilancio, cogliendo lo spunto della tan-

[66] Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 282 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

to inopportuna quanto irrilevante espunzione dell'inciso «ancorché oggetto di valutazioni» dal testo degli artt. 2621 e 2622 c.c.[67]. Anche a quanti non sono studiosi od operatori del diritto penale, del resto, apparirebbe quantomeno paradossale che si addivenga alla soppressione dei falsi valutativi e, in tal modo, ad una grave (forse, letale) menomazione del reato di false comunicazioni sociali, che perderebbe in tal modo gran parte della sua efficacia repressiva, proprio a causa di una riforma diretta – almeno nelle dichiarazioni «di rito» dei suoi promotori – a «rivitalizzare» il falso in bilancio, rimediando al suo depotenziamento operato con la riforma del 2002[68].

[67] Crespi, *Sentenze opache e legalità "formalistica"*, cit. p. 1034 ss.

[68] Cfr. Seminara, *False comunicazioni sociali*, cit. p. 1510, il quale nota puntualmente che la fragilità dell'argomento letterale accolto dalla Corte «a fronte della volontà legislativa di accordare protezione alla trasparenza dell'informazione societaria, eliminando le storture e le aberrazioni della previgente normativa»; D'Alessandro, *La riforma*, cit., p. 2215, secondo cui «sarebbe assurdo che una norma nata proprio per porre rimedio alle angustie applicative della riforma del 2002, finisca in realtà col determinare una restrizione infinitamente più ampia dei comportamenti punibili».

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Legge Giudice Economia

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Mauro Catenacci

Il «caso ILVA» nel difficile rapporto fra governo e tutela penale dell'ambiente

Sommario: 1. Conflitto fra Poteri e conflitto fra *politiche* nella vicenda Ilva: la strutturale criticità dei rapporti fra prevenzione e repressione nei sistemi c.d. politico-amministrativi di tutela dell'ambiente. – 2. Struttura sanzionatoria del diritto penale dell'ambiente e sindacato del giudice penale sulla gestione del rischio ambientale. – 3. Il «salto di qualità» nel provvedimento di (parziale) sequestro dell'Ilva: dal sindacato sulla *legittimità* a quello sull'*insufficienza* delle prescrizioni amministrative legittimanti le condotte ad impatto ambientale. – 4. I pericoli di un giudice penale del tutto svincolato dalle valutazioni adottate in sede preventiva. – 5. Un'occasione persa di riordino dei rapporti fra prevenzione e repressione degli inquinamenti: le clausole di illiceità speciale degli artt. 452 ss. c.p.

1. Conflitto fra Poteri e conflitto fra politiche *nella vicenda Ilva: la strutturale criticità dei rapporti fra prevenzione e repressione nei sistemi c.d. politico-amministrativi di tutela dell'ambiente*

La complessa vicenda conosciuta come «caso Ilva» contiene in sé molti spunti di riflessione, al punto da rivestire oramai carattere interdisciplinare: la convinzione, diffusasi oramai da tempo e non solo a Taranto, secondo cui l'incremento delle morti per tumore registratosi negli ultimi decenni su quel territorio sia dovuto proprio ai fumi ed alle esalazioni di quello stabilimento, ha prima innescato una serie di riflessioni critiche sulle politiche industriali e urbanistiche seguite negli ultimi cinquant'anni nell'Italia meridionale, per poi via via tradursi in prese di posizione ed iniziative di contrasto a quello stabilimento, a loro volta culminate con il maxi-processo (attualmente nel vivo "della fase dibatimentale") a carico di proprietari e vertici della struttura, e con il se-

File riservato ad esclusivo fine di studio

questro cautelare di alcune parti del complesso; sequestro su cui si è poi a sua volta sviluppato l'oramai famoso e (per qualità ed intensità) inedito conflitto istituzionale fra Governo nazionale e Magistratura tarantina[1].

Per quanto mi riguarda, vorrei qui occuparmi proprio del su citato conflitto istituzionale, e ciò non tanto per analizzarne e/o stigmatizzarne i passaggi, per così dire, «interni» (peraltro già abbondantemente e assai bene commentati in dottrina)[2], quanto per riproporre una tesi che già vent'anni orsono, prendendo a prestito l'esperienza maturata in quegli anni in Germania, provai ad avanzare, e che io credo si ripresenti puntualmente nella complessa vicenda tarantina: e cioè che, lungi dal rappresentare una patologia occasionale, dovuta magari alla cattiveria di qualche toga, il conflitto fra Poteri dello Stato, in materia ambientale, rappresenta *un rischio latente*, strutturalmente connesso alla condivisione fra diritto amministrativo e diritto penale della disciplina degli inquinamenti[3]; e che la gestione di un simile rischio, non potendo essere affidata solo all'interpretazione delle norme e alla dialettica processuale, andrebbe in realtà regolata, come si dice, 'a monte' con un intervento riformatore che si curi di ben calibrare l'interazione fra i due sotto-sistemi di tutela.

Il «conflitto fra Poteri» emerso nella vicenda Ilva e finito addirittura davanti alla Corte Costituzionale altro non rappresenta insomma, a mio avviso, che un conflitto fra *politiche di tutela*, diversamente finalizzate (di governo l'una, repressiva l'altra) ma costrette a condividere il medesimo campo di intervento, e cadute in una sorta di corto-circuito istituzionale probabilmente perché non ancora ben calibrate nel loro interagire. Vedremo peraltro come, proprio di re-

[1] Per una cronistoria delle vicenda, per tutti C. Contessa, *Il decreto Ilva*, in *www.treccani.it* (diritto), 2014. Cfr. inoltre la pregevole sintesi di T. Trinchera, *Caso Ilva: la Cassazione esclude la confisca per equivalente del profitto dei reati ambientali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014. Particolarmente attento a ricostruire i caratteri più strettamente penalistici della vicenda è C. Ruga Riva, *Il caso Ilva: profili penali-ambientali*, in *www.lexambiente.it*, 2014. In argomento si veda anche le osservazioni critiche di F. Forzati, *Irrilevanza penale del disastro ambientale. Regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale. I casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo Stato di Diritto*, in *www.penalecontemporaneo.it*., 2015, secondo il quale l'approccio del legislatore italiano alla vicenda Ilva (e cioè l'emanazione di decreti di tipo emergenziale, finalizzati di volta in volta a ridurre l'impatto di singole inchieste penali e giustificati da 'eccezionali' esigenze di salvaguardia dell'economia) rischia, fra le altre cose, di condurre ad una sorta di 'normalizzazione' dei disastri ambientali in nome di un superiore interesse allo sviluppo ed al benessere economico.

[2] Sulla nota vicenda dei c.d. decreti salva-Ilva e sull'aspra contrapposizione fra Governo e Magistratura tarantina risoltasi poi in un vero e proprio conflitto di attribuzioni di fronte alla Corte Coastituzionale, rimandiamo qui ai numerosi commenti e contributi pubblicati in *Diritto penale contemporaneo* (riv. trim.), n. 1/ 2013, p. 1 ss.

[3] Qui da intendersi in senso ampio, e dunque anche con riferimento al bene della salute collettiva. Sui significati attribuibili all'ambiente quale vero e proprio bene finale di tutela, mi sia qui consentito rinviare a M. Catenacci, *I reati in materia di ambiente*, in *Problemi fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino 2016², p. 343 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

cente, il legislatore – cui pure evidentemente non sfugge l'urgenza di questo problema – abbia perso, all'atto dell'introduzione nel codice penale dei nuovi delitti contro l'ambiente, un'ottima *chance* di metter definitivamente mano alla questione, e come dunque l'esigenza di un intervento riformatore nel senso sopra auspicato persista nonostante il recente «attivismo» legislativo sul fronte della tutela penale dell'ambiente.

2. Struttura sanzionatoria del diritto penale dell'ambiente e sindacato del giudice penale sulla gestione del rischio ambientale

Analogamente a quanto verificatosi nell'intero contesto europeo quale conseguenza delle strategia c.d. politico-amministrative di tutela[4], in Italia il diritto penale dell'ambiente è strettamente *vincolato* al diritto amministrativo[5]. Vale a dire: in quanto appendice di attività economico-produttive, e dunque caratterizzate da un indubbio coefficiente di *adeguatezza sociale*[6], le aggressioni all'ambiente, prima che punite, vengono generalmente «governate» attraverso la sottoposizione a specifiche *soglie di rischio*, di volta in volta individuate o aggiornate da fonti normative o da atti amministrativi (questi ultimi a carattere per lo più autorizzatorio) locali o nazionali. Ne consegue che, in quanto costretto, per evidenti esigenze di coerenza sistematica, a tener conto di tutta questa politica preventiva, il diritto penale dell'ambiente finisce, almeno tendenzialmente, con l'assumere una struttura esplicitamente o implicitamente *sanzionatoria*[7]: la punibilità delle aggressioni ad ecosistemi e/o salute è cioè di solito subordinata (o almeno dovrebbe esserlo) all'inosservanza di norme preventivo-cautelari di

[4] Questa l'espressione coniata a suo tempo da G. Gemma, *La legislazione a tutela delle acque dall'inquinamento tra repressione e consenso*, in *Pol. dir.,* 1977, p. 73 e poi entrata nel gergo dei cultori di questa materia.

[5] È proprio la consapevolezza della stretta compenetrazione fra diritto penale e diritto aministrativo che ha caratterizzato la letteratura giuspubblicistica in materia di tutela dell'ambiente fin dai suoi «albori». Particolarmente insistenti sull'argomento le riflessioni della dottrina tedesca: cfr. H. Knüppel, *Umwelpolitische Instrumente*, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges. 1989, p. 21 ss.; R. Schmidt-H. Müller, *Einführung in das Umweltrecht*, III Aufl., München 1992, p. 3 ss.; P.C. Storm, *Umwelrecht: Einführung in ein neues Rechtsgebiet*, V Aufl., Berlin 1992, p. 18.

[6] Veri e propri «classici» sul potenziale conflitto economia-ecologia G.T. Seaborg, *The environment: what to do about it*, in *Pollution papers*, a cura di Freaks-Solberg, New York 1971, p. 61 ss.; P. Bijman, P. Nijkamp, *Innovation, Environmental policy and Employement. An exploratory Analysis*, in UPR 1988, p. 81 ss.

[7] L'espressione «struttura sanzionatoria» sta a significare che il diritto penale qui «sanziona», corredandola eventualmente di ulteriori, autonomi requisiti di offensività, la disobbedienza a precetti di fonte amministrativa: si tratta, come evidente, di una definizione ispirata da F. Grispigni, *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1920, vol. XI, n. 1, p. 240 ss., e che comunque, nel nostro caso – a differenza della nota impostazione dello stesso Grispigni –, ha una funzione meramente descrittiva e non anche contenutistica.

File riservato ad esclusivo fine di studio

fonte legale o amministrativa, e questo sia nel caso in cui queste ultime vengano richiamate (anche qui in modo esplicito o implicito) a definizione del precetto e dunque ad elemento costitutivo del fatto[8], sia nel caso in cui il possesso di un'autorizzazione o il rispetto di norme tecniche legittimanti scarico, emissione, smaltimento di rifiuti etc., pur non richiamati dalla norma incriminatrice, rendono tuttavia lecito il fatto in virtù della scriminante dell'art. 51 c.p. [9].

In linea di massima, dunque, il principio che regola l'interagire dei due sottosistemi di tutela (preventivo e repressivo) è semplice e chiaro: una condotta non è punibile se si svolge nel rispetto delle disposizioni cautelari impartite dalla P.A., e diventa invece punibile allorché, non rispettando quelle disposizioni, si colloca al di fuori dei limiti entro cui il governo delle fonti inquinanti è consentito.

I problemi tuttavia sorgono là dove il giudice penale, una volta verificato che l'offesa all'ambiente descritta nell'incriminazione c'è stata ma è si è realizzata rispettando un precetto di fonte legale o amministrativa , si convinca tuttavia che quest'ultimo, per un verso o per un altro, è *illegittimo* o anche solo *inidoneo* a garantire un effettivo contenimento entro limiti di adeguatezza sociale delle attività ad impatto ambientale: dovrà egli *comunque* concludere per l'assenza di tipicità e/o antigiuridicità del fatto che ha di fronte e ritenerlo così non punibile? O potrà al contrario ritenersi *svincolat*o dal giudizio di compatibilità ambientale contenuto in quel precetto e punire l'offesa cha ha di fronte (sempre che quest'ultima, ovviamente, appaia invece tipica con riferimento ai restanti elementi costitutivi della fattispecie astratta)?

L'argomento è stato sviluppato in Italia soprattutto con riferimento all'ipotesi della pretesa *illegittimità* di un atto autorizzatorio; caso questo sulla cui soluzione si registrano profonde divergenze fra dottrina e giurisprudenza. Quest'ultima, sul presupposto che dietro ad es. il rilascio di un'autorizzazione possono nascondersi forme di collusione o addirittura di corruzione fra privato e pubblici amministratori, e dopo una prima fase di maggiore cautela[10], ha via via, se pur con accenti ed approcci diversificati, sempre più convintamente sostenuto la tesi secondo cui se il precetto amministrativo che consente un fatto per altri versi conforme a quello incriminato risulta, sia pur incidentalmente, *illegittimo*, allora quel fatto dovrà ritenersi a tutti gli effetti tipico e dunque pu-

[8] Su questi schemi di incriminazione ci sia consentito qui ancora una volta rinviare a Catenacci, *I reati in materia di ambiente*, cit., p. 349 ss.

[9] Sulla particolare struttura del reato ambientale v., in generale, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, Giuffrè, Milano 2008, p. 486; nonché, più nel dettaglio, V.B. Muscatiello, *La tutela penale dell'ambiente (il diritto e il rovescio*), in *Diritto penale dell'ambiente*, Cacucci Editore, Bari 2006, p. 23 ss.; G. Palmieri, *Contributo ad uno studio sull'oggetto della tutela nel diritto penale dell'ambiente. Dal codice Rocco al "codice dell'ambiente" (d.lgs. n. 152/2006)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007, p. 53 ss.

[10] Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1987, Giordano.

File riservato ad esclusivo fine di studio

nibile; e ciò, o perché l'illegittimità rende l'atto incidentalmente inesistente (è la tesi che più direttamente fa riferimento all'istituto della c.d. «disapplicazione» previsto dall'All. E alla l. 20 marzo 1865, n. 2248 sul contenzioso amministrativo) o perché comunque – si afferma – un'offesa consentita da un atto illegittimo è un offesa *contra ius* e non può dunque in alcun modo giustificarsi[11]. La dottrina, dal canto suo, almeno quella maggioritaria, ha sempre stigmatizzato questa impostazione, richiamandosi al divieto di analogia *in malam partem*, (questo nei casi in cui l'inosservanza di un precetto amministrativo è prevista quale elemento costitutivo esplicito della fattispecie), o più in generale alla necessità, in questi casi, di rispettare quanto meno il *principio di colpevolezza*, accertando caso per caso che l'illegittimità che affligge l'atto amministrativo fosse dal soggetto agente conosciuta o conoscibile[12].

3. Il «salto di qualità» nel provvedimento di (parziale) sequestro dell'Ilva: dal sindacato sulla legittimità *a quello sull'*insufficienza *delle prescrizioni amministrative legittimanti le condotte ad impatto ambientale*

Meno dibattuta o anche solo «trattata» è invece l'ipotesi in cui, lungi dal contestare apertamente la legittimità di una disposizione amministrativa a carattere preventivo, il giudice ne affermi l'*insufficienza*, contestando al preteso «inquinatore» l'omesso adempimento di *specifici* obblighi di natura preventiva, addirittura *ulteriori* o rispetto a quelli espressamente preveduti da fonti scritte. Il minor interesse della dottrina potrebbe qui giustificarsi col fatto che, in virtù di principi generali, non ultimo quello della divisione dei Poteri, ipotesi di questo tipo dovrebbero in realtà considerarsi inammissibili in quanto fondate su di un potere di sindacato del giudice penale su scelte riservate invece alla P.A. o addirittura consacrate in atti di indirizzo legislativo. In realtà, l'assenza di regole codificate sul punto così come l'oggettiva ambiguità della situazione che non di rado si presenta agli occhi del giudice penale (ad es. regole cautelari fondate a loro volta su mere clausole di «tollerabilità ambientale» della condotta; o il sospetto che, come si diceva, l'autorizzazione sia in realtà frutto di illecite pressioni se non addirittura di corruzione; o ancora la possibilità di invocare quali parametri per il giudizio incidentale di legittimità principi costituzionali «a largo spettro», quali il diritto alla salute *ex* art. 32 Cost. o lo stesso principio comu-

[11] Fondamentale Cass., Sez. Un., 22 dicembre 1993, Borgia. Per un quadro generale si v. F. Prete, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

[12] Per un quadro più dettagliato non possiamo qui che rinviare alla precedente edizione di questo lavoro: cfr. M. Catenacci, *I reati in materia di ambiente*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Giappichelli, Torino 2012, p. 364 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

nitario di precauzione) rendono un simile sindacato tutt'altro che inverosimile.

La riprova è data proprio dalla vicenda dell'Ilva, ed in particolare dalla sentenza del 7 agosto 2012 del Tribunale del Riesame di Taranto, a ragione considerata come il documento che, oltre ad aver innescato il contrasto fra Poteri poi finito davanti alla Corte Costituzionale, e se pur in chiave ancora cautelare, bene riassume e spiega i passaggi fondamentali del costrutto accusatorio impostato dalla procura tarantina e poi fatto proprio dagli stessi giudici del riesame: sia là dove viene ribadita la sussistenza del *fumus* dei reati di disastro innominato *ex* art. 434 c.p. (impropriamente, prima della l. n. 68/2015, ribattezzato come «disastro ambientale») e di omicidio colposo plurimo, sia soprattutto là dove ad essere motivata è l'attualità del *periculum in mora* rappresentato, secondo i giudici, dalla prosecuzione di alcune delle attività dello stabilimento, il passaggio argomentativo fondamentale è costituito proprio dalla contestazione del carattere per così dire «liberatorio» delle disposizioni cautelari cui l'Ilva afferma di essersi via via negli anni sottoposta; e ciò in quanto, sempre secondo i giudici del riesame «*nell'attuale assetto legislativo non può trovare ingresso un'interpretazione che intenda i valori-limite fissati a relazione a certe attività produttive quali soglie entro le quali non possano esigersi dai destinatari dei precetti interventi in chiave preventiva*»[13]. Vero è che in altre parti del provvedimento, ad essere contestata, in via di fatto, è proprio la puntuale e costante osservanza di quelle disposizioni[14]; rimane il fatto tuttavia che, anche là dove il discorso, dal piano strettamente probatorio, passa a quello dei principi e dei criteri di valutazione circa il carattere (anche solo ipoteticamente) antigiuridico della condotta di «inquinamento», il Tribunale tarantino non ha dubbi nell'attribuire al giudice penale un ruolo solo parzialmente subordinato alle valutazioni adottate dalle autorità di governo: «*coloro i quali sono autorizzati ad intraprendere una iniziativa economico-imprenditoriale e ad esercitare la relativa attività devono agire salvaguardando la salute delle persone e sono obbligati ad adottare tutte le cautele e tutti i mezzi tecnologici di salvaguardia che l'evoluzione scientifica consente, per evitare che l'esercizio del proprio diritto di impresa economica possa comportare costi umani intollerabili e inaccettabili*»[15].

4. I pericoli di un giudice penale del tutto svincolato dalle valutazioni adottate in sede preventiva

Non vi è dubbio che, estrapolato dal contesto processuale in oggetto e preso nella sua assolutezza, il passaggio appena riportato è ampiamente condivisibile,

[13] Così p. 87 della sentenza.

[14] Si veda a tal proposito, sempre a p. 87 della sentenza, il richiamo ad alcune risultanze investigative contenuto.

[15] Così ancora testualmente p. 88 ss. della sentenza.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ed ha anzi il pregio di sottolineare come, una volta verificata l'oggettiva intollerabilità di una certa attività produttiva per ambiente e salute, le sorti della responsabilità penale di chi quell'attività ha intrapreso finiscano poi in realtà col giocarsi sul terreno della prevedibilità ed evitabilità del danno, e dunque del principio di colpevolezza.

Il punto tuttavia è proprio quello della oggettiva «intollerabilità» della condotta: là dove quest'ultima appare in linea con atti autorizzatori o disposizioni cautelari di fonte legale o amministrativa, affermarne comunque l'obiettiva illiceità non pregiudica forse quella *certezza del diritto,* cui un'impresa ha fatto affidamento allorché a quelle disposizioni si è sottoposta? Ed ipotizzare un potere giudiziale di continua ed autonoma rimessa in discussione delle politiche preventive da parte del giudice penale non espone forse al rischio (puntualmente concretizzatosi proprio nella vicenda dei decreti c.d. «salva-Ilva» e nel contrasto poi finito davanti alla Corte Costituzionale) di un continuo *conflitto istituzionale* fra governo e giurisdizione penale con esiti destabilizzanti per la credibilità dello stesso sistema di tutela dell'ambiente?

Si tratta evidentemente di interrogativi retorici, dietro i quali, almeno per quanto mi riguarda, si cela in realtà un punto di vista fortemente critico su questo aspetto della sentenza della magistratura tarantina; interrogativi, si badi bene, che vanno oltre lo specifico di questa vicenda, dove pure una parte consistente dell'impianto accusatorio si basa, come si è ricordato, sull'assunto secondo cui quelle autorizzazioni e/o disposizioni sarebbero state a loro volta carpite dai vertici aziendali attraverso abusi ed attività corruttive, ed assume invece un significato ben più pregnante la dove si pretenda, come i toni alquanto perentori dei giudici del riesame sembrerebbero far intendere, di affermare un generale e perentorio principio di pressoché totale *autonomia* del giudizio di illiceità penale di condotte (*lato sensu*) autorizzate in sede amministrativa. Da questo punto di vista, anzi, a me pare che, già solo nella fase cautelare, il caso Ilva abbia rappresentato un vero e proprio «salto di qualità» nella già complessa questione del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi; e ciò in quanto nel suo ambito sembra essere venuta allo scoperto l'idea, già registrabile in alcuni umori giurisprudenziali, di un sindacato che, dalla *legittimità* di provvedimenti di tipo autorizzatorio, si estende alla stessa adeguatezza funzionale di quei provvedimenti e dunque alla *discrezionalità* politico-amministrativa dell'autorità che li ha emessi: ciò che nei passaggi sopra riportati sembra volersi affermare con forza è una figura di giudice penale *garante ultimo di beni come la salute e l'ambiente e perciò sostanzialmente svincolato dalle determinazioni adottate in sede amministrativo-preventiva*; ed in questo senso credo che quella sentenza, per quanto relativa ad un procedimento cautelare e per quanto non ancora (che io sappia) recepita in termini così estremi da alcuna pronuncia di legittimità, vada guardata con una certa preoccupazione, se non altro per l'enorme valore

File riservato ad esclusivo fine di studio

simbolico che in materia ambientale processi come quello all'Ilva di Taranto finiscono col rivestire e dunque per il carattere di vero e proprio precedente che le pronunce scaturenti da questi processi possono assumere.

5. Un'occasione persa di riordino dei rapporti fra prevenzione e repressione degli inquinamenti: le clausole di illiceità speciale degli artt. 452 ss. c.p.

Dal punto di vista dei rapporti fra governo e repressione degli inquinamenti industriali (e quale che sarà poi il suo esito processuale), la vicenda Ilva rappresenta insomma il momento più intenso e drammatico di un conflitto istituzionale «latente» già dagli anni '80, che dalla materia urbanistico-edilizia si è poi via via esteso a tutto il diritto penale dell'ambiente (anche qui latamente inteso): il contrasto fra Poteri dello Stato è nato perché non esiste al momento una chiara e precisa delimitazione di competenze fra governo e repressione degli inquinamenti, e con ciò un punto di riferimento inequivocabile circa i limiti al potere di sindacato del giudice penale sugli atti e sulle scelte compiute in sede amministrativa. Non vi è dubbio peraltro che la questione circa i limiti da porre a quel sindacato è fra le più complesse che si pongano oggi alla scienza penalistica[16], la quale come si è detto ha avuto modo di confrontarsi sul tema dei rapporti fra giudice penale ed atto autorizzatorio illegittimo: la posizione favorevole ad ampliare il più possibile i poteri di sindacato del giudice, comprensibile sotto il profilo politico-criminale (che dietro il rilascio di un'autorizzazione illegittima possa esserci un vero e proprio accordo criminoso fra l'Autorità amministrativa ed il privato è in effetti un'ipotesi tutt'altro che di scuola), appare invece assai problematica sul piano dogmatico e costituzionale; la posizione della dottrina, dal canto suo, sicuramente più rigorosa dal punto di vista dogmatico e della legittimità costituzionale, sembra invece trascurare l'esigenza di evitare che l'autorizzazione amministrativa si trasformi in uno strumento incontrollato di privilegio e di corruzione.

Se così è, non vi è dubbio che la vicenda avrebbe dovuto rappresentare, per il legislatore, un vero e proprio campanello d'allarme, tale a da indurlo, se non ad introdurre – come altri legislatori – vere e proprie norme di principio sul punto, quanto meno a legiferare in modo più attento alla questione là dove un problema di coesistenza fra governo e repressione degli inquinamenti ambien-

[16] Particolarmente approfonditi sul punto sono le analisi della dottrina tedesca, che, fin dagli anni '80, ha cercato di dare una costruzione dogmatica alla stessa dipendenza del diritto penale dell'ambiente da atti e norme di diritto amministrativo: fra i più recenti lavori riassuntivi sul punto cfr. M. Kemme, *Das Tatbstandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Umeltstratatbeständen des StGB*, Göttingen 2007, p. 33 ss.; S. Bräutigam-Ernst, *Die Bedeutung von Verwaltungsvorschriften für das Strafrecht*, Baden Baden 2010, p. 241 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

tali si fosse riproposto. Invece così fino ad ora non è avvenuto[17]: oltre alla quanto mai discutibile scelta di emanare decreti-legge *ad hoc*, finalizzati a sterilizzare il provvedimento di sequestro della magistratura tarantina, il legislatore italiano ha recentemente finito (non si sa a questo punto se scientemente o per un *deficit* di consapevolezza della gravità del problema) col rendere ancor più confuso e incerto il rapporto fra prevenzione e repressione degli inquinamenti.

Mi riferisco qui in particolare alla recentissima l. n. 68/2015 con la quale, fra le altre cose, sono stati introdotti i nuovi delitti contro l'ambiente nel codice penale (artt. 452 ss.). Date difficoltà di soluzioni in chiave interpretativa e gravità dei precedenti (non ultimo proprio quello di Taranto), era convinzione diffusa che proprio la creazione nel codice penale di un autonomo titolo di delitti contro l'ambiente potesse essere l'occasione giusta per porre mano alla questione, individuando per via legislativa un percorso applicativo che da un lato consentisse al giudice penale di esercitare un controllo di legalità sull'attività di governo dell'ambiente, e dall'altro facesse salve le prerogative istituzionali della Pubblica Amministrazione e le garanzie legate ai principi di legalità e di colpevolezza[18]. Sul punto, peraltro, durante l'*iter* parlamentare di approvazione della l. n. 68/2015 erano state avanzate delle proposte interessanti, tutte sostanzialmente convergenti sull'idea che il potere del giudice penale di sindacare la legittimità dell'attività amministrativa fosse non certo da *inibire* ma sicuramente da *circoscrivere* entro limiti tassativi: così ad es. nella proposta c.d. Realacci, dove la punibilità (con una tecnica di puntualizzazione delle fonti extrapenali di riferimento per molti versi assimilabile a quella effettuata nel 1997 per l'abuso d'ufficio) veniva circoscritta alla violazione non di «atti amministrativi» o di «disposizioni» genericamente intesi, ma di «*specifiche disposizioni normative*»[19];

[17] Ancora con riferimento all'esperienza tedesca, va rilevato come il legislatore di quel Paese abbia provveduto a codificare in un'apposita norma (il § 330d I 5.) il principio secondo cui agisce «senza autorizzazione» anche chi l'autorizzazione l'ha ottenuta con violenza, inganno o corruzione (c.d. *abuso del diritto*: in argom. per tutti F. Saliger, *Umweltstrafrecht*, München 2012, p. 41 ss.; si tratta di una soluzione, come vedremo fra poco, che in sede di discussione parlamentare sui nuovi ecodelitti presente nel c.d. Progetto Micillo, di cui stiamo per dire nel testo). Piuttosto originale sul tema è invece la posizione assunta dal legislatore spagnolo, che – proprio nel tentativo di trovare un accettabile punto di equilibrio fra certezza giuridica e controllo di legalità sull'operato della P.A. – ha previsto nell'art. 329 del Còdigo penal una specifica figura di «*prevaricaciòn ambiental*», la quale, fra le altre cose, punisce il funzionario pubblico che abbia dolosamente rilasciato o comunque contribuito a rilasciare un'autorizzazione ambientale manifestamente illegittima (*manifiestamente ilegal*): per un'ampia e documentata disamina, anche critica, della norma in questione, si v. C.J. Cantero Cerquella, *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, Madrid 2010, *passim*.

[18] In questo senso, mi sia consentito rinviare alle considerazioni espresse nella audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 6 novembre 2013: cfr. il resoconto stenografico su <*documenti.camera.it/leg17/…/html/…/indice_stenografico.0003.html*>, o la ripresa a circuito chiuso dell'audizione, facilmente rintracciabile attraverso *www.youtube.it*.

[19] Così il testo dell'art. 452 *bis* nella proposta Realacci.

File riservato ad esclusivo fine di studio

o nella proposta c.d. Micillo, la quale (recuperando in sostanza un principio contenuto nella su citata sentenza Giordano) limitava il ricorso alla disapplicazione nel caso di autorizzazione (non *illegittima* ma) *illecita*[20].

Il testo definitivo degli artt. 452 *bis* ss. non ha tuttavia recepito nessuna di queste indicazioni, ed ha anzi finito col *deludere* le aspettative, rendendo, se possibile, ancor più incerti e confusi i confini entro cui eventualmente ammettere forme di sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa. Da un lato infatti, nel nuovo titolo VI *bis* del codice penale non vi è alcuna norma che affronti e risolva, se possibile, la questione; dall'altro nelle nuove figure di delitto ambientale la funzione di raccordo fra attività repressiva ed attività di governo viene affidata a semplici quanto amplissime *clausole di illiceità speciale*, che «aprono» quelle figure ad un confronto con l'intero ordinamento giuridico, consentendo così al giudice una libertà pressoché sconfinata nella valutazione dell'operato della pubblica amministrazione[21]. Mentre infatti l'inquinamento ambientale e il disastro ambientale sono puniti se realizzati «*abusivamente*», il traffico e l'abbandono di materiale ad alta radioattività sono puniti se realizzati «*illegittimamente*»; due espressioni, queste, che, com'è evidente, lungi dal circoscrivere entro limiti certi il potere di sindacato del giudice penale sull'attività di governo dell'ambiente (e al di là delle differenze concettuali individuabili fra l'una e l'altra), ne rendono ancora più incerti e manipolabili i confini. Esse infatti, a causa della loro indiscutibile ampiezza concettuale, da un lato sono in grado di richiamare un numero pressoché illimitato di pretese infrazioni e/o irregolarità, consentendo così al giudice (e prima ancora al P.M.) di considerare come abusiva o illegittima *qualsiasi* violazione, anche di norme non specificamente finalizzate alla tutela dell'ambiente, a cui si sia in qualche modo accompagnato un evento di inquinamento (si pensi ad es. all'ipotesi in cui un'impresa abbia «inquinato» rispettando scrupolosamente tutte le disposizioni autorizzatorie della materia ambientale, ma con contemporanea violazione ad es. di prescrizioni urbanistico-edilizie o dell'obbligo di rinnovo del certificato antincendio); dall'altro, non selezionano in alcun modo le norme alla cui stregua valutare l'attività autorizzatoria della P.A., consentendo anzi di assumere a parametro di valutazione anche i principi costituzionali o comunque quelle norme di principio o 'di indirizzo' che, in quanto tali, sono prive di un preciso contenuto precettivo e dietro la cui 'interpretazione', dunque, come si diceva, ben potrebbe in realtà celarsi un sindacato sul merito delle scelte operate in sede di governo dell'ambiente (così ad es. là dove si ritenga che un certo provvedimento autorizzativo

[20] Cfr. Art. 452 *quinquiesdecies* della proposta Micillo.
[21] Questa la funzione di dette clausole anche secondo C. Ruga Riva, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Giappichelli, Torino 2015, p. 5 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

regolarmente rilasciato sia stato comunque non sufficientemente attento a determinati, pretesi rischi per la salute e risulti dunque lesivo dell'art. 32 Cost.).

Orbene, ritenere (come pure, in altri ordinamenti si è in passato ritenuto) che, in una materia così complessa come la tutela dell'ambiente, clausole così ampie siano addirittura viziate da tendenziale *indeterminatezza* e dunque costituzionalmente illegittime, può forse apparire eccessivo[22]; certo è comunque (o almeno così pare a chi scrive) che, anche su questo, decisivo versante la riforma operata con la l. n. 68/2015 ha sostanzialmente tradito le aspettative, abdicando ad un compito di riordino e di razionalizzazione che su questo tema era e rimane ineludibile: lungi dal tracciare una chiara linea di demarcazione fra governo dell'ambiente e repressione degli inquinamenti, essa finisce in realtà col rendere quella linea ancora più confusa ed incerta, ponendo così le basi per un ulteriore inasprimento dei già non facili rapporti che come si è visto in materia ambientale ricorrono fra magistratura e pubblica amministrazione.

L'auspicio, beninteso, è quello, nel prossimo futuro, di essere smentiti dai fatti. Il pessimismo, tuttavia, di fronte alle incongruenze testé elencate è d'obbligo; e l'impressione è che l'individuazione di una generale quanto chiara linea di confine fra prevenzione e repressione degli inquinamenti ambientali, a meno di un improbabile «risveglio» del legislatore, finirà a questo punto, almeno per ciò che riguarda lo specifico dei delitti ambientali, con l'essere affidata all'interprete. É peraltro evidente che, trattandosi qui di una questione generale, di tipo sistematico o addirittura dogmatico, sarà soprattutto la dottrina penalistica a dover assumere un ruolo-guida nella ricerca di soluzioni adeguate al problema; e in questo senso, non vi è dubbio che la vicenda Ilva finisce col gettare basi le basi per un nuovo, stimolante terreno di confronto e di ricerca.

[22] È quanto accaduto in Germania all'indomani dell'introduzione dei reati contro l'ambiente nel codice penale: la vicenda descritta in M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente*, Cedam, Padova 1996, p. 223 ss. Considerazioni sul punto comunque in L. Siracusa, *La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli "ecodelitti"; una svolta "quasi" epocale per i diritto penale dell'ambiente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Francesco Mucciarelli

Crisi d'impresa e diritto penale, interessi pubblicistici e privatistici, limiti dell'intervento punitivo

Sommario: 1. Il diritto penale e la disciplina dell'attività d'impresa: cenni generali. – 2. Il settore del diritto penale della crisi d'impresa: le recenti novità. – 2.1. Problemi di tecnica legislativa, interpretazione della norma e conseguenze. – 3. Le fattispecie degli artt. 217 *bis* e 236 *bis* l. fall. – 3.1. L'art. 217 *bis* l. fall.: criticità interpretative. – 3.2. L'art. 236 *bis* l. fall.: criticità interpretative. – 4. Una conclusione non conclusiva.

1. Il diritto penale e la disciplina dell'attività d'impresa: cenni generali

Il tema offre al penalista molteplici e tutti interessanti spunti di riflessione. Una prima notazione merita tuttavia d'esser svolta: la formula «diritto penale» rischia di mostrarsi riduttiva al cospetto del variegato atteggiarsi degli interventi regolatori dell'attività d'impresa, che quasi fisiologicamente entra in rapporto dialettico con una varietà di beni giuridici ben frequentemente tutelati dalla comminatoria della sanzione criminale (intesa in senso classico). Tale presidio è tuttavia assicurato anche da sanzioni che – stando alla regola del nostro ordinamento – non possono essere qualificate come «penali» in senso proprio, sebbene il grado di afflittività di alcune d'esse sia ben rilevante: si pensi – soltanto per esemplificare – a sanzioni interdittive che precludono l'esercizio di determinate attività lavorative, sanzioni che difficilmente possono essere escluse dal novero di quelle limitative della libertà personale (a meno di ritenere che la libertà personale non sia limitata alla libertà di dislocazione nello spazio).

Appena il caso di osservare che alcune ripetute recenti decisioni delle Corti europee, riprendendo sentenze risalenti, hanno finito con l'individuare una unitaria *matière pénale*, rispetto alla quale gli Stati devono assicurare al cittadino le garanzie (sostanziali e processuali) proprie del diritto penale classicamente inte-

File riservato ad esclusivo fine di studio

so [cfr. Corte EDU, 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia; in termini non altrettanto netti v. Corte Giust. UE, G.S., 26.2.2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson (C-617/10)].

Ridotta la questione al suo scheletro essenziale, stando all'asserto della menzionata giurisprudenza, la qualificazione «penale» di una sanzione (e del precetto che essa presidia) non sarebbe più riservata alla scelta (non vincolante) operata dal singolo legislatore nazionale (quello domestico vi provvede attraverso una regola formale, basata sulla tipologia nominalistica della pena, che individua per ciò solo il carattere penale dell'illecito), bensì su una valutazione sostanziale della sanzione edittalmente prevista. Sicché per «penale» – ragionando ancora una volta a partire dalla sanzione (*rectius*, dai caratteri intrinseci d'essa) – per le Corti europee si dovrà intendere una comminatoria di portata afflittivo/intimidativa, con funzione di prevenzione generale o speciale, indipendentemente dalle variabili nominalistiche impresse da ciascun ordinamento: perciò fattispecie descrittive di figure d'illecito, alle quali acceda una pena intrinsecamente caratterizzata in tal modo, dovranno essere riguardate come illeciti penali.

Né siffatta più ampia nozione di materia penale sembra essere incrinata dalla decisione della Grande Camera della Corte di Strasburgo 15 novembre 2016, che pare ammettere la legittimità di un doppio binario sanzionatorio quando i procedimenti concorrenti volti all'applicazione di distinte sanzioni (l'una anche formalmente «criminale» e l'altra «amministrativa» anche se sostanzialmente penale) siano sufficientemente connessi «*in time and substance*», ciò che scongiurerebbe la violazione del divieto di *bis idem*. Nello stesso senso si pongono le tre decisioni 20 marzo 2018 della Corte di Lussemburgo – Grande Camera (Menci, Garlsson e Di Puma) che ribadiscono la nozione unitaria di *matière pénale*.

L'intersezione dialettica fra diritto penale e attività economiche procede dall'ovvio rilievo che, come ogni altro comportamento umano, l'offesa a beni giuridici penalmente tutelati, quando posta in essere con modalità riconducibili alle figure astratte di reato normativamente previste (in questo consistendo il canone della legalità sotto il versante della tipicità), integra un illecito criminale. Sul versante descrittivo, la superiore notazione autorizza una deduzione anch'essa tuttavia di modesto significato: la valenza repressiva del *ius terribile* è chiamata a manifestarsi in modo indifferente rispetto alla tipologia delle condotte che realizzano l'offesa tipica ed egualmente deve dirsi quando si considerino le altre funzioni (generale e special-preventiva) della pena, che consegue (dovrebbe conseguire) alla commissione di un reato.

Cercando di collocare le considerazioni che precedono nel complesso del sistema economico e giuridico (tanto *in the books* quanto *in action*) nazionale, ancora una volta una constatazione ovvia (e ormai ovunque e da tempo imme-

File riservato ad esclusivo fine di studio

morabile ripetuta) sovviene: l'ipertrofia del diritto penale – constatabile in ogni settore – non risparmia certo quello economico, quasi che il legislatore, ignaro della essenzialità del carattere di *extrema ratio* funzionalmente propria del diritto penale, abbia sistematicamente deciso (in stagioni diverse, ma sostanzialmente unificate da tale inclinazione) di far ricorso alla comminatoria della sanzione criminale confidando per un verso nella valenza simbolica della stessa (*bonne à tout faire*: a mettere in pace la propria coscienza di fronte a necessità di tutela di beni di primario livello e, insieme, a rispondere a esigenze di reazione di fronte a fatti di straordinaria gravità), per altro sperando nella efficienza conformativa della massima delle minacce (che dovrebbe portare con sé la più elevata delle probabilità che i consociati si astengano dalla violazione del divieto, ovvero si adeguino alla condotta imposta) e, per altro lato ancora, ammettendo in modo tanto implicito quanto non controvertibile una sostanziale sfiducia verso altri sistemi di controllo dei fattori economici e dei comportamenti degli attori d'essi.

Ma un simile atteggiamento – come detto, sostanzialmente trasversale alle contingenze politico-ideologiche e pervasivo delle scelte legislative – sembra ignorare alcuni punti fermi della riflessione penalistica e criminologica: sta in principio il rilievo (già còlto da Cesare Beccaria e dagli illuministi suoi coevi) che l'efficienza della comminatoria penale non risiede nell'entità della sanzione e, in ultima analisi, neppure nella sua stessa esistenza come astratta previsione punitiva, quanto piuttosto nella sua effettività, cioè – semplificando – nella probabilità che l'autore del reato venga effettivamente assoggettato alla pena comminata.

Ferma la portata comunque stigmatizzante di questo genere di sanzione (e dei conseguenti effetti reputazionali), il *deficit* di effettività produce conseguenze che chiamare disdicevoli è garbato eufemismo, *in primis* sul piano repressivo, posto che l'alto numero di autori di anche gravi reati destinati a rimanere impuniti (la c.d. cifra oscura) è fenomeno spiccatamente marcato nel settore del diritto penale dell'economia. Situazione che – si badi – oltre a generare una inammissibile disparità di trattamento, reca con sé anche l'effetto ulteriore di ingenerare una sostanziale sfiducia nella serietà della reazione sanzionatoria stessa, che finisce con l'essere dipendente da fattori di natura contingente e casuale.

In secondo luogo (ma la posizione di rincalzo dipende esclusivamente dalla sequenza sintattica, non certo dalla rilevanza sostanziale) il *deficit* di effettività spiega perniciosi esiti anche sulla divisata portata conformativa assegnata alle disposizioni penalmente assistite: l'affidamento che il precetto in esse contemplato costituisca la base minima dell'agire dei consociati (qui: degli attori delle attività economiche) si riduce a barlume destinato a divenire sempre più flebile in ragione della constatazione che la minacciata sanzione per coloro che violano i precetti non viene, se non sporadicamente, applicata.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Sicché ad esser favoriti finiranno con l'essere – come è stato scritto quarant'anni orsono da Cesare Pedrazzi – «gli imprenditori meno scrupolosi, più pronti ad assumersi il rischio (ben modesto, all'atto pratico) della sanzione penale».

L'appena ricordata notazione ne autorizza una consequenziale, che da essa procede: a conformarsi ai precetti dettati dalle disposizioni penali saranno i soggetti già determinati al rispetto della legalità, per i quali la comminatoria penale non rappresenta quindi un «valore aggiunto» particolarmente significativo.

Al cospetto di una situazione di diffusa inosservanza delle regole costituenti l'ammagliatura essenziale dello Stato di diritto, che nel settore d'interesse dovrebbero presiedere al controllo dei comportamenti degli attori del sistema economico, non può sfuggire la strutturale inadeguatezza del diritto penale.

Anche a immaginare un apparato normativo utopicamente «perfetto», la specificità del *ius terribile* risiede nel suo avere ad oggetto fatti singoli, magari dimensionalmente enormi: si pensi a eventi disastrosi di entità rilevantissima, a episodi di bancarotta nel quadro di fallimenti di portata sistemica, a comportamenti seriali che coinvolgono moltitudini di vittime, sia a cagione di condotte che incidono sull'ambiente e di riflesso sulla salute, sia a cagione di comportamenti che ledono gli interessi patrimoniali di ignari risparmiatori.

Fatti singoli tuttavia, e non mai fenomeni sociali, rispetto ai quali la reazione penalistica – comunque doverosa e altrettanto irrinunciabile – può soltanto marginalmente aspirare al successo (inteso come riduzione significativa, se non certo come eliminazione, di un agire improntato a una pervasiva illegalità).

Per quante opportune e corrette riforme dell'assetto normativo possano essere messe in campo, per quanto il meccanismo del processo possa essere reso maggiormente efficiente e rapido, le caratteristiche fondanti non potranno venire meno, e con esse la ricordata strutturale inidoneità del sistema penale complessivamente considerato (per usare termini della tradizione: diritto penale sostanziale e procedura penale) a fronteggiare fenomeni sociali: le esigenze di tipizzazione dell'illecito criminale – che derivano immediatamente dal superiore principio di legalità – esigono che la descrizione del divieto (o del comando) la violazione o la inosservanza dei quali è punita, raggiunga un contenuto minimo di precisione e determinatezza, possibile soltanto in relazione a specifici comportamenti (quand'anche posti in essere da soggetti fra loro coordinati: in «concorso», per usare la parola del vocabolario penalistico), comportamenti espressivi di una apprezzabile (*id est*: percepibile) offesa a un bene giuridico.

Ed egualmente, la complessa e delicata macchina del processo penale – che costituisce lo strumento essenziale per l'attuazione concreta della reazione punitiva – non potrà rinunciare alle esigenze di garanzia proprie di un rito che ha come esito possibile la limitazione di un bene fondamentale quale la libertà personale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Se è indubitabile che ampi spazi di miglioramento sul piano dell'efficienza siano disponibili in sede di riforma del processo, rimane comunque non flessibile il dato ad esso connaturato: in quanto strumento destinato all'accertamento del fatto costituente reato e della responsabilità di chi lo ha commesso e alla conseguente irrogazione della pena, la macchina processuale, con le sue necessarie forme di garanzia, non potrà mai costituire il mezzo centrale per contrastare fenomeni di devianza che, come tali, abbiano dimensione sociale.

Né siffatta inadeguatezza può essere superata immaginando incrementi di «risorse» (termine ben scadente, ma ormai in uso per indicare complessivamente tutto quanto concorre a vario titolo al funzionamento della macchina del processo: dai magistrati, al personale amministrativo, alle sedi fino ai mezzi tecnici e persino gli arredi degli uffici): a tacer di ogni considerazione concernente l'entità di un siffatto intervento e la sua concreta efficacia, l'inadeguatezza alla quale si fa riferimento è bensì di natura strutturale, consistendo propriamente nella circostanza che l'accertamento processuale della responsabilità penale si esaurisce in un giudizio sul fatto (sui fatti, quando plurimi) oggetto dell'imputazione.

Alla segnalata organica inattitudine s'accompagna dunque il pur ricordato *deficit* di effettività: nondimeno, il legislatore mantiene ferma l'opzione penalistica, assegnandole una valenza «salvifica», in parte legata alla componente simbolica che il *ius terribile* porta naturalmente con sé, nonché al senz'altro meno commendevole ingrediente «d'immagine» (l'impiego della più severa delle reazioni punitive, ovvero l'inasprimento delle sanzioni per mostrare che si è «fatto il massimo»), dettata in parte da una forse non infondata sfiducia nei mezzi e negli strumenti di controllo e di repressione dei comportamenti devianti diversi dal diritto penale.

Ma è ineluttabile che, proprio in coerenza con l'idea del mercato e del capitalismo, l'attività d'impresa sia svolta secondo regole. Né il richiamo – tanto abusato quanto inesatto – alla metafora della «mano invisibile» che regola il mercato vale a negare l'esigenza di una disciplina eteronoma, quella che William Twining e David Miers chiamano «far cose con regole».

Né sembra a mio avviso un azzardo domandarsi se la progressiva demolizione delle regole abbia trovato la sua occasione in una interessata lettura della caduta del muro di Berlino (inteso come fatto storico «simbolico»): in quel fatto e nel successivo evaporare dello storico contrapposto del sistema capitalistico è stata letta la conferma «storica» (e dunque inappellabile) non soltanto della superiorità, ma anche della sostanziale correttezza del modello capitalistico.

Di lì a poco (corrono gli anni che vanno verso la fine del millennio) si assiste alla abrogazione della regolamentazione di controllo sulle banche prevista dal vecchio *Glass-Steagall Act* del 1933 imposto da Roosevelt: qui principia negli

File riservato ad esclusivo fine di studio

Stati Uniti (piaccia o non piaccia: l'economia trainante) la finanziarizzazione dell'economia con la conseguente perdita della centralità dei fattori produttivi in senso classico, a vantaggio di strumenti speculativi puri (si pensi che il valore complessivo dei prodotti derivati assomma ad almeno un ordine di grandezza il PIL mondiale).

Di qui le crisi che investono l'economia mondiale nei primi anni del terzo millennio e importano effetti sociali imponenti, con l'impoverimento di fasce di popolazione sempre più ampie e la concentrazione della ricchezza in ambiti sempre più ristretti (e sempre più ricchi). Situazioni destinate a interpellare non tanto l'interprete del diritto, ma direttamente la sfera della politica (e dunque del legislatore), alle prese con un populismo difficilmente razionale.

Lo spazio disponibile non permette altro che una segnalazione affidata a una metafora, che autorizza il ricordo di uno studioso (Rathenau), assassinato – quasi simbolicamente – dall'incipiente nazismo, che fu grande anche come politico e imprenditore, tanto da far da modello con la sua figura al personaggio di Arnheim nell'«Uomo senza qualità» di Musil. Quale il ruolo e lo scopo dell'impresa, che poi ormai ha sempre la forma societaria? Quello del perseguimento del profitto per gli azionisti? Per certo non si può negare che tale scopo sia legittimo e che abbia a che fare con questa forma (la società di capitali) che sta alla base del modello di sviluppo capitalistico, in quanto connesso con la remunerazione del rischio di chi ha investito i propri capitali nell'attività d'impresa. Ma v'è forse anche un altro profilo che merita d'essere tenuto in considerazione e può essere sintetizzato nella replica di Walther Rathenau agli azionisti della Norddeutscher Lloyd, i quali, essendosi lamentati di non aver conseguito gli utili sperati dal loro investimento azionario, si sentirono rispendere che: «la società non esiste per distribuire dividendi a lorsignori, ma per far andare i battelli sul Reno».

2. Il settore del diritto penale della crisi d'impresa: le recenti novità

Nel quadro economico che si delinea a partire dai primi anni del corrente millennio la crisi dell'impresa diviene fenomeno di proporzioni vaste, che nel nostro Paese sembra sfuggire a dinamiche congiunturali acquistando connotazioni strutturali (almeno sul versante della sua protrazione nel tempo). Di tale fenomeno il legislatore nazionale si è avveduto e ha apportato modifiche alla disciplina del fallimento indirizzate essenzialmente a individuare soluzioni alternative al «fallimento» inteso nella sua dimensione tradizionale di «morte» dell'impresa.

Un lungo percorso ha profondamente innovato la disciplina della gestione delle situazioni di crisi d'impresa: esso copre un arco temporale di circa dieci

File riservato ad esclusivo fine di studio

anni, nel quale molteplici interventi si sono susseguiti, importando sovente progressivi aggiustamenti a una trama originaria che, in alcuni ambiti, è tuttavia rimasta ben visibile nel proprio ordito iniziale. Azzardando un giudizio d'insieme, la cui sinteticità sconta semplificazioni obbligate e approssimazioni foriere di imprecisioni, destinate altresì a far smarrire profili problematici ulteriori, si può cogliere il senso delle scelte del legislatore nell'esigenza di assicurare al sistema un ambito sempre più ampio di strumenti per fronteggiare i riflessi sulle imprese della strutturale crisi economica, secondo un paradigma di fondo improntato all'idea-guida di «evitare» il fallimento (o procedure concorsuali assimilabili) come esito necessitato dello stato d'insolvenza e/o della situazione di crisi dell'impresa.

Due paiono le motivazioni di siffatta opzione, stando almeno al dato normativo diacronicamente còlto: se le previsioni dettate con gli originari interventi sugli artt. 67, co. 3, lett. *d*), 182 *bis,* 182 *quinquies* e 161 l. fall. sembrano essenzialmente fondate sul presupposto che le procedure di nuovo conio dovessero rappresentare strumenti adeguati per non disperdere le concrete potenzialità di un nucleo d'impresa pur gravemente indebitato, ma tuttavia capace di proseguire un'attività economicamente efficiente, le successive ulteriori modifiche e le conseguenti nuove disposizioni paiono contemplare evenienze nelle quali l'uscita dalla situazione di crisi dell'impresa non sconta più una prospettiva di continuità aziendale, quanto invece un'ottica sostanzialmente liquidatoria.

Si assiste così – sempre restando in una visione sintetica – al variare di alcuni parametri, che in qualche misura meritano d'essere segnalati perché destinati a entrare nell'ambito delle opzioni legislative sul versante penale: se nelle procedure originariamente introdotte le posizioni dei creditori subiscono dei sacrifici (in alcuni casi convenzionalmente accettati, in altri casi limitati a differimenti accompagnati dalla moratoria delle azioni esecutive) al cospetto di un superiore interesse alla continuità aziendale, in alcune delle più recenti previsioni al venir meno di tale ultimo fondante requisito si sostituisce, quale ragion d'essere della procedura di nuovo conio, la considerazione che proprio tali nuovi meccanismi possano in concreto assicurare una miglior tutela del ceto creditorio.

Il versante penale della ormai strutturalmente inattuale legge fallimentare non ha subito variazioni significative, se si eccettua l'introduzione (peraltro fra loro non contemporanea) degli art. 217 *bis* e 236 *bis* l. fall.

Sebbene di segno fra di esse opposto (mentre l'art. 217 *bis* contempla, con intitolazione bizzarra e inedita nella grammatica penalistica, l'«esenzione dai reati di bancarotta», l'art. 236 *bis* introduce invece una nuova fattispecie incriminatrice «falso in attestazioni e relazioni»), le disposizioni in discorso traggono origine da esigenze direttamente derivanti dalla innovata disciplina delle soluzioni alternative alla crisi d'impresa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Tardivo rispetto alle già da tempo (circa un lustro) prevedute «nuove» procedure di soluzione della crisi d'impresa, la fattispecie della «esenzione dai reati di bancarotta» (in realtà limitata alle ipotesi della bancarotta preferenziale e a quelle della bancarotta semplice) mira a disciplinare situazioni nelle quali condotte oggettivamente riconducibili alle incriminazioni tassativamente richiamate, siano state poste in essere nel quadro delle ricordate procedure. Stando al dettato normativo, siffatta «coincidenza» implica la «non applicabilità» delle menzionate figure incriminatrici (testualmente la norma stabilisce che «le disposizioni di cui all'articolo 216 terzo comma, e 217 non si applicano»).

2.1. Problemi di tecnica legislativa, interpretazione della norma e conseguenze

La sciatteria tecnica della disposizione finisce con l'affidare all'interprete non pochi snodi critici. Prima di dare d'essi un pur sommario conto, una considerazione d'ordine generale – e, per vero, ormai ricorrente – conviene dedicare all'effetto pernicioso di siffatta sciatteria che investe i versanti della grammatica e della sintassi giuridiche nonché della coerenza sistematica: effetto che si riverbera sul cruciale momento applicativo.

Sta in principio la notazione che se nessuno può sensatamente dubitare che il passaggio dalla *disposizione* alla *norma* implica una attività interpretativa, altrettanto non questionabile è che una tecnica redazionale inadeguata (sia sul versante della grammatica e della sintassi della lingua di settore, sia sul piano sistematico), necessariamente implicando una maggiore ampiezza delle scelte affidate all'esegeta, è foriera di incertezze applicative, destinate a riflettersi sul piano della c.d. prevedibilità della decisione giudiziaria.

Ragionando in maniera puramente teorica, è (relativamente) agevole concludere che l'interpretazione fedele alla lettera della legge è passo primo e, insieme, vincolo e garanzia della legalità ermeneutica e che, nel contempo, all'interpretazione (anche alla più rigorosa e controllata) accede comunque e necessariamente una componente «*creativa*» (o, se si vuole adoperare una formula meno «scandalosa», che l'interpretazione stessa consiste in una serie di scelte affidate all'esegeta), posto che il valore semantico di un termine non è mai univoco, ma condizionato dal contesto. Sicché parlare di interpretazione letterale, nel senso di una esegesi che pretenda di assegnare al singolo termine un valore assoluto, indipendente dal linguaggio di settore nel quale si colloca, non ha tecnicamente senso.

L'*ineliminabile* (in quanto necessario per applicare la *disposizione* che in questo passaggio diventa *norma*) atto interpretativo (*id est* la comprensione di un testo) reca con sé la richiamata componente creativa: si tratta di una *creatività* bensì vincolata, intessuta di limiti, articolata in metodi e strumenti che ne permettono il controllo razionale, affinché non diventi un arbitrario processo,

File riservato ad esclusivo fine di studio

nel quale prevalgano opzioni variegate, più o meno commendevoli, fondate su (altrettanto inammissibili) opzioni che possono trascorrere da meccanismi di pre-comprensione intuitiva a flessioni del dato normativo per dar spazio a esigenze e aspettative di tutela, al soddisfacimento delle quali invece il legislatore soltanto è chiamato a occuparsi (e a rispondere politicamente).

La cennata *creatività* vuole alludere non certo alla legittimità di un intervento di integrazione del dato normativo (come tale vietata dal superiore principio di legalità e dalla soggezione del giudice alla legge), bensì esclusivamente alla componente d'ineliminabile incertezza che accede a qualunque atto interpretativo di un testo, maggiore o minore in dipendenza di fattori molteplici, che nel territorio del diritto positivo (e, segnatamente, in quello ulteriormente peculiare del diritto penale) hanno a che fare primariamente con la qualità intrinseca della disposizione (l'oggetto dell'interpretazione) e con la sua collazione nel contesto sistematico (l'ammagliatura costituita dalle altre norme che formano l'ordinamento.

Ed è proprio la (eventuale) difficoltà di decidere quale sia la migliore fra le interpretazioni (comunque corrette, in quanto compatibili con il complesso dei modi ermeneutici) a dar conto, da un lato, dell'esigenza di prendere atto della natura relativa (e non assoluta) dell'esito del processo esegetico e, dall'altro, proprio attraverso la consapevolezza di tale relatività, a fondare la necessità di un approccio razionale che trova nell'obbligo della motivazione il suo estremo primario ed essenziale, in quanto permette il controllo dell'esito dell'interpretazione stessa, secondo schemi e paradigmi verificabili.

Osservando più da vicino il modo interpretativo letterale (filologico per dirla alla Betti), il rispetto della legalità (interpretativa) non può essere limitato (asfitticamente) alla ricerca sui vocabolari (che, fra l'altro, enumerano i plurimi significati che la lingua assegna a ciascuna parola), né può fermarsi alla prima squama verbale, senza esercitarsi invece nella necessaria analisi all'interno del contesto (più esattamente del testo e del linguaggio di settore nel quale il sintagma si colloca). Il tema della legalità trascorre necessariamente per l'interpretazione (nel passaggio fondativo dalla disposizione alla norma): il momento interpretativo, nel quale si realizza il primo snodo dell'applicazione della legge (il secondo consistendo nella rilevazione del fatto o, più precisamente, dei tratti essenziali del fatto, dei quali verificare la sussumibilità sotto la fattispecie astratta), diviene quantitativamente tanto più complesso e delicato (non mutando invece il suo profilo sostanziale, qualitativo) quanto più la «legalità della legge» è «tradita» (per usare le parole di Francesco Palazzo).

La nozione di contesto rimanda immediatamente al concetto di campo semantico, che designa tutti i possibili significati di un termine (compatibili con la lingua propria di quel termine o, nel caso di linguaggio di settore – come è

File riservato ad esclusivo fine di studio

ogni ambito tecnico –, alla valenza del termine nell'universo di discorso di riferimento).

Sicché l'arte (e la tecnica) dell'interpretazione e il rispetto della legalità stanno nel cogliere, tra i vari significati compresi nel campo semantico, quello che si attaglia al contesto nel quale il termine è adoperato: questo metodo ermeneutico assicura ad un tempo la correttezza dell'interpretazione (perché la rende coerente con la funzione del termine nel contesto) e garantisce che l'interpretazione medesima non divenga una libera attività creativa (in violazione del canone della legalità), in quanto deve comunque dar conto della sua ragionevolezza e della sua coerenza con i vincoli del contesto.

La comprensione del *dictum* legislativo esige un approccio ermeneutico razionale, sicché nell'interpretazione non si può in alcun modo prescindere dal modo logico-sistematico, che reca con sé un duplice profilo: da un lato la necessità di situare la disposizione all'interno dell'impianto legislativo, dall'altro che il necessario scrutinio dell'intenzione del legislatore funge anche da mezzo di controllo della correttezza dell'esegesi.

Se dunque anche di fronte a una disposizione redatta in modo accettabilmente corretto si schiudono differenti sfumature interpretative pur non marginali (restando ancora sul piano dell'esegesi dell'enunciato linguistico in cui consiste la disposizione stessa e senza qui prendere in considerazione il successivo ambito rappresentato dall'apprezzamento del fatto per verificarne la sussumibilità sotto la fattispecie astratta: per dirla con Hassemer, per verificare se il *Typus* è riportabile al *Tatbestand*), è di immediata evidenza che un dettato normativo approssimativo e/o sistematicamente mal disposto è destinato ad amplificare (esponenzialmente) le varianti ermeneutiche, foriere di applicazioni corrispondentemente difformi.

Rilevare che ciò contribuisce in maniera forse essenziale alla non prevedibilità della decisione giudiziaria è notazione forse non bastevole a mostrare la profonda portata perniciosa di una attività legislativa di scarsa qualità: la portata conformativa della disposizione penale dipende grandemente dalla effettività della stessa, ma l'effettività a sua volta è funzione della «certezza» applicativa della disposizione che si fa norma.

Non sfugga la circostanza che, pur non vigendo nel sistema di *civil law* il vincolo del precedente, il riferimento al quale in concreto si guarda per conformare la condotta al rispetto della legge penale non è tanto la disposizione di legge come tale, ma la norma, intesa come il precipitato dell'interpretazione della disposizione stessa da parte della giurisprudenza (che ne è l'interprete istituzionale).

Nel settore del diritto penale economico, le dissonanze applicative finiscono con il favorire – come è stato notato da Pedrazzi quasi quarant'anni fa –

File riservato ad esclusivo fine di studio

l'imprenditore meno scrupoloso, pronto ad assumersi il rischio della sanzione penale, sicché «una minaccia penale sfumata, nei suoi contorni, da un alone di indeterminatezza finisce per esercitare un'azione disincentivante a raggio troppo vasto, al di là dei reali intendimenti del legislatore». Verso un esito ulteriormente deleterio sul piano generale: avvantaggiare sul piano della concorrenza gli operatori inclini alla illegalità.

3. Le fattispecie degli artt. 217 bis *e 236* bis *l. fall.*

3.1. L'art. 217 bis *l. fall.: criticità interpretative*

Tornando ora alle principali fra le criticità che la fattura tecnicamente inadeguata dell'art. 217 *bis* l. fall. porta con sé, sta in primo luogo la struttura stessa della disposizione, che, a principiare dalla sua inedita intitolazione («esenzione dai reati di bancarotta») descrivendo poi l'effetto in termini di «non applicazione» delle figure d'incriminazione, affida integralmente all'interprete la qualificazione della fattispecie sul piano sistematico. Decidere se la previsione dell'art. 217 *bis* l. fall. integri una causa di giustificazione, ovvero se incida esclusivamente sull'elemento psicologico del reato, ovvero ancora se del reato stesso costituisca un elemento costitutivo negativo o, se infine rappresenti (come mi sembra preferibile, *melius re perpensa* a seguito delle osservazioni critiche proposte da Enrico Basile) una condizione sopravvenuta di non punibilità, non è certo questione limitata ad una pur opportuna attenzione dogmatica, implicando le diverse opzioni, tutte plausibilmente sostenibili, differenti esiti circa la portata applicativa della disposizione.

Ed ancora: la circostanza che le condotte alle quali non sono applicabili (per restar fedeli alle parole della legge) le figure incriminatrici debbano essere realizzate «in esecuzione» delle procedure elencate dall'art. 217 *bis* l. fall. suggerisce a tutta prima che condotte prodromiche alla presentazione delle ricordate procedure non possano rientrare nell'ambito di operatività della disposizione.

Detto che una simile lettura (senz'altro coerente con la lettera della disposizione) stride con previsioni successivamente introdotte nello stesso art. 217 *bis* l. fall. (si pensi ai finanziamenti in relazione all'art 182 *quinquies* l. fall. che intervengono in epoca anteriore alla presentazione dell'accordo e che pur esplicitamente rientrano fra le operazioni cui è applicabile il disposto in esame), non v'è dubbio che una simile interpretazione finirebbe con il frustrare lo scopo stesso dell'innovazione legislativa: sicché diviene plausibile un'interpretazione che, valorizzando il profilo sistematico e insieme cercando di superare la altrimenti insanabile contraddizione cui s'è fatto cenno, suggerisce di intendere la formula legale («in esecuzione») in senso funzionale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Se in questo caso è la a dir poco scarsa attenzione alla sistematica a determinare le diverse interpretazioni, non v'è dubbio che una appena diligente cura nella redazione della disposizione avrebbe ridotto – anzi: escluso con riguardo al presente tratto – ogni incertezza applicativa.

V'è infine un profilo ulteriore, che la trasandatezza del legislatore ha interamente lasciato sulle spalle dell'interprete, e si tratta di profilo ben cruciale. Il *dictum* della legge non permette infatti una conclusione univoca e sicura in ordine a un estremo determinante: a integrare la fattispecie dell'art. 217 *bis* l. fall. e la sua portata sulla rilevanza penale delle condotte altrimenti tipiche, antigiuridiche, colpevoli e punibili è bastevole la mera esistenza di un piano o di un accordo ovvero di un concordato, oppure è necessario che tali estremi siano caratterizzati – tenendo conto delle loro strutturali differenze – da un apprezzabile grado di idoneità a conseguire il risultato che la legge assegna a ciascuno d'essi?

Si badi che il silenzio della disposizione è, sul punto, specialmente preoccupante, posta anche la ricordata diversità strutturale delle distinte tipologie che lo stesso art. 217 *bis* l. fall. richiama. A tacer d'altro, si trascorre dal piano *ex* art. 67, co. 3, l. fall. (che si svolge tutto all'interno dell'autonomia privata) alle distinte ipotesi di accordo *ex* artt. 182 *bis*, 182 *quinquies* l. fall. (che implicano un provvedimento di omologa giudiziale, senza che vengano indicati ambito e limiti dell'omologa stessa) a quelle dei finanziamenti, dei pagamenti e delle operazioni di cui all'art. 22 *quater*, co. 1, d.l. 91/2014, per giungere al caso del concordato preventivo (nel quale invece il controllo giudiziale è massimo già *ex ante*).

Incoerente con le esigenze della presente riflessione dar conto delle varianti interpretative che si presentano, bastando qui notare che è possibile da un lato, e radicalmente, asserire che la semplice esistenza di un piano o di un accordo (attestato dall'esperto) sia di per sé bastevole a permettere l'applicazione del disposto dell'art. 217 *bis* l. fall., ovvero, dall'altro, ritenere – in modo egualmente radicale – che in ogni caso e comunque il giudice penale mantenga un successivo pieno potere di ri-valutazione del piano o dell'accordo, per apprezzarne la idoneità *ex ante*, idoneità alla quale sola è condizionata l'applicabilità della disposizione dell'art. 217 *bis* l. fall. (e senza dar conto qui – per ovvie ragioni di spazio – di tutte le varianti intermedie, connesse alle differenze strutturali cui si è fatto cenno e che contrassegnano le diverse tipologie richiamate).

Come ognun vede l'incuria del legislatore investe addirittura il cuore stesso della disposizione.

3.2. L'art. 236 bis *l. fall.: criticità interpretative*

L'introduzione (anch'essa assai tardiva, quasi un decennio) dell'art. 236 *bis* l. fall, chiamato a presidiare con una severa sanzione criminale il falso in attestazioni e relazioni posto in essere dal professionista incaricato d'esse ai sensi

File riservato ad esclusivo fine di studio

degli artt. 67, co. 3, lett. *d*), 161, co. 3, 182 *bis*, 182 *quinquies*, 182 *septies* e 186 *bis* l. fall., trae origine dalla constatazione che le ricordate procedure danno luogo a soluzioni concordate della crisi d'impresa, nelle quali alla matrice sostanzialmente privatistica delle medesime fa da contrappunto il ruolo sempre maggiore che il legislatore ha attribuito al professionista-attestatore.

Gli elaborati (attestazioni/relazioni) normativamente richiesti svolgono infatti una funzione cruciale nell'economia delle ormai molteplici fattispecie che disciplinano la materia, non contestabile essendo che tanto il controllo dei dati economici, sui quali si basano le valutazioni prospettiche, quanto la stima in ordine alla ragionevolezza delle soluzioni di superamento della crisi dell'impresa proprio a tali elaborati sono sostanzialmente affidate, con l'ulteriore conseguenza che il perseguimento degli obiettivi prefigurati dal legislatore finisce con il trovare fondamento proprio nel (la correttezza del) giudizio prognostico cui il professionista è chiamato.

Modellata sulla forma del reato proprio, la fattispecie attribuisce al soggetto qualificato una figura assimilabile al garante, sebbene le modalità delle condotte punibili disegnate dalla norma escludono che possa ipotizzarsi l'applicabilità di schemi ascrittivi modulati sul paradigma dell'art. 40 cpv c.p. (la natura di reato a condotta vincolata e l'assenza di un evento impongono la cennata conclusione). In proposito si osservi che non potrebbe essere tratto contrario argomento dalla previsione omissiva pur contemplata nell'art. 236 *bis* l. fall., posto che la stessa ha ad oggetto esclusivamente una determinata tipologia di «oggetti» da comunicare («riferire» nella formula legislativa) e neppure dalla circostanza che il terzo comma della citata disposizione contempla il verificarsi di un evento di danno. In quest'ultimo caso, la previsione dà vita a una circostanza aggravante, che non può mutare la struttura di base dell'incriminazione (ed anzi ne costituisce indiretta, ma sicura conferma: se il verificarsi dell'evento-danno integra l'aggravante, ne viene consequenzialmente che la fattispecie-base non contempla il verificarsi di un evento).

Ferma la irriducibilità ai ricordati schemi ascrittivi, non v'è dubbio che al professionista-attestatore il legislatore finisce con l'attribuire una posizione di garanzia in relazione a un passaggio fondamentale del complesso iter valutativo che innerva le soluzioni concordate della crisi d'impresa (veridicità dei dati aziendali e correttezza delle valutazioni prognostiche): in questo senso deve essere anche apprezzato l'intervento normativo volto a caratterizzare in modo marcato i requisiti di autonomia e indipendenza richiesti al professionista.

Ma alcuni tratti della nuova incriminazione destano perplessità, foriere di già paventate incertezze applicative.

Il professionista-attestatore è dapprima chiamato ad attestare la «veridicità dei dati aziendali». Formula quest'ultima che, se dovesse essere rigorosamente

File riservato ad esclusivo fine di studio

intesa nel suo valore letterale, implicherebbe che il professionista incaricato dovrebbe fasi carico di un'attività di analisi smisurata per dimensione e complessità tutte le volte che l'impresa abbia dimensioni notevoli, situazione ulteriormente complicata (fino a renderla concretamente irrealistica) dalla circostanza che la verifica di tali dati (funzionali al successivo giudizio di fattibilità) deve essere necessariamente svolta in tempi ragionevolmente ristretti, coerenti con le esigenze degli interventi di sostegno per il superamento della crisi dell'impresa. Sicché dovrà essere sperimentata la plausibilità di una diversa interpretazione del dato legale, valutando se sia ammissibile una attestazione di veridicità dei dati aziendali basata su indagini campioniarie ovvero su altre idonee metodologie, tuttavia riconosciute dalle scienze aziendalistiche.

Come ognun vede, al cospetto di un legislatore che ha preferito adoperare una formula «simbolica» ma in concreto inattuabile, sarà l'interprete a dover stabilire quali paradigmi possano soddisfare la previsione normativa, senza tuttavia che il silenzioso legislatore abbia fornito alcuna indicazione in proposito.

Il legislatore richiede inoltre che il professionista formuli altresì giudizi prognostici concernenti in sostanza l'idoneità del piano o dell'accordo (e, più genericamente, della procedura stessa) a perseguire il risultato dalla legge assegnato. In quanto giudizio rivolto al futuro di esso è impossibile predicare l'eventuale falsità *ex ante*, posto che tal genere di apprezzamento implica per necessità la presenza di un dato (eventualmente anche valutativo) storico, rispetto al quale è unicamente possibile formulare la valutazione in ordine alla falsità/veridicità della sua rappresentazione, che implica dunque un giudizio postumo.

A ben vedere i giudizi di fattibilità richiesti al professionista meritano d'essere apprezzati secondo il versante della probabilità, come esattamente rileva Riccardo Borsari.

In quanto giudizio che consiste e si esaurisce in una prognosi, l'apprezzamento della correttezza di un giudizio di tale genere (necessariamente *ex ante*) viene effettuata dal giudice *ex post*, quando, in linea fattuale, è agevole decidere della inesattezza della prognosi, posto che la valutazione ha luogo quando ciò che il piano mirava a scongiurare (semplificando: l'insolvenza irreversibile dell'impresa) si è verificato (e giudizialmente accertato), sicché l'ulteriore scrutinio della situazione sul versante penale sconta pur sempre il verificarsi di tale situazione. E tuttavia, proprio in un'ottica penalistica, ad essere rilevante non è l'apprezzamento *ex post* sulla correttezza del giudizio di fattibilità, quanto invece quello *ex ante*, secondo lo schema della prognosi postuma modulato sul paradigma dell'art. 56 c.p. (che dovrà qui essere corretto tenendo conto della circostanza che, mentre nell'ipotesi configurata dall'art. 56 c.p. per definizione il fatto di reato non si è verificato, qui l'«evento» avverso – l'insolvenza – è invece necessariamente accaduto: situazione che innesca il rischio della distorsione del giudizio retrospettivo, c.d. *hindsight bias*).

File riservato ad esclusivo fine di studio

Occorre tuttavia sottoporre la norma in esame ad una lettura più attenta e principiare con una notazione generale: innanzitutto non può sfuggire il rilievo che la notizia avente ad oggetto il giudizio di fattibilità nel suo complesso è – obiettivamente considerata – anch'essa un dato di fatto storico, perfettamente suscettibile di costituire un'informazione. Più in specifico: nell'economia delle varie soluzioni concordate della crisi d'impresa la valutazione prognostica, nella quale consistono le attestazioni, costituisce un momento tanto essenziale quanto quello concernente l'asseverazione della veridicità dei dati aziendali.

Se si riflette su questa situazione, ci si avvede agevolmente che l'impossibilità di predicare la falsità (in senso stretto) di tali giudizi non preclude tuttavia un altro e diverso genere di valutazione. Con un esempio: apprezzare la recuperabilità di un credito, così come la fattibilità di un piano, si risolvono bensì in giudizi *de futuro* (e dunque prognostici), della correttezza dei quali, pur non potendosi predicare la falsità intrinseca sulla base di quando accaduto successivamente (*ex post*), ben si potrà decidere sotto il profilo metodologico. In altri termini: *ex post* sarà possibile affermare se tali giudizi furono espressi secondo accettate e comunque dichiarate metodologie di valutazione.

Il giudizio in ordine alla eventuale falsità dell'informazione, di cui discorre l'art. 236 *bis* l. fall., se in nessun caso può essere riferito al giudizio di fattibilità come tale, può investire situazioni nelle quali il professionista abbia espresso tale giudizio sulla base di metodi di valutazione non riconosciuti e non accettati dalle «regole dell'arte». Il parametro di riferimento diviene così il rispetto delle *leges artis* riconosciute e accreditate (cioè dei criteri valutativi e delle procedure di valutazione che le scienze economiche e aziendalistiche richiedono di adottare e di osservare nel caso concreto), regole che dovranno essere indicate dal professionista-attestatore come parametri ai quali viene informato il giudizio espresso nella relazione. Se tale rispetto è assicurato, qualunque sia l'esito concreto del piano, il giudizio di fattibilità (prognostico) va necessariamente esente dal rimprovero penalistico dell'art. 236 *bis* l. fall.: all'osservanza delle regole metodologiche (tecniche: delle scienze di settore, quand'anche siano molteplici, ma comunque riconosciute) fa da contrappunto la non configurabilità della categoria della falsità in attestazione.

Se anche la lettura qui suggerita potesse esser giudicata coerente con l'esigenza sistematica di garantire tutela alla comunicazione complessivamente portata nella relazione o nella attestazione, rimane il dato – difficilmente controvertibile – che una redazione della disposizione maggiormente attenta alla sistematica avrebbe evitato le incertezze necessariamente conseguenti a una esegesi chiamata a cercare la compatibilità fra lettera della legge, ambito normativo e contesto economico di riferimento.

File riservato ad esclusivo fine di studio

4. Una conclusione non conclusiva

Nel delicato settore del diritto penale dell'economia, e in particolare nella materia sensibile della crisi d'impresa, al giudice – interprete istituzionale della legge – viene dunque affidato un compito ulteriore, difficile e rischioso: all'esercizio dell'*ars combinatoria*, nella quale si esprime l'impresa conoscitiva dell'interpretazione e dell'applicazione delle disposizioni, si aggiunge l'esigenza di cogliere nessi sistematici profondi, alla stregua dei quali rimediare i danni della sciatteria del legislatore. Con il limite – non superabile in materia penale – della legalità dell'interpretazione, limite segnato dal valore semantico (còlto ovviamente nel contesto) delle parole della legge stessa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Massimo Fabiani

*Legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia**

1. La pluralità dei diritti derivanti dall'ampiezza della carta costituzionale, la multilateralità degli interessi, la disomogeneità delle posizioni e le diseguaglianze economiche e sociali sono l'occasione per una dirompente stagione di conflitti e di conflitti fra classi sociali, in particolare.

Nella ormai lunga ed inesausta stagione della crisi la scarsità delle risorse rende aspri conflitti che sino a poco tempo fa apparivano fisiologici ma anche tutto sommato gestibili. Ora che vi sono meno risorse per tutti, accade che gli spostamenti di ricchezza siano ancor più intollerabili quando non simmetricamente organizzati.

Nel tempo della crisi il bisogno di conquistare spicchi di risorse ed opportunità viene ad esaltarsi e il bisogno, spesso, tracima nella deviazione dalle regole. È affermazione se si vuole banale e dal sapore qualunquistico ricordare il grave difetto di legalità che offusca la crescita del nostro Paese, ma i dati freddi e asciutti della scienza statistica non fanno sconti.

Le scorciatoie sono diffuse e il senso del rispetto della legalità quasi sempre viene irriso nella vita quotidiana. La legalità intesa come insieme di regole di formazione statuale e pattizia dovrebbe costituire il naturale sedime sul quale edificare un ordinamento. Nella crisi e nelle crisi che coinvolgono soggetti economici le regole ci sono, talora sono persino troppe e, purtroppo, in tempi recenti anche mal orchestrate.

Qualche volta ci sentiamo tutti «obiettori di coscienza» al cospetto di certe regole ma dobbiamo accettarle perché esprimono, comunque, la volontà di un Paese. È sin troppo evidente che la sola provenienza legittima di una certa regola non la giustifica imprescindibilmente, ma il nostro sistema conosce bene un rifugio dal riparo delle illegalità normative; il presidio del giudice costituzionale

*Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Legge Giudice Economia», svoltosi a Padova il 30 ottobre 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ci consente di riconoscere la fonte della regola perché è una fonte, al fondo, controllabile.

Ed allora, nel tempo della crisi, là dove esplodono i conflitti il primo baluardo non può che essere la legge e, soprattutto il valore del rispetto della legalità.

2. Questa promessa tanto generale quanto, forse, generica, va ora declinata tenendo in conto le specificità che incontriamo in occasione di una crisi dell'impresa nel tempo della crisi.

Le crisi d'impresa ci sono sempre state, ma nel corso del tempo hanno assunto tonalità diverse quando le crisi si sono manifestate in tempi di crisi globali. La crisi degli anni ′30, poi la crisi degli anni ′70 da cui è gemmata l'amministrazione straordinaria, ed infine la crisi apertasi nella prima decade del nuovo millennio.

In tutte queste occasioni si è compreso che una crisi del mercato globale, interno e internazionale, avrebbe generato tante crisi di settore e tante crisi di singole imprese.

Negli anni ′70 la crisi industriale significò, soprattutto, crisi occupazionale e così si pensò, anche con importanti interventi pubblici che non hanno, poi, potuto resistere nel sistema del mercato dell'Unione Europea, a salvare la continuità dell'attività d'impresa. Una continuità spesso fine a se stessa, incapace di tradursi in una effettiva conservazione del valore dell'impresa. Esistono ancora procedure di amministrazione straordinaria risalenti agli anni ′80, disciplinate da una legge ormai cancellata da quasi un ventennio.

Orbene, la legge sull'amministrazione straordinaria del 1979 era chiaramente orientata a favore del debitore o, se si vuole, dei suoi dipendenti. La legge fu modificata nel 1999 e la prima impressione fu quella di una legge che, invece, voleva bilanciare i diritti e le aspettative sia dell'impresa che dei suoi creditori. Tuttavia quella prima impressione è stata superata dall'esperienza perché in concreto anche l'amministrazione straordinaria riformata inclina decisivamente verso una continuità che non garantisce affatto i creditori.

A me pare una scelta assai discutibile ma, almeno, si può convenire che vi sia stata una scelta politica di fondo: si declama che la procedura deve garantire i creditori ma poi, nel momento della svolta vi è una precisa virata verso la prosecuzione dell'attività d'impresa; costi quel che costi per i diritti dei creditori. La prosecuzione dell'attività viene vista come un valore in sè e per sè, a prescindere dai costi che insistono su coloro che sono stati colpiti da quel dissesto. In un certo senso il sistema vuole che si riparta da zero, che ciò che è accaduto non si trascini nel futuro purché vi sia un valore produttivo che prosegue.

Alla crisi *post* 2007, invece, il legislatore è giunto del tutto impreparato. Le riforme del diritto dell'impresa, cioè la riforma del diritto delle società di capitali

File riservato ad esclusivo fine di studio

del 2003 e la prima riforma del diritto dell'insolvenza del 2005 hanno origine in un momento di sviluppo e di crescita economica. In quel preciso momento, quando le risorse ci sono, ci si preoccupa di allocarle e in una fase di pacificazione sociale si ritiene che il modo di gestire fisiologia e patologia dell'impresa sia quello di affidarsi a regole che si formano fra i consociati.

Il valore dell'autonomia privata viene esaltato; le regole imposte cedono il passo alle regole pattizie. Il liberalismo normativo sembra coerente con un mercato in crescita. Una visione coerente ma miope perché si gettano le basi di asimmetrie e diseguaglianze che poi la crisi enfatizzerà.

Quando la crisi penetra in profondità nei gangli delle imprese, il sistema di regole è inadeguato perché i controlli pubblici sono stati allentati e il mercato asimmetrico non è in grado di generare regole valide e legittimate per tutti gli attori delle crisi.

Esplode il fermento normativo nelle leggi sulla crisi d'impresa. In una prima fase si ritiene che la svolta impressa con l'esaltazione dell'autonomia privata debba essere ulteriormente implementata e ciò, pur se fra alti e bassi, sino al 2015.

Nel 2015 ci si avvede che i risultati conseguiti sono decisamente difformi rispetto alle attese e si cambia passo. Ma il passo corre all'indietro perché si recuperano enormi spazi di «pubblico», con una accentuata fallimentarizzazione delle crisi d'impresa gestite in modo negoziato.

Il giudice torna al centro della scena con buona pace delle idee apparse nel 2005.

3. Questo ritorno al passato deve essere spiegato.

La ragione principale si ritrova nel dato, invero oggettivo, della inefficienza della gestione privatistica dell'impresa in termini di risultati attesi per i creditori. Le proposte concordate offrono, infatti, ai creditori misure di soddisfacimento delle loro pretese largamente inadeguate rispetto alle attese.

Questo dato empirico non poteva essere sottovalutato e la scelta è stata quella di rendere più complicato accedere al concordato preventivo visto dal legislatore come la causa principale della incapacità di reagire alla crisi da parte del sistema.

La legislazione del 2015, come si ricava dalla lettura dei lavori parlamentari è stata influenzata in modo significativo dalle pressioni di larga parte della magistratura che non aveva recepito positivamente i cambiamenti degli anni precedenti.

I giudici delegati rappresentano un corpo ben organizzato dal punto di vista associativo, anche se divisi in due gruppi. Sono in grado di esercitare, al pari dei

File riservato ad esclusivo fine di studio

c.d. «Poteri forti», un condizionamento normativo ma, soprattutto, con l'esercizio della giurisdizione sono in grado di incidere sul mercato e sulle crisi.

In presenza di conflitti è il giudice che deve risolverli e su questo non si possono concedere sconti perché il bisogno di legalità lo reclama. Tuttavia il giudice dovrebbe decidere all'interno del perimetro delle regole, mentre nei conflitti economici spesso le regole vengono piegate in nome di principi di dubbia condivisione. La clausola generale dell'«abuso del diritto» ha fatto breccia nelle procedure di ristrutturazione in modo sorprendente con accentuazioni sconosciute al diritto delle obbligazioni dove dovrebbe, invece, trovare terreno più fertile.

Non vi è dubbio che situazioni in grado di provocare effetti importanti sull'economia debbano essere gestite con delicatezza e con una specifica attenzione ai ruoli che sono affidati al potere politico da una parte e a quello giudiziario dall'altro.

Viceversa accade che il potere politico tende ad intromettersi nelle singole questioni ed il giudice tende a sconfinare per invadere la sfera della discrezionalità politica.

I canali di comunicazione fra i due poteri dello Stato sono stretti e vivono di una reciproca diffidenza.

Una diffidenza atavica dei giudici verso gli imprenditori in crisi spesso qualificati come bancarottieri per il solo fatto che l'intrapresa economica non è andata a buon fine.

C'è un aspetto che attiene alla cultura d'impresa che sembra essere l'anello di congiunzione mancante fra il giudice e il mercato.

La magistratura non è attrezzata per affrontare le liti economiche per un difetto culturale strutturale che trova la sua scaturigine nell'Università.

Sappiamo quanto strette siano le interrelazioni fra diritto ed economia, ma alla maggior parte dei giuristi (non certo solo dei giudici) mancano le basi di conoscenza delle regole di funzionamento del mercato e, più semplicemente, di una azienda. Si ha spesso la consapevolezza che il giurista viva in una torre di cristallo lontana e distaccata dal sudore dell'impresa. L'impresa è una realtà dinamica in mutazione continua e l'incapacità di separare la distinzione fra atto e attività è uno dei limiti più evidenti nei contenziosi che germinano dalle crisi d'impresa.

Quando nelle liti civili che attengono alle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali emergono le censure per condotte omissive (così come, al contrario, il più delle volte nei processi penali gli addebiti concernono condotte commissive), non ci si rende conto che nella dinamica quotidiana certe decisioni non possono essere assunte con la lucidità che a posteriori illumina le condotte attese.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Il crollo del prezzo di un prodotto o di una materia prima possono sopravvenire improvvisamente e non sempre si è attrezzati per reagire a situazioni che generano difficoltà.

Il contesto temporale deve essere compreso e chi non ha mai messo un piede in uno stabilimento non può non avere un approccio alla lite elitario.

Poiché non possiamo immaginare che i giudici in carriera debbano sottoporsi a stage aziendali, dobbiamo perlomeno accrescere la formazione economica dei giudici attraverso la scuola della magistratura; non già replicando corsi istituzionali sui bilanci (soluzione corretta ma astratta) ma lavorando sulla casistica. Questo servirebbe ad avvicinare di più il giudice alla realtà d'impresa.

4. Vediamo, però, che cosa si può fare sull'altro versante e cioè su quello della prevenzione. Abbiamo appena enunciato che il dinamismo dell'economia non consente scelte ponderate e lucide; tuttavia all'interno dell'impresa si devono (e non solo dovrebbero) realizzare degli adeguati, così si esprime la legge (art. 2381 c.c.), assetti organizzativi, amministrativi e finanziari atti a sorreggere una condotta informata di chi gestisce l'impresa.

L'impresa è per sua definizione (art. 2082 c.c.) attività organizzata; questa organizzazione deve investire, ovviamente con le dovute declinazioni, sia la piccola che la grande impresa. La crisi, ma non solo la crisi, impone che il dilettantismo imprenditoriale vada consegnato alla agiografia delle foto in bianco e nero.

Svolgere una attività d'impresa significa assumersi responsabilità e dove c'è potere deve corrispondere, proprio, la responsabilità. Pertanto, dovremo ancora apprezzare la regola interpretativa della insindacabilità delle scelte di merito gestorio (c.d. *Business judgment rule*) ma questa regola dovrà essere correlata all'avere il titolare dell'impresa creato una struttura adeguata per fronteggiare, anche, la crisi.

L'inadeguatezza degli assetti si rifletterà sulla responsabilità ed ancora questa non potrà essere esclusa in presenza di meri assetti organizzativi formali.

5. A proposito di responsabilità va poi ricordato che in presenza di una crisi, ciò che comporta il necessario coinvolgimento dei creditori se la si vuole superare, al fine di non bruciare residua ricchezza è decisivo cogliere la distanza fra l'impresa ed i suoi governanti. Bisogna, cioè, tenere separate le responsabilità dalle possibili soluzioni di «recupero» dell'impresa. L'impresa può avere ancora un valore importante pur quando vi siano stati comportamenti censurabili, finanche penalmente rilevanti.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Le condotte debbono essere punite, anche in modo esemplare più di quanto sia accaduto, ma questo non deve comportare per logica conseguenza la distruzione dell'impresa.

Sappiamo che non sempre la prosecuzione dell'impresa è un valore, perché non lo è quando l'impresa è inefficiente. Tuttavia le volte che l'impresa, lontana dall'imprenditore, possa rimanere sul mercato, l'ansia punitiva deve far posto ad una diversa reazione.

Una reazione che deve tendere a esaltare il valore dell'accordo fra creditori e debitore.

Occorre, infatti, avvertire come i costi di una procedura fallimentare liquidatoria non sono espressi solo dai costi di procedura in sè, ma sono espressi anche dai costi più generali di tutti coloro che sono coinvolti, dalle strutture amministrative dello Stato, alle strutture operative dei creditori che vengono impiegate per attività che potrebbero essere evitate.

Ed ancora, nonostante un progressivo efficientismo delle procedure fallimentari ed una rincorsa senza fine alla accelerazione dei tempi (si pensi alla chiusura fittizia del fallimento o alla riduzione dei termini dell'esecuzione del programma di liquidazione), la durata delle procedure è tuttora un fattore di grave perdita per il sistema economico, nonché un disincentivo ai possibili investitori stranieri.

Le immobilizzazioni finanziarie date dai crediti bancari in sofferenza generano a loro volta l'effetto perverso della contrazione del credito alle imprese sane.

Tutto ciò dovrebbe spingere a favorire le soluzioni concordate tutte le volte in cui la separazione dei ruoli fra gestori e impresa può servire a premiare i creditori.

6. Il plesso delle responsabilità di chi governa e legifera e il plesso dei poteri di chi deve giudicare sono correlati ma in un ambito di necessaria separatezza.

La sovranità della Politica deve esprimersi in regole astratte, lasciando che sia il giudice a fornire le risposte concrete. Le risposte del giudice potrnno a loro volta innescare dei riflessi su mutazioni normative ma se ciò accade sul piano della astrattezza delle regole non si può invocare una invasione di potere nè un conflitto costituzionale.

Quando, però, parliamo di intervento pubblico nelle crisi non possiamo pensare, solo, al legislatore o al Governo, ma dobbiamo avere ben presente che la crisi di una impresa investe, diversamente dall'inadempimento di un privato cittadino, sempre una pluralità di soggetti economici, a vario titolo anche quando non creditori. Possiamo pensare al fatto che il fallimento di una impresa collocata in un certo territorio sia fonte di danno per operatori economici di quel

File riservato ad esclusivo fine di studio

contesto che pure non hanno intessuto rapporti diretti con l'impresa. Pensiamo all'indotto indiretto ed al fatto che vi sia quindi la necessità di valutare, ponderare ed equilibrare più diritti.

Questo spiega la ragione per la quale la legge, nonostante l'accentuazione privatistica del 2006, non ha rinunciato alla presenza del Pubblico Ministero. Il P.M. è coinvolto in tutte le procedure di concordato, così come è ancora legittimato a richiedere il fallimento.

La presenza di interessi superindividuali rende pienamente legittima la presenza del P.M. perché è come se il legislatore avesse stabilito una volta per tutte, e senza lasciare al P.M. la scelta se intervenire in una lite, che la partecipazione è necessaria o, talora, facoltativa ma solo in ragione di segnalazioni esterne che provengano al P.M.

Il P.M. è un presidio di legalità a condizione che la sua presenza assicuri protezione ai diritti dei soggetti coinvolti, senza alcuna deviazione verso pretese punitive che si rivelano eccentriche quando si discute di come regolare una crisi.

7. Il tema della legalità nella crisi dell'impresa coinvolge anche i rapporti fra impresa (società), creditori e soci.

È ormai un comune sentire l'affermazione per la quale quando una impresa è così in crisi da avere consumato interamente il patrimonio netto, la proprietà si trasferisce, nella sostanza (ma talora anche nella forma), ai creditori.

Tuttavia occorre considerare che se ciò comporta che una impresa in liquidazione deba vedere tutto il patrimonio coinvolto destinato ai creditori, le cose potrebbero essere diverse quando quell'impresa ha ancora un valore e può proseguire l'attività.

In questo caso è revocabile in dubbio che l'impresa sia davvero solo dei creditori se sono i soci e soli i soci a garantire una soluzione più conveniente per i creditori, ma che sia anche più remunerativa per loro.

Si tratta cioè di capire se la ricchezza generata dalla prosecuzione dell'attività d'impresa possa essere trattenuta dai soci o se tutto e proprio tutto debba essere destinato ai creditori. La soluzione che si sta consolidando va nel senso che la garanzia patrimoniale sulla quale i creditori possono fare affidamento è pari a quella di ciò che può essere recuperato dal patrimonio liquidabile e nulla di più.

Per tale ragione può manifestarsi un conflitto fra amministratori, creditori e soci e i rapporti fra questi protagonisti può vedere interessati anche profili di legalità perché certi valori se sono recuperabili debbono esserlo in modo trasparente.

File riservato ad esclusivo fine di studio

8. Un tema che si accosta, ancora, a quello della legalità pertiene ai tradizionali valori della *par condicio creditorum.*

La *par condicio creditorum* è stata per secoli un baluardo del diritto concorsuale, declinata nella sua applicazione civilistica (la revocatoria fallimentare) e in quella penalistica (la bancarotta preferenziale).

Spesso si è abituati a ragionare con gli schemi del passato senza avvedersi del fatto che le mutazioni normative hanno decisivamente intaccato quel principio quasi di diritto naturale.

È ben vero che la tessitura normativa codicistica contiene ancora l'art. 2741 c.c.; ma non possiamo proprio trascurare che quel mito della *par condicio* è stato progressivamente divelto: *i*) dalla proliferazione delle cause di prelazione; *ii*) dalla più recente esplosione della prededuzione; *iii*) dalla possibilità attribuita al debitore di compartimentare i creditori in classi nei diversi modelli di concordato; *iv*) nel sicuro forte depotenziamento della revocatoria fallimentare, ormai quasi consegnata alla storia.

La distruzione delle regole che consentivano di esaltare la *par condicio* porta a ritenere che vi sia un aumento esponenziale delle diseguaglianze che sono il frutto di asimmetriche distribuzioni di risorse.

È indubitabile che stiamo assistendo ad un processo di diversificazione della distribuzione della ricchezza in un clima generale che tende a ridurre gli strumenti di parificazione delle situazioni.

Si tratta di un percorso forse discutibile ma che, al momento, in una condizione di crisi possiamo reputare accettabile nella misura in cui si traduca, almeno, in un migliore soddisfacimento di tutti.

Le plurime deviazioni dalla *par condicio* provocano diseguaglianza ma questa se è progressiva e cioè se comunque consente che tutti stiano meglio e nessuno peggio, deve risultare tollerabile in un ambiente di crisi.

Di fronte a valori che sono stati bruciati e che appaiono non ripristinabili se esistono coloro disponibili ad investire in ciò che resta dell'impresa e se contribuiscono ad offrire a tutti condizioni migliori, è accettabile che ne possano ricevere un «profitto».

Il sistema cui dovremmo aspirare è quello di una distribuzione simmetrica di risorse ma se questo non è conseguibile, proviamo almeno ad alzare l'asticella del soddisfacimento collettivo.

Queste soluzioni, si ripete, tali da misconoscere la *par condicio*, oggi a me paiono coerenti con la crisi, pur se con l'ambizione si giungere ad un superamento.

File riservato ad esclusivo fine di studio

9. La legalità è qui, adesso. Dobbiamo brandire ogni arma lecita per reclamare che la tutela giurisdizionale sia elargita con immediatezza. Si tratta di una aspirazione che va replicata in ogni categoria di diritti ma nei conflitti di impresa dove una effettiva seconda *chance* è di disagevole attuazione, il tempo è quella variabile irrinunciabile che un serio ordinamento giuridico dovrebbe porre al centro del suo programma.

Spendiamo, allora, tutte le risorse per dare risposte rapide (ciò che non raramente accade) ma soprattutto per avere rapide decisioni sui controlli. Un ordinamento serio non può rinunciare alle impugnazioni, ma una volta che questa siano previste l'effettività temporale del controllo deve essere tale da poter offrire alla parte una piena reintegrazione del diritto leso dalla decisione (fisiologicamente) errata.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Carlo Sotis

Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco[*]

Sommario: 1. Premessa: l'idea di Giudice penale come campo di tensione essenziale della vicenda. – 2. «Metafore», «strumenti» e «grandissime opportunità». Un po' di antropologia dell'Unione europea. – 3. L'adeguatezza. – 4. Il giudizio di adeguatezza. – 5. Il «limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale» come controlimite. – 6. Chiusa. Legge e Giudice.

1. Premessa: l'idea di Giudice penale come campo di tensione essenziale della vicenda

Tra le tante questioni[1] che la vicenda Taricco fomenta queste pagine vogliono riflettere su quella dei poteri del giudice. Il punto in discussione è noto: per la

[*]Questo scritto costituisce la versione che è stata presentata ad un successivo convegno all'Università degli Studi di Milano il 15 aprile 2016 organizzato da Marilisa D'Amico e Irene Pellizzone. Tuttavia esso «nasce» a Padova, all'incontro di studio «Legge giudice economia» del 30 ottobre 2015, organizzato da Riccardo Borsari. Il testo presentato per l'incontro patavino fu poi ampliato e riveduto per giungere in quello che segue. Per evitare di pubblicare due versioni differenti di un lavoro sul medesimo tema ho ritenuto, con il consenso degli organizzatori di entrambi i convegni, che ringrazio per la disponibilità, di pubblicare qui la versione definitiva.

[1] La Taricco, come tutte le vicende importanti presenta numerosi spunti di riflessione. Ad esempio, la natura sostanziale piuttosto che processuale della prescrizione, il campo di applicazione della retroattività *in mitius*, le competenze penali dell'Unione e quelle normative della Corte di giustizia, in particolare tra effetti espansivi e effetti riduttivi del penalmente rilevante, la dottrina dell'effetto diretto tra norme primarie e secondarie del diritto dell'Unione europea, i rapporti tra

File riservato ad esclusivo fine di studio

Corte di giustizia[2] il giudice ordinario è chiamato lui a disapplicare direttamente, a seguito di una valutazione di adeguatezza, la disciplina generale in tema di interruzione della prescrizione; per la grande maggioranza della dottrina[3] questa possibilità per «limiti inerenti alla natura dell'attività giurisdizionale»[4] è preclusa al giudice.

Quello che è mia intenzione argomentare è che sono questi limiti che incontra il giudice penale a costituire il controlimite.

Per farlo mi è necessario fare un giro largo, partendo da un *excursus,* per poi

Corte di giustizia e diritto penale, la legalità penale tra vincoli costituzionali e sovranazionali. E l'elenco potrebbe continuare a lungo.

[2] Si riportano qui per intero i paragrafi 47 e 49 della sentenza Corte di giustizia, 8 settembre 2015, C-105/14 *Taricco e altri.* Sono questi due paragrafi quelli in cui la Corte di giustizia assegna al giudice penale doveri e poteri costituzionalmente critici ed in fondo è su questi due paragrafi che si concentra questo contributo: «47 Qualora il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in *un numero considerevole di casi*, l'impunità penale a fronte di *fatti costitutivi di una frode grave*, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva, si dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive, il che sarebbe in contrasto con l'articolo 325, paragrafo 1, TFUE, con l'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE»; «49 Qualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi non soddisfano gli obblighi del diritto dell'Unione relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure di lotta contro le frodi all'IVA, detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione *disapplicando*, all'occorrenza, tali disposizioni e neutralizzando quindi la conseguenza rilevata al punto 46 della presente sentenza, *senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale* (v., in tal senso, sentenze *Berlusconi e a.*, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, EU:C:2005:270, punto 72 e giurisprudenza ivi citata, nonché *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21, punto 51 e giurisprudenza ivi citata)». (corsivi aggiunti).

[3] Sono moltissimi i contributi sulla Taricco. Faccio qui riferimento solo a quelli che a mio avviso segnalano più chiaramente come – per dirla con Vittorio Manes – il «cuore della sentenza» stia nell'idea di giudice che si ha a mente e, quindi, in quanto affermato dalla Corte di giustizia nei paragrafi 47 e 49 appena citati, v. L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, *passim*; E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, p. 5 ss.; V. Manes, *La svolta Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, p. 9 e p. 15 ss.; S. Manacorda, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco,* in corso di stampa, in *Atti del convegno: "I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali", Università di Ferrara, 7-8 aprile 2016.* Peraltro, e lo dico iperbolicamente, anche Francesco Viganò, che è tra gli autori meno critici della sentenza Taricco, segnala come i giudici di Lussemburgo non abbiano riflettuto a sufficienza sui limiti istruttori del giudice penale italiano cfr. F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco* in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, p. 33.

[4] Così, testualmente Lupo, *La* primauté *del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, cit., p. 6.

File riservato ad esclusivo fine di studio

riflettere sulle specificità del giudizio di adeguatezza e, infine, andare a valutare se e dove vi sia un contrasto tra il *dictum* della sentenza Taricco ed «i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana»[5], cioè, per l'appunto, i «controlimiti».

Individuare il giudice penale ed i suoi poteri come punto essenziale della vicenda non esime però dal chiarire il rapporto tra prescrizione e legalità penale[6].

In proposito io non credo si possa mettere da parte il dato incontrovertibile che le scelte sulla prescrizione siano scelte sulla punibilità[7]. Sia quelle sulla definizione del tempo necessario a prescrivere, sia quelle sulla disciplina sull'interruzione e sulla sospensione[8]. Sono tutte, infatti, opzioni sul «se punire». Di conseguenza sono scelte con cui si esercita lo *ius puniendi. Ergo,* quello della prescrizione è un campo di disciplina governato dal principio di legalità-riserva di legge stabilito nell'art. 25, co. 2, Cost. Non importa che l'ordinamento non attribuisca una garanzia di ragionevole prevedibilità a questa disciplina. Non tutto ciò che costituisce esercizio dello *ius puniendi* deve, per ciò solo, essere ragionevolmente prevedibile; in questo, in fondo sta la differenza tra la legalità penale costituzionale e quella convenzionale. Ciò detto andiamo oltre.

2. «Metafore», «strumenti» e «grandissime opportunità». Un po' di antropologia dell'Unione europea

La Taricco sembra una «tempesta perfetta»[9]. Una vicenda di enorme porta-

[5] Così testualmente Corte costituzionale punto 9 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 183/73 e punto 7 del *Considerato in diritto* sentenza n. 170/84.

[6] *Caveat*: Lupo (cit., p. 6) afferma come dalla natura sostanziale o processuale della prescrizione non dipenda il problema dei limiti che incontra il giudice penale nella sua possibilità di disapplicare una normativa generale sulla base di un giudizio di adeguatezza. Non sembrerebbe quindi necessario sciogliere il nodo dei rapporti tra art. 25, co. 2, Cost. e disciplina della prescrizione per affermare che in ogni caso il giudice non può svolgere questa attività incontrando in ogni caso il limite segnato dall'art. 101 Cost. Il rilievo di Lupo è pregevole, in particolare perchè mette sotto i riflettori segnatamente che il problema in Taricco sono le funzioni (ed i limiti) del giudice, prima ancora ed (in una certa misura) indipendentemente dalla specifica riserva stabilita nell'art. 25, co. 2, Cost. Tuttavia riserva di legge penale, limiti del giudice e controlimiti sono tre profili intrecciati, poiché è la riserva di legge stabilita nell'art. 25, co. 2, Cost. che si afferma essere un controlimite. Nel quadro del discorso che sta a me a cuore affrontare in queste pagine resta quindi importante chiarire i rapporti tra disciplina della prescrizione e riserva di legge penale stabilita all'art. 25, co. 2, Cost. Affermare che la prescrizione è coperta dal 25, co. 2, Cost. impone infatti di comprendere, se la violazione della riserva di legge penale si traduca automaticamente in una violazione dei controlimiti.

[7] Chiarissimo sul punto D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, n. 1, 2015, p. 20 ss.

[8] In questo senso v. le convincenti argomentazioni di V. Maiello, *Prove di resilienza del* nullum crimen*: Taricco* versus *controlimiti* in *Cass. pen.*, n. 2, 2016, p. 1258.

[9] Celeberrima metafora che trae origine dall'appassionate libro di Sebastian Junger dall'omonimo

File riservato ad esclusivo fine di studio

ta, impensabile prima che si realizzi e che si è potuta realizzare solo perchè si sono avverate una serie di condizioni.

Conviene indugiare su queste condizioni perchè esse fanno emergere un punto che mi sta particolarmente a cuore mettere in evidenza e che riprenderò in chiusura.

a) La *prima condizione* l'ha posta il GUP di Cuneo, che con la sua ordinanza dimostra abilità e notevole capacità comunicativa. Ha infatti ben compreso come «pensa la Corte di giustizia»[10].

L'ordinanza con cui ha rinviato pregiudizialmente alla Corte di giustizia contiene un passo particolarmente significativo in tale senso. Scrive il giudice di Cuneo al termine del suo atto di accusa della disciplina italiana della prescrizione:

«La Corte di Giustizia gode di una *grandissima opportunità*: quella di attuare una svolta epocale in vista di un'applicazione sempre più efficace del diritto dell'Unione.

D'altro canto, trascurare gli effetti di quel breve comma del codice penale equivarrebbe a trascurare la famigerata piccola crepa che fece crollare la diga gigantesca»[11].

La «grandissima opportunità» per il giudice di Cuneo ovviamente è quella di mettere al bando l'odiata norma sulla prescrizione. Non so se anche per la Corte di giustizia sia proprio questa la «grandissima opportunità», però è probabile che sia d'accordo con il GUP di Cuneo sul fatto che questa vicenda sia *una* «grandissima opportunità». Cioè l'occasione per affermare e «portare a casa» qualche cosa che anche lei ha a cuore.

Altrimenti non si capisce perchè la Corte di giustizia (con il determinante contributo dell'Avvocato generale) si sia data così tanto da fare per rendere giustiziabile la questione[12].

b) L'abilità del Giudice di Cuneo da sola non basta quindi, oltre che abile è stato anche fortunato. I parametri invocati dal GUP di Cuneo sono stati prima riformulati dall'Avvocato generale e poi ulteriormente modificati dalla Corte di

titolo.

[10] L'evocazione è al libro, a mio avviso fondamentale, di J. Bengoetxea, *The legal reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford 1993.

[11] Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, GUP Boetti in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di F. Rossi dal Pozzo, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?*, p. 28. Corsivo aggiunto.

[12] Cfr. C. Amalfitano, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in www.*sidiblog.org*, 15 settembre 2015. In questo primo commento a caldo l'autrice segnala infatti come la questione corra su più profili sul filo dell'inammissibilità. Sul punto v. ora ampiamente D. Vozza, *Prescrizione e gravi frodi IVA: "disapplicare per punire"?*, in corso di pubblicazione in *Atti del convegno dei giovani dell'AIDP sezione italiana «Ricchezza illecita ed evasione fiscale»*, Roma, 20 novembre 2015, Univesità Luiss, p. 10 del dattiloscritto.

File riservato ad esclusivo fine di studio

giustizia, che ha calato quell'autentico asso di briscola costituito dall'art. 325 TFUE. La disposizione a tutela degli interessi finanziari. Ecco la seconda condizione della «tempesta perfetta».

L'art. 325 TFUE è un asso di briscola perchè la storia del diritto penale europeo ci insegna che quando l'Unione Europea iscrive una vicenda alla tutela degli interessi finanziari è iperlegittimata, di gran lunga più che in ogni altro settore, a proporre strade nuove.

Quando ho cercato di comprendere il tema della tutela degli interessi finanziari[13] mi ero chiesto perchè proprio su questo bene giuridico si registri un particolare interventismo[14], si sperimentino le soluzioni più innovative e si assista alla sovrabbondanza e all'elaborazione degli strumenti di tutela più avanzati di cui dispone l'Unione. Ad esempio in tema di interessi finanziari noi abbiamo: 1) la sentenza sul mais greco del 1988 e la nascita del principio di assimilazione; 2) una competenza penale amministrativa diretta con penetranti poteri ispettivi direttamente in capo alla Comunità[15]; 3) la prima convenzione di terzo pilastro (c.d. Convenzione PIF[16]), in cui, oltretutto, emerge un rovesciamento assiologico, secondo cui la corruzione costituisce un reato ostacolo alla frode; 4) il *Corpus juris*[17], cioè il più avanzato strumento che sia stato pensato e che tanto ha fatto discutere in anni non più recenti; 5) da ultimo l'art. 86 TFUE che prevede espressamente per la sola tutela degli interessi finanziari la possibilità di istituire una Procura europea.

La risposta a questa centralità degli interessi finanziari me l'aveva offerta l'osservazione di quella che mi è sembrata essere un'autentica costante politico criminale. Segnatamente che il settore su cui qualunque organizzazione è maggiormente legittimata ad intervenire è quello delle aggressioni alla propria esistenza, su cui mette in campo tutte le energie sanzionatorie e repressive di cui dispone. L'assunto su cui si fonda la costante è ovvio: se un'organizzazione è legittimata ad esistere è al contempo legittimata a difendere la propria esistenza.

[13] C. Sotis, *Il diritto senza codice*, Giuffrè, Milano 2007, p. 76 ss.

[14] Le peculiarità degli interessi finanziari sono richiamate anche da Manacorda, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale*, cit., p. 5.

[15] Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995, relativo alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee e Regolamento (Euratom, CE) n. 2185/96 del Consiglio dell'11 novembre 1996, relativo ai controlli e alle verifiche sul posto effettuati dalla Commissione ai fini della tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee contro le frodi e altre irregolarità.

[16] Convenzione stabilita sulla base dell'articolo K3 del Trattato sull'Unione europea, relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee. Anche in appendice alla legge di autorizzazione alla ratifica n. 300 del 29 settembre 2000.

[17] Per la prima versione v. G. Grasso (a cura di), *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea,* Giuffrè, Milano 1997, per la seconda M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele (a cura di), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Anversa-Groningen-Oxford, 2000 e 2001 (4 volumi).

File riservato ad esclusivo fine di studio

Ecco il punto. Per l'Unione Europea gli interessi finanziari sono vitali. Proteggendo questi essa protegge se stessa. Sono il presupposto della sua esistenza e per una unità funzionale come l'Unione Europea per questo i delitti contro gli interessi finanziari prendono il posto nella scala gerarchica che nell'*ancien régime* spetta al regicidio, nelle comunità tradizionali all'attacco esogeno al villaggio, e nel codice penale fascista ai delitti contro la personalità dello Stato. Secondo la gerarchia dell'Unione questi sono un'aggressione gravissima, su cui legittimazione ad intervenire e legittimazione ad esistere si confondono.

Per questo l'art. 325 TFUE è la base giuridica (come usa dire la Corte di giustizia) con cui è possibile fare ciò che sarebbe impensabile fare con altre norme. L'asso di briscola con cui «cogliere opportunità», «attuare svolte», fare «passi avanti».

Queste due condizioni però non bastano, ce ne vuole una terza che ci spieghi perchè la questione è stata riqualificata dalla Corte di giustizia. Detto altrimenti perchè la Corte di giustizia ha voluto «calare l'asso», riqualificarla in quel modo e renderla giustiziabile.

La terza condizione della «tempesta perfetta» è che la vicenda Taricco si incastra perfettamente con un autentico mito fondatore dell'integrazione europea.

Nella logica dei piccoli passi che informa l'integrazione europea sin dalla dichiarazione Shumann ogni passo assume un significato più ampio, che trascende lo specifico *thema decidendum*. Questo si collega[18] a quel mito fondatore dell'integrazione europea, così bene spiegato da *Joseph Weiler*[19], che analizza questo fenomeno osservando l'evoluzione europea negli anni '60 e '70 del secolo scorso. *Weiler* segnala come per le Comunità Europee tale periodo sia stato, al tempo stesso, contrassegnato da una profonda *stasi politica* e da essenziali *progressi giuridici*.

Dal punto di vista *giuridico* questa fase è nota come il periodo «eroico» della storia dell'integrazione comunitaria[20]. In questo periodo sono state emesse le grandi decisioni della Corte di giustizia su cui poggia tutta l'architettura giuridico-istituzionale europea e che fondano la capacità di penetrazione del diritto comunitario, note anche come «processo di costituzionalizzazione dei Trattati»[21]. Il principio di supremazia del diritto comunitario sul diritto naziona-

[18] Sul legame tra metodo funzionalista dei «piccoli passi» ed il mito fondatore qui evocato non mi dilungo. Volendo, per una spiegazione del legame rinvio al mio Sotis, *Il diritto senza codice*, cit., p. 4 ss.

[19] J.H.H. Weiler, *La trasformazione dell'Europa*, in Id., *La Costituzione* dell'Europa, Il Mulino, Bologna 2003, p. 63 ss.

[20] Weiler, cit., p. 72.

[21] Sul processo di costituzionalizzazione dei Trattati in una imponente letteratura v. A. Alì, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario,* Giappichelli, Torino 2005, p. 41 ss., J.H.H. Weiler,

File riservato ad esclusivo fine di studio

le, il criterio dell'effetto diretto, l'ingresso dei diritti fondamentali in posizione di supremazia e la dottrina dei poteri impliciti vedono tutte la luce tra il 1963 e il 1969, alimentandosi a vicenda[22].

Dal punto di vista *politico* lo stesso periodo è etichettato invece come il periodo «difficile», «buio» della storia dell'integrazione comunitaria[23]. Questa fase è contrassegnata dal Compromesso del Lussemburgo[24], stipulato definitivamente il 29 gennaio 1966, con cui ogni Stato membro aveva diritto di veto in ogni proposta legislativa comunitaria e che segnò l'inizio di una stasi politica («*L'Europe des Etats*» nella definizione di de Gaulle), che si risolse solo venti anni dopo.

Secondo *Joseph Weiler*[25] «stasi politica» e «eroismo giudiziario» sono collegati. A fronte di un'obiettiva difficoltà di avanzamento sul piano politico del processo di integrazione, tale processo fu «guidato dagli organi giudiziari, e dunque aveva assunto quella legittimità profonda che deriva dalla mitica imparzialità e autorità quasi sacrale che solitamente si attribuisce alle corti supreme»[26]. Insomma: si aggrega consenso mediante l'attività giuridica comunitaria, e in seguito il consenso così conquistato legittimerà anche l'attività politica comunitaria, invertendo alla radice il rapporto tra consenso politico e azione giuridica su cui sono modellati gli Stati nazionali (e la legittimazione nell'uso dello *Ius puniendi*).

Il punto importante da sottolineare è che anche il diritto penale è coinvolto in questo fenomeno della propulsione giuridica che surroga le difficoltà di avanzamento politico. Come possiamo constatare nel 2005 in cui abbiamo assistito,

Federalismo e costituzionalismo: il Sonderweg *europeo* in Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 511 ss.

[22] Si tratta rispettivamente delle sentenze 5 febbraio 1963, causa 26/62 *Van Gend & Loos* (effetto diretto), 15 luglio 1964, causa 6/64 *Costa* (prevalenza e immediata applicabilità); delle sentenze 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder* e sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelgesellschaft* (diritti fondamentali), sulla dottrina dei poteri impliciti il *leading case*, come abbiamo già visto, è la causa C-22/70 del 31 marzo 1971, *Commissione v. Consiglio delle Comunità europee* (*affaire* AETS). Queste sentenze sono tra loro strettamente interconnesse: la penetrazione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali infatti ha avuto luogo da una parte attribuendo una particolare efficacia a queste norme, dall'altra subordinando questa efficacia al loro rispetto dei diritti fondamentali.

[23] I manuali di storia dell'integrazione *politica* europea descrivono appunto questo periodo in termini di «anni difficili», «periodo di crisi e di blocco»: cfr. B. Olivi, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea, 1948-2000*, Il Mulino, Bologna 2001, p. 87 ss. e p. 133 ss.; G. Mammarella, P. Cacace, *Storia e politica dell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 103 ss., p. 157 ss.; M. Maggiorani, *La sfida dell'Unione. Storia economia e culture dell'Europa unita*, Minerva Edizioni, Bologna 2004, p. 98 ss.

[24] Sul compromesso del Lussemburgo v. Olivi, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea, 1948-2000,* cit., p. 102 ss.

[25] Weiler, *La trasformazione dell'Europa*, cit., p. 65 ss.

[26] Così ancora Weiler, cit., p. 73.

File riservato ad esclusivo fine di studio

proprio in campo penale, ad una rievocazione del mito fondatore.

Come forse si ricorda, a metà maggio del 2005 sette Paesi avevano ratificato il «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa». Tuttavia, il 29 maggio in Francia e il 1° giugno in Olanda, l'autorizzazione alla ratifica veniva respinta con *referendum* popolare e si bloccava quindi tutta la procedura di avanzamento. Ecco allora che interviene il mito, con l'inversione tra momento tecnico e momento politico: il 16 giugno 2005 la Corte di giustizia – cioè, *due settimane dopo la bocciatura referendaria* – deposita la sentenza *Pupino*[27], in cui viene affermato che l'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario discende anche dalle norme di c.d. «terzo pilastro», con la conseguenza che la distanza in punto di efficacia tra gli atti di diritto comunitario e gli atti di terzo pilastro viene drasticamente ridotta. Poco dopo, il 13 settembre 2005, la Corte di giustizia emette un'altra decisione capitale in campo criminale, la sentenza *Commissione c. Consiglio*[28], in cui viene affermato che è possibile prevedere obblighi comunitari di tutela penale, cioè con norme di diritto comunitario in senso stretto, le norme di c.d. «primo pilastro». La prima fondamentale conseguenza di questa decisione è che, chiedendo agli Stati membri di adottare sanzioni di natura penale, il diritto comunitario avoca a sé il giudizio di meritevolezza e di necessità di pena.

Il dato che risalta è che l'eliminazione della distinzione tra norme di primo e norme di terzo pilastro e l'attribuzione di una competenza comunitaria a svolgere il giudizio di necessità di pena – cioè il succo di queste due decisioni rese dalla Corte di giustizia – erano tra le più qualificanti novità previste in materia penale criminale nel «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa» – cioè quello che era stato appena bocciato per via politica –. E che poi sono state puntualmente recuperate nel Trattato di Lisbona, oggi in vigore.

Anche la sentenza Taricco sembra ispirata dal mito fondatore dell'eroismo giudiziario che interviene in soccorso di stasi politiche. Dal punto di vista dell'Unione europea la sentenza Taricco in fondo è una decisione che si qualifica perchè approfondisce l'assunto[29], affermato la prima volta nel 2011[30] e poi nella sentenza *Fransson*[31], secondo cui la disciplina dell'IVA è materia collegata

[27] Corte di giustizia C-105/03 del 16 giugno 2005, *Pupino*.
[28] Corte di giustizia C-176/03 del 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*.
[29] Così il paragrafo 38 della sentenza Taricco: «La Corte ha in proposito sottolineato che, poiché le risorse proprie dell'Unione comprendono in particolare, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera *b*), della decisione 2007/436, le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione, sussiste quindi un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde (v. sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26)».
[30] Corte di giustizia, sentenza del 15 novembre 2011, *Commissione/Germania*, C 539/09, punto 72.
[31] Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013 Fransson, C-617/10, punto 26 (citato nella

File riservato ad esclusivo fine di studio

alle risorse proprie. In altre parole è una decisione che afferma che le discipline fiscali di riscossione dell'IVA sono valutabili con lo strumento di valutazione della tutela delle risorse proprie, cioè l'asso di briscola del 325 TFUE.

E ricordiamo che la politica fiscale è l'attuale frutto proibito (o ultima spiaggia, se si preferisce) dell'Unione europea, che ritiene possa uscire dalla crisi solo perseguendo la c.d. *fiscal union*[32], segnatamente aumentando le sue possibilità di porre vincoli alle politiche fiscali nazionali.

A mio avviso quindi la «grandissima opportunità» che la Corte di giustizia ha visto nella vicenda Taricco è di far fare un passo avanti alla *fiscal union* con una sentenza dal significato ben diverso dello specifico *thema decidendum*. Una sentenza importante per il futuro dell'integrazione europea.

Insomma, la vicenda Taricco sembra caratterizzarsi come una sentenza che costituisca una «grandissima opportunità», una vicenda che assume ben altro e più generale significato rispetto allo specifico *thema decidendum*. Una vicenda che sembra un'occasione per cogliere ognuno il suo frutto proibito. Per alcuni abbattere la disciplina sulla prescrizione, Per altri approfondire i margini di valutazione dell'Unione sulle politiche fiscali nazionali.

«*Grandissima opportunità*», «*ben altro significato*», «*occasione*». Segniamocele queste parole. Ci torneranno utili in chiusura.

3. L'adeguatezza

Torniamo al *thema decidendum* della Taricco. Cioè se la disciplina contenuta nell'art. 161 c.p. sia inadeguata a tutelare le risorse proprie. Il parametro europeo è il vincolo di tutela adeguata delle risorse proprie. L'IVA, come abbiamo appena detto, serve, in parte, a finanziare le risorse proprie e gli strumenti di tutela dell'IVA sono qualificabili e, di conseguenza, valutabili, come strumenti di tutela delle risorse proprie dell'Unione.

Taricco pubblicata in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di D. Vozza, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, 15 aprile 2013).

[32] Chiarissimo sul ruolo attribuito all'orizzonte dell'Unione fiscale il c.d. «rapporto dei cinque presidenti» (in particolare il punto 4 del rapporto): «*Completing Europe's Economic and Monetary Union Completing Europe's Economic and Monetary Union, Report by the President of the European Commission in close collaboration with the President of the Euro Summit, the President of the Euro Group, the President of the European Central Bank and the President of European Parliament*», pubblicato a metà giugno 2015 e consultabile (qui il link alla versione in italiano) all'URL <http://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_it.pdf>, e E. Chiti, *In the Aftermath of the Crisis – The EU Administrative System Between Impediments and Momentum* in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, n. 17, p. 330.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Ora, leggendo la già citata ordinanza del GUP di Cuneo[33] si vede come il giudice nazionale pone come *demostratum* della vicenda, e *non come demonstrandum,* che quelle norme (la disciplina dell'interruzione dei termini di prescrizione) siano inadeguate e che siano proprio esse le responsabili dell'ineffettività del sistema.

In altre parole il giudice nazionale rinvia pregiudizialmente alla Corte di giustizia *avendo già stabilito lui* che quelle norme sono inadeguate.

Il punto è essenziale perchè evoca una questione cruciale nel sistema della separazione dei poteri tra giudice, giudice della legge, legislatore nazionale e organismi sovranazionali. Segnatamente: chi deve svolgere questo giudizio di adeguatezza? Quale è la norma su cui imputare le cause dell'ineffettività? Quale è il grado di effettività sufficiente di un impianto sanzionatorio? Chi può e deve dire tutto questo?

Allora, l'enormità della vicenda Taricco si vede bene se la si osserva ricollocandola nella linea di decisioni *in malam partem* su cui è stata chiamata a pronunciarsi la Corte di giustizia[34]. Debbo poi confessare che per me è una tentazione irresistibile un'operazione del genere avendo per un verso avuto il privilegio di avere riflettuto da subito sulla vicenda che più di tutte ha fomentato il dibattito sulle decisioni comunitarie *in malam partem,* cioè la questione della c.d. legittimità comunitaria del falso in bilancio[35]*,* e per altro verso dedicato più di un lustro alla redazione di una monografia in cui ho tentato di offrire una coerenza di sistema a quelle pronunce e di riflettere sulle caratteristiche dello standard di adeguatezza e, di conseguenza, su possibilità e limiti della sua giustiziabilità[36].

Perchè se ricollochiamo il punto nella linea, proprio in relazione a chi deve fare il giudizio di adeguatezza, ci si accorge di un'evoluzione, anzi di una rivoluzione, a mio avviso significativa, dal punto di vista culturale, prima ancora che normativa.

Le sentenze della Corte di giustizia *in malam partem* sono fondamentalmente quattro: *Tombesi*[37], *Niselli*[38], *Berlusconi*[39] e *Taricco*.

[33] Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, GUP Boetti pubbl. in *www.penalecontemporaneo.it* con nota di Rossi dal Pozzo, cit.

[34] Analoga operazione è effettuata da Manacorda, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale*, cit., p. 9 ss. Questo stesso autore segnala poi (*ibidem* p. 17) acutamente come le sentenze *in malam partem* della Corte di giustizia siano fondamentalmente tutte generate da questioni italiane.

[35] Faccio riferimento a quel mio saggio in cui ho ipotizzato la questione su cui si è poi pronunciata la Corte di giustizia, che più per demeriti del legislatore che per meriti miei tanta fortuna ha avuto: C. Sotis, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.

[36] Sotis, *Il diritto senza codice*, cit., in particolare p. 136 ss. e p. 315 ss.

[37] Corte di giustizia, sentenza del 25 giugno 1997, *Tombesi e altri*, C-304/94.

[38] Corte di giustizia, sentenza dell'11 novembre 2004, *Niselli*, C-457/02.

[39] Corte di giustizia (grande sezione), sentenza del 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, C-387/02.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Tombesi e *Niselli* sono diverse proprio per quanto riguarda la natura della norma europea interferente e possiamo quindi metterle da parte[40]. Nella sentenza *Berlusconi*[41], che aveva ad oggetto la «legittimità comunitaria» delle nuove norme sul falso in bilancio introdotte con la riforma del 2002, la norma parametro comunitaria non era una regola, ma uno *standard*. Segnatamente l'obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni *adeguate* alle offese alla veridicità e compiutezza delle informazioni societarie.

L'adeguatezza, lo stesso *standard* di *Taricco*.

Tuttavia nel caso *Berlusconi* l'inadeguatezza era il *demonstrandum* e non il *demostratum* di quel rinvio. Il retropensierio evidente dei giudici remittenti del caso *Berlusconi* era di procedere con un doppio rinvio: prima alla Corte di giustizia e poi, in caso di accoglimento, alla Corte costituzionale.

Insomma, nessuno dei tre giudici remittenti dei procedimenti *riuniti Berlusconi, Adelchi e Dell'Utri* si era minimamente sognato di potere giudicare lui l'adeguatezza. Era fuori dall'orizzonte di senso, del legittimamente pensabile che un singolo giudice ordinario potesse svolgere autonomamente un giudizio di adeguatezza di una norma in via pregiudiziale (come ha invece fatto il GUP di Cuneo) o successivamente ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Il grande dubbio di quel caso era se ed in che misura il giudizio di adeguatezza fosse effettuabile dalla Corte di giustizia e se ed in che misura dalla Corte costituzionale. *Tertium non datur*.

In dieci anni esatti invece, dal punto di vista del tempo dell'evoluzione culturale un battito di ciglia, è diventato pensabile, vincente, legittimo, ciò che era, prima ancora che aberrante, addirittura impensabile dieci anni fa. Cioè, giova ripeterlo, che un giudice ordinario giudichi l'adeguatezza di una norma che incide sulla punibilità[42]. Una norma, si badi, oltretutto e al contrario di quella del

[40] *Tombesi* e *Niselli* vertono su questioni di diritto penale ambientale relative alla definizione di rifiuti, in discontinuità tra la normativa comunitaria e quella nazionale. Su queste due sentenze la Corte di giustizia affermò la disapplicazione. Queste due sentenze tuttavia, oltre ad altre peculiarità riguardavano l'interferenza tra una *regola* comunitaria e una norma penale nazionale di favore (uso la terminologia in uso tra i costituzionalisti). Per un'analisi approfondita delle differenze con la sentenza Berlsuconi rinvio al mio Sotis, *Il diritto senza codice*, cit., p. 136 ss.

[41] In quella vicenda come noto la Corte di giustizia, in disaccordo con le conclusione dell'avvocato generale, (Julienne Kokott lo stesso del caso Taricco e del caso Niselli) concluse, con una sentenza sibillina, per la negativa, negando la diretta applicabilità delle norme comunitarie (e quindi contestualmente negando che potessero, dal suo punto di vista essere direttamente disapplicate le norme nazionali successive e più favorevoli). In Taricco la Corte di giustizia sostiene il contrario (cfr. il par. 49 della sentenza Taricco già citato alla nota 1). La ragione su cui la Corte di Giustizia fonda la differenza è ormai ben nota. In entrambi i casi, pur per ragioni differenti non vi è un problema di ragionevole prevedibilità, ma solo in Taricco si può affermare la diretta disapplicabilità in malam partem perché lo standard è contenuto in un atto primario (l'art. 325 TFUE è norma del Trattato) e non in uno secondario (nel caso Berlusconi l'obbligo di adeguatezza era contenuto in una direttiva).

[42] Un aneddoto. Più di dieci anni fa, assieme a Paolo Giorgi Rossi, un epidemiologo (oltre che

File riservato ad esclusivo fine di studio

caso Berlusconi, di parte generale, quindi una norma di sistema, in cui è ancora più delicato affermare che sia proprio la norma di sistema la causa dell'inadeguatezza nella tutela di una componente di *un* bene giuridico di una fattispecie.

4. Il giudizio di adeguatezza

Il punto lo conosciamo. Sono gli ormai famigerati par. 47 e 49 della sentenza Taricco[43], in cui si afferma che qualora il giudice ordinario accerti che in «un numero considerevole di casi» di «frodi gravi» il processo sia destinato a prescriversi allora dovrà direttamente disapplicare, senza attendere che intervenga il legislatore o rinviare alla Corte costituzionale.

Si badi bene che qui è in gioco (addirittura) qualcosa di più delle «solite» discussioni sull'emersione di un giudizio di legittimità diffuso (questione che si pone in relazione ad esempio alla diretta applicabilità dei principi sanciti dalla

un amico), stavo lavorando ad un saggio che cercasse di analizzare a quali stringenti condizioni fosse giustiziabile – da parte della Corte costituzionale e della Corte di giustizia – lo standard di adeguatezza. Ebbi occasione di parlarne in momenti separati sia con Domenico Pulitanò sia con Carlo Enrico Paliero. I due Maestri oggi coinvolti in questa giornata di studi. All'insaputa l'uno dell'altro, entrambi mi espressero la stessa critica sulla giustiziabilità dell'adeguatezza. Mi dissero che il nostro approccio era rigoroso, però che il serio rischio per come le proponevamo era che avrebbero avuto l'effetto di dare copertura teorica a pratiche inaccettabili. Avrebbero reso pensabile l'impensabile. E per convincermene mi fecero *tutti e due* l'esempio – iperbolico – della prescrizione, dicendomi più o meno così. «Si, si, tutto molto bello ed interessante, ma chi le/ti dice che un domani un giudice, dopo che si sia letto queste cose non gli venga in mente di affermare – ad esempio – che la disciplina della *prescrizione* è inadeguata? Dovete trovare un modo per evitare che questo avvenga, altrimenti questo lavoro finirebbe per ottenere l'effetto opposto a quello che vi proponete». Quell'articolo è rimasto nel cassetto.

[43] Il testo dei due paragrafi è riportato per intero in nota 1. Non voglio appesantire il discorso quindi ho deciso di mettere da parte i rilievi sul differente giudizio evocato dalla Corte di giustizia nel paragrafo 48 – sul c.d. *tertium comparationis* – e di dedicargli solo qualche accenno in questa nota. Sul punto in dottrina si registra una varietà di accenti e molti tendono a qualificare questo criterio come non problematico. Non sono d'accordo e faccio miei i rilievi di Vittorio Manes che ritengo pienamente condivisibili (Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione" di sistema*, cit., p. 9, nota 35). In dottrina si è sottolineato il carattere non problematico di questo criterio forse perchè sembra evocare un giudizio di razionalità formale, e quindi assai più percorribile di uno di adeguatezza. Vero, però, anche se i problemi che questo tipo di giudizio evoca sono meno macroscopici di quelli fomentati dal giudizio di adeguatezza che dovrebbe effettuare il giudice non si può certo dire che nei termini in cui la Corte di giustizia impone di effettuarlo questo non sia un giudizio così problematico da renderlo impercorribile. Il *tertium* infatti permette di valutare la congruità dispositiva di una norma, comparandola con una norma di riferimento. Se tuttavia la norma da valutare è la ragionevolezza di una regola generale (il regime generale di interruzione della prescrizione) e il *tertium* è una norma eccezionale (il regime particolare di interruzione della prescrizione) lo schema triadico salta. Se il *tertium* è l'eccezione ad una regola irragionevole non si fa che introdurre una nuova eccezione ad un sistema irragionevole, cioè l'antitesi di ciò che lo schema triadico intenderebbe – si badi «a rime obbligate» – raggiungere. Il risultato infatti è che ogni estensione dell'eccezione comporterebbe nuove estensioni dell'eccezione fino al completo svuotamento della regola generale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Carta di Nizza), perchè qui il parametro non è né una regola, né un principio.

Il parametro è un *canone di razionalità materiale; è uno standard*. Per valutare la conformità ad un parametro del genere ad essere totalmente rimessi nelle mani del decisore sono: la *base*, *l'oggetto*, il *metro*, la *misura*, lo *scopo* e il *metodo* del giudizio. In altre parole per svolgere un siffatto giudizio in tema di tutela degli interessi finanziari occorre:

- *scegliere* la *base*, cioè che l'inadeguatezza dipenda dal soddisfacimento della pretesa punitiva, piuttosto che da quello della pretesa erariale;
- *scegliere* l'*oggetto*, cioè che l'inadeguatezza dipenda proprio da quella specifica norma (l'art. 161 c.p.) e non da un'altra (esempio provocatorio: perchè non dall'art. 112 Cost.?) e che sia isolabile il peso specifico che quella norma svolge nel sistema;
- *scegliere* la *misura*, cioè che l'inadeguatezza derivi proprio da determinati indici (il numero di condanne? E per quali reati? Il numero di denunce? E per quali reati? Il numero di transazioni? E per quali illeciti? Il numero di soldi recuperati? E per quali mancati versamenti?);
- *scegliere* il *metro*, cioè che l'inadeguatezza derivi da una determinata reazione istituzionale (le condanne penali? Le denunce penali? Le archiviazioni? Gli accertamenti tributari? Le composizioni negoziali? Le condanne davanti alle commissioni tributarie? Le amnistie e gli indulti?);
- *scegliere* lo *scopo* da raggiungere e quindi le priorità (quanti soldi recuperati? Quale diminuzione di infrazioni si vuole raggiungere, quanta funzionalità nell'accertamento di altri fatti si è disposti a sacrificare?);
- *scegliere* il *metodo*[44] di misurazione dell'adeguatezza, che è una misurazione

[44] Su ognuno di questi punti ci si potrebbe dilungare. Aggiungo sul solo profilo del metodo che l'adeguatezza è uno *standard* e come spiega Michele Taruffo (Id., *La giustificazione delle decisioni basate su* standards, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino 1989, p. 311 ss.) questi per essere integrati richiedono sempre che si parta dal fatto. Gli standard sono, infatti, criteri normofattuali in cui fatto e diritto sono intrecciati tra loro. Il penalista lo sa bene. Pensiamo allo standard di *idoneità* dei modelli di organizzazione *ex* art. 6 d. lgs. n. 231/2001. Qui tuttavia lo standard è accertabile perchè assume la funzione di criterio di ascrizione della responsabilità. La sua natura normofattuale (come per la colpa generica) pone seri e noti problemi, ma non mette in crisi i poteri di cognizione del giudice ordinario poiché dall'accertamento/interpretazione dello standard non dipende la legittimità di una norma, ma pur sempre la responsabilità per un fatto. Un altro standard è la valutazione di incapacità stabilita nell'art. 17 dello statuto della CPI [«(...) a meno che tale Stato non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento»], anche qui i problemi sono molti e molto studiati, tuttavia qui lo standard è criterio di attribuzione di competenza e la CPI, il procuratore ed i loro poteri, di indagine e di intervento, sono stati immaginati attribuendo loro i poteri necessari a svolgere un siffatto giudizio, che è l'architrave del sistema CPI (cfr. E. Fronza, *Principio di complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno* in *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano 2006, p. 35 ss.). In Taricco invece lo standard di adeguatezza funge da parametro di legittimità. Il giudice ordinario dovrebbe dunque *accertare* (al di là di ogni ragionevole dubbio?) uno standard per effettuare un giudizio di illegittimità/inadeguatezza di

File riservato ad esclusivo fine di studio

necessariamente indiretta (quali indicatori *proxy* sono quindi ammissibili, quali i *biais* da tenere in conto).

Ora, la Corte di giustizia al par. 47 della sentenza Taricco afferma che lo standard di adeguatezza stabilito nell'art. 325 TFUE è violato qualora «dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue *in un numero considerevole di casi*, l'impunità penale a fronte di *fatti costitutivi di una frode grave*, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva»[45].

Va segnalato che varie tra le scelte che occorre effettuare per svolgere il giudizio di adeguatezza le ha effettivamente prese la Corte di giustizia. Ad esempio quelle sulla base («l'impunità»), sull'oggetto, (le «disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione» e i «fatti costitutivi di una frode grave») e sulla misura (il famigerato e sibillino «numero considerevole di casi»). Tutto questo apre un delicatissimo interrogativo, ovvero se la Corte di giustizia possa decidere lei base, oggetto e misura della valutazione di adeguatezza, o se invece questi restino di competenza degli Stati membri (compresa la Corte costituzionale). Come detto, nella logica della Corte di giustizia e del mito fondatore, questa sentenza era proprio l'occasione per affermare questa competenza. Per mia fortuna dare risposta a questo interrogativo è estraneo all'economia di questo lavoro. Non è infatti per me necessario in questa sede comprendere se, e fino a che punto, la Corte di giustizia abbia il dovere ed poteri in un rinvio pregiudiziale per indicare base[46], oggetto, metro, misura, scopo e metodo dell'adeguatezza.

Non mi è necessario perché quello che è evidente è che la «concretizzazione» (le virgolette ci vogliono) che la Corte di giustizia effettua dello standard, indipendentemente dalla questione se la possa effettuare, resta del tutto insufficiente per essere indirizzabile al giudice ordinario.

In primo luogo perchè la Corte nulla dice su metodo, scopo e metro dell'adeguatezza.

In secondo luogo perchè indica dei referenti, ma troppo indeterminati. L'impunità che vuol dire? Il numero di condanne? Il numero di pene effettivamente eseguite? Quali cause di non punibilità incidono negativamente sull'impunità e

una norma. Insomma, al di là di tutte le assurdità già viste si aggiunge anche quella di un giudice ordinario che dovrebbe accertare (e non interpretare) un parametro di legittimità delle norme.

[45] Par. 47 Sentenza Taricco, citato testualmente alla nota 1.

[46] Riflettere sulla possibilità di decidere sulla base da solo è un quesito da levare il sonno perchè evoca il problema di comprendere cosa spetta al diritto penale ed in che misura gli spetta (in questo caso la tutela degli interessi finanziari dipende dall'impunità). Per dirlo evocando le parole utilizzate da Luciano Eusebi nelle sue penetranti osservazioni vuol dire evocare degli obblighi di risultato in materia penale e affermare che dipenda dal penale cfr. Eusebi, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., p. 7.

File riservato ad esclusivo fine di studio

quali positivamente? Le transazioni e le collaborazioni volontarie incidono o no sull'impunità? E le sospensioni condizionali della pena?

«Numero considerevole di casi» è una misura vaghissima, una non-misura. Sappiamo che gli elementi di fattispecie di tipo descrittivo più impreciso sono quelli quantitativi non numerici[47] (ad esempio «piccolo», «grande», «ingente», «limitato», *etc.*). Considerevole non è nemmeno un aggettivo che evoca una quantità indeterminata, ma evoca una *qualità* indeterminata, come «significativo», «trascurabile», «apprezzabile». Però è un elemento qualitativo che vuole fissare una misura (quantitativa). La conseguenza è che questa misura è del tutto rimessa nelle mani dell'interprete, è assolutamente indeterminata e indeterminabile[48].

E a questo punto delle due l'una[49]: o il giudice ordinario afferma apoditticamente, che, «in un numero considerevole di casi», i processi per i fatti di frode grave si prescrivono in virtù di una «massima di esperienza» e questo è ovviamente inaccettabile[50], o il giudice ordinario nell'accertare questa misura ed in generale nello svolgere un siffatto giudizio, cioè nel decidere l'inadeguatezza di una norma dovrebbe necessariamente effettuare degli accertamenti in assoluto contrasto con i poteri (ed i doveri) che ha nel nostro sistema[51].

In definitiva ciò che è impensabile è che sia il giudice a svolgere questo giudizio di adeguatezza. Non ha proprio i poteri di svolgere un giudizio del genere. Come ha detto benissimo Ernesto Lupo «non può, per le sue caratteristiche

[47] G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano 2001, p. 135.

[48] E a pensarci bene la Corte di giustizia ha scelto consapevolmente una misura del tutto indeterminata, cioè una «misura che non misura». Per la banale ma essenziale ragione che non avendo indicato lo scopo non è poi pensabile indicare la misura. In altre parole per potere dare un numero, cioè 5, 30 o 70% di procedimenti conclusi per avvenuta prescrizione come misura dell'inadeguatezza occorre affermare quali sono gli obiettivi che si intendono raggiungere. Altrimenti è impensabile. Per questo la Corte si rifugia dietro una misura di creta molle come è quella «considerevole».

[49] *Tertium non datur*. La soluzione della Corte di appello di Milano (Corte d'appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto, con nota di F. Viganò, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "contro limiti"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 settembre 2015) di ritenere che il numero considerevole di casi sia integrato in caso di plurime frodi commesse all'interno di un unico procedimento è una impostazione aberrante con quanto richiede una valutazione di adeguatezza di una norma. In altre parole se l'adeguatezza dipende da quante volte sul totale dei procedimenti in cui si applica interviene una causa di estinzione del reato è del tutto fuori luogo chiedersi se in quel procedimento è intervenuta su uno piuttosto che su cento frodi. Quello che interessa – ovviamente – è il totale dei procedimenti.

[50] Similmente Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 33.

[51] Mi fa piacere registrare che sono ormai numerosissimi i commenti che si focalizzano su *questo* problema (cfr. per una selezione i contributi in nota 2). In questo convegno v. in particolare l'intervento di S. Bissaro, *Il nodo della prescrizione, problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un *limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale*»[52].

5. Il «limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale» come controlimite

Sottoscrivo in pieno questa affermazione di Ernesto Lupo. La sottoscrivo a tal punto che le ho dedicato il titolo di questo lavoro.

Rimarcare i limiti, affermare che una cosa «non si può fare» però lascia sempre un senso di incompiutezza. Il limite, l'impossibilità per loro natura sono argomenti che lasciano l'amaro in bocca e rischiano di fomentare questo retropensiero: «Beh, se i nostri giudici sono limitati facciamo in modo che non lo siano più. Leviamoli questi limiti, diamogli la possibilità di farlo, scusiamoli se ci provano, modernizziamoci. Eppoi, in fondo "ce lo chiede l'Europa"».

La non possibilità, da sola, non è mai il migliore argomento per convincerci che una cosa non vada fatta.

Allora, pur a rischio di sembrare pedante, voglio richiamare le nobilissime ragioni e le *scelte* su cui poggia questa impossibilità.

Il giudice penale non può effettuare un accertamento del genere per una precisa opzione costituzionale «a rime obbligate» con la scelta che informa tutta la Costituzione: l'umanesimo ed il divieto di strumentalizzazione della persona. Questa, per così dire, è la clausola essenziale del contratto sociale stipulato dalla nostra Costituzione[53]. Questa visione costituzionale comporta sul piano della giustizia penale che il monopolio nell'esercizio della violenza è legittimo a condizione che il protagonista del processo penale sia – e resti – l'imputato, come la Corte costituzionale ha ripetuto a più riprese[54].

Antonio Vallini lo ha acutamente segnalato in un suo recente intervento in tema[55]: qui ad essere in gioco è il personalismo del diritto penale. Quel divieto assoluto che la persona umana divenga strumento in un processo penale per rincorrere altri fini: «grandissime occasioni», «opportunità», «ben altri significati». Sia al GUP di Cuneo sia alla Corte di Giustizia non sembra importare un

[52] Lupo, *La* primauté *del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, cit., p. 6.

[53] Per i riferimenti e la ricostruzione del dibattito in assemblea costituente volendo v. C. Sotis, *Raison pratique et énantiosémie de la dignité humaine. La réalité du principe en Italie* in *La réalité du principe de la dignité humaine*, a cura di B. Feuillet-Liger, Bruyllant, Bruxelles 2016, p.189 ss.

[54] Si pensi ad esempio alla storica sentenza della Corte costituzione 364 del 1988: «direttive contenute nel sistema costituzionale vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata)» (così par. 8 del *Considerato in diritto*). Una sentenza – ironia della sorte – che fa chiarezza su uno dei punti chiave della vicenda Taricco, ovvero i rapporti tra legalità e colpevolezza proprio in punto di ragionevole prevedibilità in cui è affermato.

[55] A. Vallini, *La portata della sentenza della Corte di giustizia "Taricco"*, in corso di pubblicazione su *Criminalia*, 2015, p. 8 del dattiloscritto.

File riservato ad esclusivo fine di studio

granché del signor Taricco. Non è lui la cattiva coscienza del giudice. Per il primo il vero imputato è l'art. 161 c.p., per il secondo la politica fiscale nazionale; per entrambi questo processo un'occasione per processare questi altri imputati.

Ivo Taricco, Ezio Filippi, Isabella Leonetti, Nicola Spagnolo, Davide Salvoni, Flavio Spaccavento, Goranco Anakiev, cioè gli imputati «veri», – le *persone* – non sono più il fine di questo processo penale, sono il mezzo. Questo travisamento di fini è proprio ciò che la Costituzione ha voluto bandire ed è per questo che i giudici non possono fare i processi alle norme e quindi non ne hanno i poteri. La ragione, evidente è che *se alla sbarra ci finiscono le norme, gli imputati, cioè le persone umane, vengono messi da parte e da scopo divengono strumento*. Esito inaccettabile per la nostra Costituzione che costruisce un sistema di giustizia penale e di Stato ponendo al centro la persona umana e la sua dignità. Tutto il sistema è informato a questo principio. Pensiamo solo al giudizio di costituzionalità, anche qui non si può perdere il filo con il personalismo, come impone il requisito della rilevanza della questione come condizione di ammissibilità.

Allora, tirando le fila, io per quanto già detto, sono convinto che la disciplina della prescrizione abbia natura sostanziale, anche la disciplina dell'interruzione e della sospensione del tempo necessario a prescrivere. Quindi questa disciplina incontra tutte le garanzie poste dal principio di legalità sancito nell'art. 25, co. 2, Cost.

Tuttavia, se sono convintissimo di questo, ho però più di un dubbio che la violazione di questa componente della legalità comporti l'attivazione di un controlimite. Ricordo che i controlimiti sono definiti dalla Corte costituzionale come «i diritti inalienabili della persona umana ed i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale». E la legalità in quanto principio è qualcosa di *graduabile* ed è quindi ben possibile affermare che *vi sono violazioni più e meno gravi della legalità*. Ad esempio è più grave condannare qualcuno quando il termine di prescrizione è già maturato rispetto a condannare allungando un termine di prescrizione ancora non decorso, ed in linea generale è più grave quando alla violazione della legalità nella sua componente di riserva di legge si aggiunge la violazione della legalità come garanzia di ragionevole prevedibilità. Dubito quindi che la violazione di *questa* componente della legalità (la disciplina dell'interruzione della prescrizione in casi in cui non sia ancora maturata) comporti l'attivazione di un controlimite.

Di una cosa però sono certo. Pretendere che un giudice penale accerti/interpreti in un giudizio penale uno standard che assurge a parametro di legittimità di una norma, fissato nel numero considerevole di casi, con contestuale disapplicazione di una disciplina riservata alla legge e con effetto espansivo sulla punibilità non è qualcosa che stride «solo» con l'art. 25, co. 2, Cost. È qualcosa che contrasta frontalmente con (e vado per difetto) gli artt. 1, 2, 3, 13, 25, 27, 101,

File riservato ad esclusivo fine di studio

134 Cost. Cioè con una trama di principi fondamentali chiamati a garantire la scelta essenziale della nostra Costituzione: porre al centro la persona umana e quindi fare in modo che essa non possa mai essere strumentalizzata in un giudizio penale. Stride con il nucleo duro del volto costituzionale del diritto penale: il personalismo.

Qui insomma non è questione di capire se questa sentenza impatti con *un* principio costituzionale qualificabile come *un* diritto inalienabile della persona umana oppure come *un* principio fondamentale del nostro ordinamento. Qui è la centralità della persona umana ed il riconoscimento costituzionale dei suoi diritti inalienabili, principio fondamentale che informa tutti gli altri principi fondamentali della nostra Costituzione ad essere in discussione.

E se non è un controlimite il personalismo non so proprio cosa possa esserlo.

6. Chiusa. Legge e Giudice

Due parole di chiusura sul tema dell'incontro. La legge ed il giudice. Ormai siamo abituati a leggere il sintagma in senso disgiuntivo invece che congiuntivo. Legge e giudice come «legge *versus* giudice», non come «legge più giudice». L'abitudine deriva dalle obiettive trasformazioni di ruoli. Tuttavia il mio timore è che questa rappresentazione dei due duellanti stia finendo per mettere da parte quella che dovrebbe essere un'ovvietà. Ovvero che, storicamente, ideologicamente e funzionalmente essi sono i due addendi della stessa operazione: «legalità uguale legge più giudice».

La legalità nasce con l'idea dell'*habeas corpus*, e poi con la modernità giuridica, a quell'idea si *aggiunge* (si badi: si aggiunge, non si sostituisce) quella della riserva di legge. La nostra Costituzione anche in questo è magistrale e scolpisce questa sinergia tra legge e giudice con tre colpi. Prima l'art. 13, posto in apertura dei rapporti civili e poi l'art. 25, i cui commi primo e secondo saldano assieme le due fondamentali garanzie penalistiche: quella del giudice nel primo comma e quella della riserva di legge/irretroattività nel secondo comma.

Last but not least che legge e giudice debbano evocare una sinergia, cioè che senza la legge penale il giudice penale perde potere e la legge penale, senza il giudice penale, non va da nessuna parte lo esprime benissimo l'art. 101, co. 2, Cost., in cui la parola a mio avviso più importante è proprio l'avverbio che li congiunge: «I giudici sono soggetti *soltanto* alla legge»

Qualche esempio concreto di quanto sto dicendo.

1) Il c.d. "*rapport Questiaux*" del 1982[56], ovvero uno studio condotto su ini-

[56] *Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations know states of siege or emergency*. United Nation. Economic and Social Council. Commission of human Right, 27 luglio 1982, E/CN.4/Sub.2/l982/15, in particolare parr. 146-170.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ziativa delle Nazioni Unite che offre una sintomatologia della trasformazione di uno Stato liberale in uno totalitario segnala come questa avvenga con una *escalation* che di solito comporta *prima* una marginalizzazione del vincolo alla legge e *poi* la marginalizzazione del vincolo all'autorità giudiziaria[57]. Prima si assiste a trasferimenti di competenze dal potere legislativo all'esecutivo (*de facto o de iure*) e poi dal giudiziario a commissioni speciali e/o ad uno svuotamento dall'interno del potere giudiziario (mediante meccanismi che incido sul potere di nomina, trasferimento e carriera dei magistrati).

2) Tutti conosciamo la vicenda della legge tedesca sull'abbattimento degli aerei dichiarata costituzionalmente illegittima dal *Bundesverfassungsgericht* nel 2006. Quasi nessuno sa, come invece acutamente segnalato da Domenico Siciliano[58], che la stessa disciplina è tuttora vigente in Italia. Non lo sa quasi nessuno perchè da noi è prevista in un d.p.c.m. del 2004 secretato per motivi di sicurezza nazionale, sottratto al controllo di costituzionalità e che è venuto a conoscenza solo nel 2007, dopo una lunga serie di interrogazioni parlamentari e un cambio di governo.

3) Se si volge poi lo sguardo al diritto dell'economia ci si rende conto che in questo campo si assiste al parallelo fenomeno della fuga *sia* dalla legge, *sia* dal giudice. Il segno caratteristico della gestione dell'economia globale, costituito dalla dissociazione tra potere e responsabilità[59], trova nella sostituzione della legge con atti atipici, ma di fatto vincolanti (comunicati stampa, lettere di istruzioni, linee guida, norme tecniche, *best practices,* assegnazione di *rating*) una sua tipica espressione. Questa fuga dalla legge oltre a sottrarre alla legge campi suoi propri ha l'effetto di sottrarre gli atti ed i processi decisionale extralegislativi al controllo dell'attività giurisdizionale[60].

Torniamo quindi a ribadire l'ovvietà che se la legge fa la legge ed il giudice fa il giudice entrambi si rinforzano a vicenda.

[57] Il «*Rapport Questiaux*» è ripreso e sviluppato, proprio in questa prospettiva della doppia marginalizzazione, prima alla legge e poi al giudice da M. Delmas Marty, *Les grands systhemes de politique criminelle*, Presses Universitaires de France, Paris 1992, p. 200 ss.

[58] D. Siciliano, *Dall'eccezione dell'ordine all'ordine dell'eccezione.* Governance *globale nello spazio giuridicamente vuoto* in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, *Le regole dell'eccezione*, EUM, Macerata 2011, p. 245 ss., cui rinvio per la documenta ed appassionante esposizione in parallelo in Italia ed in Germania (oltre che in Spagna).

[59] Su cui v. oggi l'importante studio a cura di A. Supiot e M. Delmas-Marty, *Prendre la responsabilité au serieux*, Presses Universitaires de France, Paris 2015.

[60] V. Oltre al volume citato alla nota precedente v. in particolare i contributi di F. Costamagna, *Social Rights in Crisis: The Role of Courts*, e R. Calvano, *Crisi e riforme: rappresentazione vs rappresentanza* in M. Meccarelli, P. Palchetti, *Perceptions of (in)security and forms of legal protection in times of crisis. Letture della crisi: diritto, filosofia, teatro*, Macerata, 10/11 dicembre 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

David Brunelli

*Brevi note su giudice penale ed economia: la scommessa della legalità è ancora valida?**

1. La legalità da concetto espressivo di un principio fondante l'ordinamento giuridico è diventato ormai *slogan* circolante non solo nelle aule di tribunale e nelle università, ma anche nei salotti televisivi o nei circuiti politico-mediatici ovunque allestiti. Lo *slogan* tende inevitabilmente a deteriorare il concetto e ne offre un'identità fuorviata, distorta, irriconoscibile. Esso intende per lo più celebrare un comportamento virtuoso, vuoi da parte dei soggetti vincolati al rispetto delle norme (il contrario è l'illegalità), vuoi da parte dei soggetti chiamati ad applicare le norme (il contrario è l'arbitrio); la legalità regola la fisiologia e la patologia del diritto. Una simile pretesa costituisce il meglio di quanto siamo riusciti a concepire per assolvere ai compiti principali delle società organizzate: assicurare la convivenza civile e garantire la libertà dei consociati.

La legalità è tuttavia oggi famosa soprattutto per la crisi che la involge, sotto entrambi gli aspetti: i cittadini non rispettano le leggi e trionfa il malaffare, perché la minaccia della sanzione non è in grado di trattenere i delinquenti (crisi di funzionalità); i giudici non si sentono troppo vincolati al rispetto sacro delle leggi, ma scorgono nel diritto «vivente» (da loro creato) lo strumento per sconfiggere il crimine e il malcostume (crisi di identità). I due fronti della (il)legalità risultano così strettamente collegati: è la scarsa tenuta delle legalità a monte (cittadini) a indurre a valle (giudici) un allentamento della legalità. La legalità a valle sarebbe un peso insostenibile per fronteggiare la illegalità a monte, dunque occorre aggirarla, liberarsene.

Come ben spiega Pulitanò, nella sua lucida analisi sui rapporti tra legge e giudici, nella necessità di rendere più efficiente il *law enforcement* penalistico (determinata dalla crisi del consenso sociale verso la legalità-rispetto delle rego-

*Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Legge Giudice Economia» svoltosi a Padova il 30 ottobre 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

le) sta la spiegazione del diffondersi presso la magistratura del c.d. *autoritarismo ben intenzionato* soprattutto in questi ultimi anni (è ben intenzionato, ma pur sempre autoritarismo, che è il contrario del garantismo).

Il collegamento tra i due momenti della legalità, a monte e a valle, invero, consente di evidenziare un possibile paradosso evocato dallo *slogan*: il paradosso della legalità, consiste in ciò che se l'arbitrio a valle è giustificato dal fine di sconfiggere l'illegalità a monte, è anche vero che il rispetto della legalità a valle, con il suo bravo pacchetto di garanzie e *bon ton* giudiziario, viene invocato da chi a monte la calpesta.

Una spirale esiziale per l'antico concetto.

2. Interessa, tuttavia, in questa sede il momento giudiziale della legalità, laddove la legge (che vale per tutti) è intesa come il limite all'arbitrio. Ho descritto in altra sede quella che a mio avviso è la realtà parallela in cui viaggiano i binari della giustizia penale, segnalando come il principale aspetto della crisi della legalità sia costituito dalla (non nuova nella storia) separazione del diritto dalla giustizia, o, se si vuole del diritto dalla morale. Invero, l'autoritarismo ben intenzionato, autoreferenziale e moralistico, costruisce una realtà parallela che «controlla» e mette alla prova il diritto, realtà le cui chiavi di lettura non sono collocate nella legge scritta ma nel comune sentire, nelle superiori esigenze della collettività. Non è una tendenza che scopriamo oggi: senza approfondire, ma in fondo la stessa idea della colpevolezza normativa sorge dalla necessità di «riformulare» un giudizio di disapprovazione sociale del fatto con parametri diversi da quelli della legge che lo prevede come reato e lo attribuisce giuridicamente al suo autore. La colpevolezza normativa nasce per restringere la responsabilità, non certo per ampliarla e dunque in una prospettiva ulteriormente garantista; ma – come è accaduto per l'altro limite al potere punitivo che è il principio di offensività – ruotarne il fine e impiegarlo nella direzione opposta è un gioco da ragazzi, una volta che sia mutata la «situazione spirituale» sottostante.

Come dicevo, la storia ben conosce la scissione tra diritto e giustizia: nei regimi totalitari la ragione di ciò risiede nel deficit di legittimazione dello *jus positum* (v. *formula di Radbruch*). Nei regimi democratici, come da noi, il problema è causato piuttosto dalla pessima qualità della legge, spesso indotta da una indecifrabile, timorosa, contraddittoria conduzione politico-strategica, unita ovviamente alle penose condizioni in cui versa lo stato della giustizia. Una legge di qualità pessima non ha autorevolezza, perché lungi dall'indirizzare consociati e giudici, con precetti primari e secondari univoci nel contenuto, razionale espressione di scelte politiche munite di consenso sociale, finisce per mettere a disposizione degli uni come degli altri ciarpame utile per ogni occasione, così

File riservato ad esclusivo fine di studio

favorendo l'aggiramento del divieto, l'abuso del diritto, l'incertezza e l'imprevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Il tema è notissimo e dibattuto: la crisi della legalità coincide con la crisi del diritto al confronto con la giustizia e con la morale e legittima il proliferare di percorsi alternativi al diritto vigente (diritto vivente, formante giurisprudenziale, giurisprudenza-fonte, *etc.*). C'è chi lo considera un male contro cui combattere, preferendo rimanere ancora legato al mito illuminista della legalità; chi lo considera una necessità con cui convivere, semmai da arginare e tenere sotto controllo; chi ne esalta le prospettive, in positiva funzione evolutiva delle stesse garanzie.

È difficile dire se il sistema illuministico che poneva al centro dell'universo del diritto la legge, prodotto magnifico di un «saggio architetto», sia naufragato per l'intrinseca debolezza del progetto o per la pessima qualità tecnica e morale di chi si è storicamente trovato ad interpretarlo. Certo il sistema della legalità non ha frenato le dittature, che anzi lo hanno cavalcato per legittimare il potere dell'arbitrio, ma neppure si può affermare che la storia del diritto ha esibito sinora un sistema migliore che garantisse, da un lato, la salvaguardia dei diritti dell'uomo, dall'altro, la tutela dei beni giuridici.

3. Il tema è per certi versi affascinante ma debbo qui limitarmi a qualche spunto dall'angolo visuale del diritto penale dell'economia.

In questa campo l'illegalità (a monte) tende a presentarsi con sembianze sufficientemente omogenee, perché specificamente orientate al conseguimento di illeciti profitti patrimoniali; la spinta criminale è razionale e volta alla massimizzazione del guadagno; il rischio penale, del processo e della condanna, come è noto, viene idealmente annoverato nel bilancio dell'impresa, come una tra le tanti voci di costo, quindi teoricamente la prospettiva di una pena con un robusto contenuto afflittivo, che renda non economicamente conveniente l'assunzione del rischio come *ex ante* quantificato, dovrebbe contenere la spinta criminosa.

Se si vuole il campo del diritto penale economico dovrebbe essere quello in cui meglio funziona il paradigma della prevenzione generale, legato all'idea di una pena che funga da controspinta alla spinta criminosa.

In realtà contro la criminalità dell'impresa e contro la criminalità nell'impresa sarebbero efficaci anche e in primo luogo i rimedi preventivi, che intercettino il crimine prima del suo compimento, basati su efficienti sistemi di controllo, sia esterno (pubblico e privato), comunque istituzionale e di settore, sia interno all'impresa stessa. Tale meccanismo, rendendo il crimine improduttivo o comunque molto costoso, dunque non conveniente, dovrebbe costituire il principale strumento di lotta alla illegalità dell'impresa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Tanto è vero che a fronte della cospicua implementazione di tale attività preventiva negli ultimi anni la criminalità economica ha dovuto maggiormente attrezzarsi per superare il sistema dei controlli, inquinandolo o aggirandolo.

Il diritto penale si deve così inevitabilmente strutturare attorno al sistema dei controlli, presidiando le funzioni pubbliche che li governano. Tuttavia, mentre un siffatto strumento punitivo richiede attenta capacità selettiva, perché deve essere in grado di intercettare unicamente le condotte illegali volte all'inquinamento (corruzione) o all'aggiramento (elusione) del sistema, la realtà operativa produce frutti del tutto diversi. Non occorre svolgere indagini approfondite per far emergere la realtà di un diritto penale della burocrazia, che tende a disperdendosi sui sentieri accidentati che pretendono di munire di sanzione le mille regole che governano le interlocuzioni pubbliche nelle procedure di controllo e governo, e che, non distinguendo tra la pagliuzza e la trave, tende a generare improduttività e discriminazioni.

Il primo effetto distorsivo è evidente: l'apparato repressivo e processuale si cimenta in estenuanti accertamenti per scoprire e sanzionare la mera irregolarità, il non adempimento delle prescrizioni, l'omissione delle formalità, con il risultato che ciò che sfugge è la vera criminalità, le aggressioni dirette ai beni tutelati, le condotte radicalmente elusive dei controlli. Una simile *performance* non può che depotenziare l'effetto dissuasivo della prospettiva della sanzione, che, apparendo incerto e remoto, casuale ed occasionale, non trattiene il crimine, nonostante la sua dimensione razionale.

Il secondo effetto distorsivo è quello dell'arbitrio, che passa, da un lato, per i poteri sconfinati degli apparati repressivi, primo tra tutti la magistratura, d'altro lato, per la delicatezza degli equilibri economici delle imprese, soprattutto in tempo di crisi. Per spiegare spero di non banalizzare troppo il discorso.

Il sistema del diritto penale economico, a grandi linee, è costruito in modo tale che il transito dal reato bagatellare, di pericolo astratto o presunto o di mera disobbedienza, al reato grave che direttamente offende, in modo spesso irrimediabile, il bene giuridico non è agevolmente percepibile, nel senso che non sono tracciate in maniera netta e precisa i confini dei due campi di intervento. Ciò comporta spesso che la mera irregolarità sia scambiata per un grave illecito o viceversa. Purtroppo però gran parte della partita che si gioca sul filo del rapporto delicato tra giustizia ed economia, passa attraverso l'esatta linea di confine dei due settori.

Così, quando nella specifica materia si raccomanda ai giudici «*una solida cultura giuridica e la ponderazione e l'equilibrio delle proprie decisioni, nella consapevolezza degli effetti che ne derivano*» (così il presidente dell'ANM in un convegno a Bari il 23 ottobre 2015, con evidente riferimento al processo ILVA), io credo che in fondo la ponderazione e l'equilibrio debba riguardare proprio la

File riservato ad esclusivo fine di studio

comprensione del confine tra la (mera) irregolarità gestionale e la (grave scelta di) illegalità. Alla prima si ripara implementando la prevenzione e anche imponendo maggiori costi agli operatori del settore, la seconda va estirpata.

Il vero arbitrio, che è la distorsione del potere discrezionale nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, si manifesta nella disinvoltura e (talvolta) nel distacco dalle conseguenze dell'operato giudiziario (*dura lex sed lex!*), con cui si confonde, o si mette insieme, l'una cosa con l'altra. Allora è facile assistere agli abusi con i quali vengono messe in campo maxiindagini, con il bagaglio di intercettazioni, devastanti misure personali e reali, magari su base puramente esplorativa, clamore massmediatico, a cui seguono nefasti ed esiziali periodi di amministrazione giudiziale e/o di commissariamento dell'impresa, inevitabile anticamera del fallimento, il tutto – magari – quando si scoprirà, nel lontano giorno della conclusione del processo, che si trattava di banali irregolarità ed errori gestionali o procedurali, implausibili interpretazioni della farraginosa normativa, piuttosto che di scelte criminali dei singoli o della stessa impresa.

Certamente si può dire che un magistrato equilibrato si sa orientare nel dubbio, anche perché, proprio tenendo conto degli «effetti (quasi sempre devastanti) che derivano» dalla sua attività, nell'incertezza propenderà ancora per scelte che non pregiudichino la continuità dell'impresa; mentre un magistrato protagonista o in cerca di notorietà o in preda a sacro furore, farà esattamente l'inverso, dando corpo alle ombre e, magari, caricando a mille le brame di una polizia giudiziaria anch'essa a caccia di premi di produzione e di salti nella carriera.

Dunque si può dire che, con buona pace della desiderata tenuta del principio di legalità, quale che sia la legge e quali che siano le scelte politiche sulla strategia di contrasto alla criminalità economica, non è agevole scorgere un riparo e un rimedio a fronte di simili distorsioni, a meno di non imbrigliare di lacci l'operato della magistratura, cosa non auspicabile perché non priva di controindicazioni, e nemmeno oggi di fatto possibile in Italia.

E tuttavia, la prospettiva del disastro annunciato della legalità e dell'inevitabile presidio giudiziario a tutela dei beni giuridici non deve costituire un alibi per continuare a coltivare un diritto penale che si risolve in un *humus* facilitatore per questo tipo di atteggiamenti, costituendo la premessa legale per ogni scorribanda giudiziale. In tal modo la legalità non funziona come argine all'arbitrio, ma come un volano facilitatore.

A mio avviso il diritto penale in nessun caso dovrebbe occuparsi delle irregolarità amministrativo-gestionali, anche se vicende di sciatteria organizzativa e di insensibilità al rispetto di tutte le regole – se non adeguatamente fronteggiate – possono costituire il primo passo sulla strada di scelte criminali. Ebbene è evidente come, proprio valorizzando la natura «razionale» delle scelte illegali

File riservato ad esclusivo fine di studio

in campo economico, la predisposizione di un efficace sistema punitivo-preventivo di natura esclusivamente amministrativa assecondi appieno e meglio l'esigenza di fermare sul nascere il corso di potenziali scelte criminali.

Se, invece, il legislatore decide di impiegare in parte anche la sanzione penale, allora è necessario evitare che la «seriazione» delle fattispecie criminose sia costruita in modo da rendere agevole la possibilità dello «scorrimento interpretativo» dell'una sull'altra, anticamera dell'arbitrio giudiziario.

Faccio per tutti l'esempio della materia dei reati ambientali, dove lo scorrimento è agevole e praticato, per di più incoraggiato da una giurisprudenza, anche della Cassazione, che ingessata sulla linea della tolleranza-zero, avvalora interpretazioni «estensive», spesso al seguito di esiziali misure cautelari reali, con la scusa che «allo stato degli atti» non si può fare diversamente e che dopo si vedrà (magari quando è troppo tardi). La pratica giudiziaria mostra come dalla contravvenzione in materia di rifiuti (ad es. trasporto senza autorizzazione, scarico non regolare, stoccaggio fuori norma) si possa pervenire, senza soverchie difficoltà al traffico illecito organizzato (art. 260 d. lgs. n. 152/2006) e solo perché la quantità di rifiuti trattata in modo irregolare è considerevole (ad es. un'azienda che svolge questa attività inevitabilmente è organizzata ed inevitabilmente tratta notevoli quantità); trattandosi di un'attività organizzata, anche ai fini delle misure cautelari non potrà mancare il corollario dell'associazione per delinquere, perché nell'opacità dei rapporti tra tali reati e quello dell'art. 260 la «prudenza» giudiziaria indurrà il P.M. a non rinunciare preventivamente alla duplice qualificazione giuridica dello stesso fatto. Da qui al successivo passaggio che porta ai reati-macroevento il tratto è davvero breve, perché la (parziale) trasformazione dell'innominato (art. 434 c.p.) nei nominati (inquinamento e disastro) operata con la l. 22 maggio 2015, n. 68 non sembra aver soddisfatto in maniera decisiva al paradigmatico bisogno di sufficiente determinatezza nella descrizione degli eventi tipici. Anche al cospetto delle nuove incriminazioni interpolate dentro il codice penale sarà sufficiente, quanto meno ai fini delle iniziali contestazioni, il sospetto che l'ambiente circostante l'area produttiva non sia esattamente corrispondente a quello vergine di una zona montana, con il correlato ragionamento secondo il quale data la molteplicità delle microviolazioni non può non essersi verificato un macroevento a carico del corpo recettivo ambientale.

E tale *escalation* progressiva dell'accusa distrugge aziende, famiglie, reputazioni, economie.

4. Ci si deve interrogare sul che fare. Basta richiamare i giudici al senso di responsabilità e di equilibrio, sperando che ce li abbiano davvero? Dobbiamo

File riservato ad esclusivo fine di studio

affidare le sorti di aziende, persone, economie alla buona stella che riservi loro un giudice responsabile ed equilibrato, in grado di fare quella sintesi tra opposte esigenze e tra interessi antagonisti che la politica e l'amministrazione pubblica non sempre sono in grado di fare?

Non credo basti. Va piuttosto fatta una chiara (politicamente costosa e scomoda) scelta di campo sul ruolo e i compiti del diritto penale nella materia dell'economia. L'indirizzo deve necessariamente essere politico e deve essere chiaro, non contraddittorio o di compromesso; soprattutto non deve nascere dalla perenne emergenza, dopo la scoperta di disastri o tragedie.

Il primo passo sarebbe quello di spiegare e capire che il penale non è il luogo dell'emergenza, ma il luogo della riflessione e della ponderazione.

Poi, tornando a quanto osservato in premessa, è necessario ripartire dalla legge, evitando di scorgere nella deriva giudiziaria l'inevitabile destino della giustizia penale; non da qualunque legge, ma da un prodotto serio ed autorevole, nei contenuti e nelle forme, che non consenta o imponga scorribande, che fornisca modelli di incriminazione definiti e circostanziati, frutto di scelte politiche nette, sia nella individuazione del bene da tutelare che nelle tecniche di tutela, attento innanzitutto al principio di sussidiarietà e di proporzione.

La legalità, forse, è ancora tutta da sperimentare; più che un mito da distruggere con furia iconoclasta, un obiettivo da perseguire.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Vittorio Domenichelli

*Diritto amministrativo, giudice ed economia**

Il tema del rapporto tra giudice e attività economiche è uno di quelli che affanna molto anche gli amministrativisti. Per capire meglio come si è sviluppato, mi sembra corretto inquadrarlo nell'ambito del rapporto tra la disciplina proveniente dallo Stato, legislativa o regolamentare che fosse, e il diritto dell'amministrazione, che è stato per molto tempo il diritto dello Stato sull'amministrazione più che il diritto dell'amministrazione sulle attività dei privati. È naturale dunque che il diritto amministrativo abbia accompagnato la crescita dei compiti dello Stato, però nella prima fase – lo ricordo perché in qualche misura stiamo cercando di tornare, o almeno diciamo di voler tornare, ad uno Stato più leggero, come quello liberale dell'inizio del secolo – il diritto amministrativo disciplinava soprattutto l'organizzazione e le competenze degli uffici, i rapporti fra di essi: i temi erano il rapporto organico, il rapporto gerarchico, *etc.*, mentre la relazione dell'amministrazione con i privati era essenzialmente intrisa di autorità che si esprimeva in autorizzazioni, concessioni, ordini o divieti. Ciò era tanto più vero con riferimento alle attività economiche nei confronti delle quali l'amministrazione si rapportava, quando le riteneva socialmente rilevanti, con forme di autorizzazione (all'esercizio di una certa attività o professione) o di divieti e prescrizioni (ad es. nei confronti delle industrie insalubri), ma le attività rilevanti erano poche e poche erano le autorizzazioni e le concessioni. Tuttavia, man mano che si espandevano le attività ritenute rilevanti, e dunque da sottoporre al controllo amministrativo, si trasformava anche il ruolo dello Stato; perché, a cavallo delle due guerre, quello Stato liberale che riteneva che l'attività economica dei privati si traducesse automaticamente anche in un beneficio per la collettività, si trasforma in uno Stato che invece interviene pesantemente nell'economia, soprattutto dopo la grande crisi del '29, quando assume il ruolo

* Il testo conserva l'originaria forma colloquiale dell'intervento.

File riservato ad esclusivo fine di studio

di imprenditore, acquisisce banche e aziende che per molto tempo resteranno di sua proprietà.

La figura chiave di quel momento, di quel diritto amministrativo, è l'ente pubblico economico in cui venivano ricomprese figure diverse: tanto gli enti pubblici che detenevano partecipazioni in imprese di produzione di beni o servizi, o che producevano essi stessi beni o servizi, ma anche le casse di risparmio, e soprattutto, a partire dal primo dopoguerra fino ai giorni nostri, le diffusissime aziende municipalizzate che consentivano agli enti locali di operare nei settori di produzione di beni o servizi in forma d'impresa, senza perdere però il legame con l'ente locale e la veste pubblicistica.

L'avvento del modello societario ha cambiato la veste, ma non la sostanza: tutte queste aziende si sono trasformate in società a partecipazione pubblica e ancora oggi sono molte migliaia. L'ente pubblico economico era un ircocervo che ha prodotto migliaia di pagine di dottrina e giurisprudenza, ma uno strano animale è anche la società di diritto pubblico, una società di diritto privato che ha un azionista pubblico, che vorrebbe da un lato avere i vantaggi dell'azionista (quindi il profitto), e allo stesso tempo la protezione dell'ente pubblico, quindi un monopolio d'azione, mettendo insieme due caratteristiche che insieme non dovrebbero stare: il potere dell'amministrazione con il profitto d'impresa che esige di affrontare il mercato e i suoi rischi e non la sicurezza derivante dall'esclusività del mercato in cui opera.

Il diritto amministrativo si è trasformato dunque in concomitanza con il pesante intervento dello Stato che non soltanto ha garantito i servizi pubblici essenziali a livello locale e nazionale, ma è diventato anche proprietario di banche, di fabbriche d'auto, di pomodori e così via. La grande crisi fiscale dello Stato intorno agli anni '90 ha introdotto delle istanze che sentiamo ormai da molti anni come dei «mantra»: le dismissioni, le privatizzazioni, le liberalizzazioni, *etc.*

Sono tutte accezioni diverse di uno stesso concetto perché la dismissione delle proprietà o delle attività sono entrambe finalizzate ad un minor peso dello Stato nell'economia e nei servizi ai cittadini, riducendo così la spesa pubblica. L'attività svolta dallo Stato, sia o meno in veste monopolista, deve lasciare il posto ad attività svolte da privati. Dobbiamo però capire bene che liberalizzazione e dismissione non significano semplificazione, perché spesso questi concetti vengono messi insieme, mentre insieme non vanno: è evidente infatti che, a seguito della dismissione di un'attività in precedenza svolta dall'amministrazione pubblica, che la gestiva in un certo modo e con una certa forma, viene «restituita» ai privati ma dovrà essere disciplinata con una serie di regole nuove.

La restituzione di determinate attività economiche all'area dei privati ha infatti comportato la costruzione di un complesso sistema regolatorio, sempre più complesso anche per l'intervento di norme che provengono da oltre le

File riservato ad esclusivo fine di studio

Alpi; quindi una regolazione di settore di derivazione interna, ma spesso anche di derivazione europea che comporta una enorme complicazione del sistema. Quando sentiamo invocare la semplificazione del sistema – che è certamente un'esigenza molto sentita e anche comprensibile – dobbiamo tuttavia dubitare razionalmente che possa essere soddisfatta, perché il sistema si sta vieppiù complicando e il sistema delle fonti diventa sempre più confuso.

Le fonti si stanno intersecando: accanto alle fonti nazionali tradizionali, sempre più le fonti di derivazione europea si intrecciano con quelle interne creando obiettivamente un sistema molto complesso da capire e da interpretare. Non solo per la dimensione, ma anche per la qualità delle regole: perché le regole che provengono dal mondo europeo non appartengono al modello regolatorio tipico del nostro mondo, essendo espressione di un sistema misto in cui anche il linguaggio giuridico è in parte di diritto continentale e in parte di diritto anglosassone. Le stesse traduzioni di queste regole soffrono della necessità di integrare linguaggi giuridici che corrispondono a sistemi giuridici che sono ancora lungi dall'essere totalmente integrati, sebbene l'integrazione giuridica dell'Unione Europea abbia fatto – soprattutto negli ultimi anni – passi avanti senz'altro più rapidi e cospicui dell'integrazione politica.

È naturale che, in un sistema di regole complesse, venga esaltato il ruolo dell'interprete e dunque, del Giudice che è l'interprete per eccellenza.

Cosicché abbiamo assistito ad una progressiva «giurisdizionalizzazione» dei conflitti sociali ed economici che ha prodotto anche una certa insofferenza nei confronti dell'autorità giudiziaria, percepita come eccessivamente invadente, sia essa il giudice penale o il giudice amministrativo. Questo può essere vero (e lo è stato senz'altro in certi casi) ma il problema non risiede nell'invadenza del giudice, bensì – ripeto – nella dimensione e qualità delle regole, per cui non si liberano le attività economiche rendendo difficoltoso l'accesso al giudice (o tagliandogli le unghie), ma razionalizzando le norme e soprattutto, evitando di illudersi che siano le regole, e solo quelle, a condizionare l'efficienza dell'amministrazione. Efficienza che dipende piuttosto dall'organizzazione degli uffici e dalla capacità dei funzionari oltre che, come dirò fra poco, dalla legittimazione dell'amministrazione.

L'altra osservazione che farei, per offrire solo alcuni «spunti» di diritto amministrativo dell'economia, è che, contestualmente ad una crescente complessità regolatoria, è venuto meno il sistema tradizionale dei controlli in precedenza affidati ad autorità politiche: i tradizionali controlli ministeriali di determinate attività sanitarie, economiche, bancarie, assicurative, affidati agli organi centrali dei ministeri o a organi decentrati dallo Stato – alcuni poi trasferiti alle Regioni che sostanzialmente hanno continuato ad esercitare quei poteri allo stesso modo dello Stato – sono stati affiancati quando non sostituiti dalle Autorità di regolazione e di controllo.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Queste Autorità, che come sappiamo sono qualificate come amministrazioni «indipendenti» in quanto hanno una particolare autonomia dall'autorità politica, in specie dal Governo, sicuramente hanno neutralizzato il controllo politico sulle attività economiche, ma hanno creato ulteriori problemi, perché non sono solo autorità di controllo che applicano norme provenienti dall'autorità politica – dal Governo o dal Parlamento – ma applicano anche regole proprie, che qualche volta non si chiamano affatto regolamenti, ma circolari, disposizioni, istruzioni, decisioni, direttive, raccomandazioni, pareri che finiscono per creare un coacervo di prescrizioni che si affiancano a quelle di rango legislativo nazionale od europeo, quest'ultima con una potenza di fuoco enorme, perché una norma europea che sia autoapplicativa va a colpire il sistema normativo interno e lo distrugge. Tant'è che spesso le Autorità indipendenti (ma talvolta anche i giudici) si appellano direttamente ai principi europei per disapplicare la disciplina interna.

Abbiamo quindi una serie di disposizioni il cui carattere normativo è molto difficile da decifrare, eppertanto i soggetti che hanno in mano il potere dell'interpretazione, come dicevo, diventano più forti: *in primis* i giudici che, tuttavia, rispetto alle Autorità, che stanno progressivamente crescendo di peso, si rapportano in un modo profondamente diverso da quello che tengono nei confronti delle amministrazioni tradizionali.

I giudici amministrativi, laddove hanno competenza, ma anche i giudici civili, manifestano infatti nei confronti delle decisioni delle Autorità una sorta di «rispetto», di «*deference*» direbbero gli inglesi, che impedisce loro di entrare nella decisione; si parla di sindacato «debole», che non vuole scendere nel contenuto della decisione, ma che rimane soltanto nella parte esteriore, sui profili formali e procedimentali. Ragion per cui la decisione delle Autorità produce sostanzialmente un depotenziamento della tutela degli interessi individuali rispetto a quella offerta di regola del giudice amministrativo o civile; perché il giudice amministrativo è stato (ed è) un forte protettore dei privati nei confronti degli abusi del potere amministrativo; nonostante si dica che l'amministrazione è seduta sulle ginocchia del giudice amministrativo, è vero che tutte le volte in cui il giudice ha ritenuto di dover sanzionare l'amministrazione e la sua autorità lo ha sempre fatto.

Ricordo alcune sentenze del Consiglio di Stato in epoca fascista, quindi nel momento di maggiore autorità (e prepotenza) dello Stato, con cui è stata ordinata la reintegrazione di alcuni dipendenti che erano stati licenziati dal Ministero delle corporazioni, o annullati i trasferimenti di due provveditori agli studi. Nel 1937 – nell'epoca del «gran consenso» verso il Fascismo – riuscire a fare reintegrare due dipendenti, o annullare trasferimenti disposti dal Ministero, significa mostrare grande capacità di reazione e consapevolezza del proprio ruolo.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Oggi il giudice amministrativo è più timido nei confronti delle Autorità indipendenti, come sempre è stato timido il giudice civile quando si è dovuto occupare di temi in cui fosse coinvolta la pubblica autorità.

Il depotenziamento della tutela degli interessi deriva dall'estrema tecnicità della decisione resa dall'Autorità nei settori di sua competenza, ove applica regole che sono proprie di queste Autorità, ma anche perché il modo con cui queste Autorità agiscono è diverso da quello tradizionale delle autorità pubbliche; cioè non agiscono per provvedimenti, ma quasi sempre con attività sollecitatorie – *moral suasion*, *soft law* per usare un po' di inglesismi, o se volete tirate d'orecchi, rimbrotti, lettere di segnalazione – a cui i soggetti vigilati devono comunque sempre aderire, perché il rischio poi è l'apertura di procedimenti sanzionatori. Ma sono anche modalità di esercizio di un potere di controllo di difficile «presa» nel modello processuale amministrativo che si fonda quasi esclusivamente sull'impugnazione di un provvedimento, per cui se un provvedimento non c'è nulla da impugnare. Comunque anche quando il provvedimento c'è – e con una forza imperativa particolare – come sono le sanzioni amministrative o i provvedimenti ordinatori emessi dalle Autorità, il giudice fa un passo indietro per controllare non il merito del provvedimento, ma la procedura che l'ha preceduto (se sono stati rispettati i principi partecipativi, il contraddittorio, *etc.*) più che la legittimità sostanziale o la ragionevolezza del provvedimento.

Il modello del diritto amministrativo che verrà quale sarà? Molto francamente non lo so dire; certo è auspicabile un diritto amministrativo nel quale le autorizzazioni preventive in funzione di controllo si riducano nel numero, con incremento dei controlli *ex post* e nel corso dell'attività, perché l'amministrazione continua ad avere un atteggiamento sostanzialmente ostile nei confronti delle attività economiche. L'amministrazione, un po' per paura delle responsabilità, un po' per formazione, continua ad essere una sorta di Cerbero che diffida dell'attività del privato – cosicché è opportuno togliere quanto più è possibile i cancelli preventivi – mentre l'amministrazione pubblica deve diventare proattiva nei confronti dell'impresa, deve porsi al servizio dell'impresa non ostacolarla.

Mi raccontava un imprenditore spagnolo che ha una grande impresa siderurgica in Spagna, in Italia, in Serbia e oggi anche in Cina che, di fronte ai continui divieti e persino vessazioni da parte dell'amministrazione italiana, in Cina ha messo in piedi un'impresa in sei mesi. Ma è interessante anche il modo in cui è stata messa in piedi: l'amministrazione comunale cinese è andata a trovarlo a Barcellona, gli ha detto che c'erano dei terreni adatti alla siderurgia a prezzi speciali; lui è andato a comperare i terreni, allestiti dalla stessa amministrazione comunale che è arrivata a mettere un ufficio distaccato nell'area di sviluppo industriale. E attraverso il computer installato dall'Amministrazione nell'azienda tutte le istanze venivano inoltrate e le autorizzazioni assentite. Fantascienza per

File riservato ad esclusivo fine di studio

noi, lasciamo poi stare che per tre anni il reddito prodotto – controllato anch'esso attraverso lo stesso computer – è stato completamente detassato! Questa è la filosofia di un'amministrazione che agisce per, non che agisce contro e che nella migliore delle ipotesi si limita ad autorizzare un'attività dopo mesi se non anni di istruttoria.

Capisco però che questo comporta non solo una diversa «filosofia» dell'amministrazione e una diversa preparazione dei funzionari, ma soprattutto occorrerebbe una diversa «legittimazione» dell'amministrazione. Quando oggi sentiamo parlare di accordi fra amministrazioni e imprese, ad esempio per favorire determinati distretti tecnologici, o per realizzare determinati interventi edilizi, dobbiamo renderci conto che avranno un senso e un futuro a condizione che l'amministrazione riconquisti il rispetto dei cittadini, non viva in un perenne contesto di sospetto, per cui tutto quello che proviene dall'amministrazione dev'essere necessariamente frutto di collusioni o peggio. Finché questa legittimazione non interverrà credo che il diritto amministrativo rimarrà a cavallo tra quello dell'inizio del secolo e quello del futuro che non sappiamo però ancora come sarà. Dunque in posizione instabile, aggrappato alle congerie di norme che arrivano all'amministrazione o che questa produce per proteggersi.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Pasquale Fimiani

L'ambiente tra diritto, economia e giurisdizione

Sommario: Parte prima. Il mercato quale causa del «debito ambientale» e la giurisdizione. – 1.1. Il «debito ambientale» e le tecniche normative di tutela dell'ambiente. La sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva. – 1.2. Giurisdizione ordinaria e bilanciamento degli interessi tra ambiente e mercato: la sede cautelare reale. – 1.3. La giurisdizione quale fonte «*integrativa*» del «*command and control*». – 1.4. L'applicazione giurisprudenziale del principio di precauzione nella responsabilità ambientale dell'impresa. – 1.5. Autocontrollo ambientale e libertà dalle autoincriminazioni. – Parte seconda. Il mercato come risposta alla crisi ambientale e la giurisdizione. – 2.1. L'insufficienza del «*command and control*» e l'emersione degli strumenti volontari per la tutela dell'ambiente. – 2.2. Capitale naturale ed economia circolare: dall'economia un «assist» per la giurisdizione. – 2.3. Il ruolo del diritto vivente nella rivisitazione in chiave ambientale dei concetti di proprietà e impresa.

Parte prima. Il mercato quale causa del «debito ambientale» e la giurisdizione

1.1. Il «debito ambientale» e le tecniche normative di tutela dell'ambiente. La sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva

Le varie manifestazioni della crisi ecologica (inquinamento delle risorse naturali, loro consumo in eccedenza rispetto alla produzione, cambiamento climatico, compromissione biodiversità) esprimono, nell'insieme, la ragione di fondo alla base dell'evoluzione nel tempo del sistema di regolazione dell'ambiente: quella di trovare soluzioni ad una situazione di «*deficit*» ecologico in costante espansione e che ben può ricondursi al concetto di «*debito ambientale*», fenomeno che nel pensiero sociale ed economico viene ricondotto a due distinti contesti:

File riservato ad esclusivo fine di studio

- il rapporto tra paesi ricchi e paesi poveri ed il diverso livello di consumi e di impatto sull'ambiente[1];
- gli squilibri nel rapporto uomo/società-ecosistema, dipendenti sia dal consumo di risorse naturali in eccesso rispetto a quelle che si producono, sia dalla loro compromissione «qualitativa» in conseguenza delle attività di matrice antropica, fenomeni evidenziati con l'individuazione del c.d. «*earth overshoot day*»[2] che segna annualmente la data in cui l'umanità ha esaurito il suo *budget* ecologico, ovvero della c.d. «*impronta ecologica*» che rappresenta l'unità di misura della domanda di risorse naturali, cioè quanta superficie in termini di terra e acqua la popolazione umana necessita per produrre, con la tecnologia disponibile, le risorse che consuma e per assorbire i rifiuti prodotti[3].

Il «debito ambientale» in senso ampio costituisce quindi, nel suo complesso, il fenomeno cui il legislatore, ormai da qualche decennio, cerca di dare una risposta, adattandola alle modifiche che nel tempo si sono registrate sul versante dell'economia, secondo il consueto schema circolare che vede la prassi quale fattore di spinta della risposta regolatrice e della evoluzione del diritto vivente di matrice giurisprudenziale.

Responsabile di tale fenomeno è indubbiamente l'espansione incontrollata del «mercato», termine che viene in questa sede sinteticamente usato per fare riferimento alla produzione dei beni e dei servizi ed ai rapporti tra operatori economici per il loro scambio.

D'altra parte il mercato costituisce una fonte indispensabile di produzione

[1] Si rinvia al rapporto di *Environmental Justice Organizations* (Ejolt) in <*http://www.ejolt.org/wordpress/wp-content/uploads/2015/01/150112_Ecological-debt-final.pdf*>.

[2] Si rinvia al sito <*http://www.overshootday.org*> da cui si apprende che la nostra impronta ecologica, che dovrebbe essere fisiologicamente pari ad 1, è già 1,4 e che l'impronta ecologica dei nord-americani è ormai vicina a 6.

[3] Esaminando separatamente tali contesti, può affermarsi che essi hanno natura di matrice morale, per quanto riguarda le condotte di prevenzione rimesse alla spontanea iniziativa del singolo (tema diffusamente affrontato dalla enciclica di Papa Francesco *Laudato si'*) o politica, nella parte in cui evidenziano la responsabilità dello Stato-apparato per la regolamentazione della gestione delle risorse naturali in funzione di giustizia sociale (in tema cfr. W. Sachs, *Ambiente e giustizia sociale. I limiti della globalizzazione*, trad. E. Lo Voi, C. Di Gaetano, A. Raudner, Editori Riuniti, Roma 2002) e di tutela delle aspettative e dei diritti delle generazioni future (ad esempio l'art. 144 T.U.A. prevede che le acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale; il concetto di conservazione per le generazioni future caratterizza anche il d.m. 16 giugno 2015, n. 86 recante la «Strategia Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici») od al più si contestualizzano nel *diritto internazionale*, per quanto riguarda la stipula di accordi tra gli Stati recanti disposizioni «compensative» o di «riequilibrio» ambientale tra paesi ricchi e paesi poveri (ad esempio l'Accordo di Parigi sul clima del 2015, noto come *Cop21, prevede il versamento di 100 miliardi* all'anno per i Paesi in via di sviluppo).

File riservato ad esclusivo fine di studio

di ricchezza e di creazione di opportunità di crescita e di lavoro.

La chiave per risolvere l'inevitabile tensione tra questi due poli viene individuata nel necessario bilanciamento, sintetizzato a livello economico con il sintagma «*sviluppo sostenibile*»[4] e sotto il profilo giuridico con la locuzione «*protezione bilanciata*» dell'ambiente, espressione riassuntiva dei vari strumenti normativi finalizzati a trovare un punto di equilibrio tra le esigenze della produzione e quelle dell'ambiente.

Trattasi della tecnica di protezione ordinaria, alla quale si aggiunge quella della «*protezione integrale*», enunciata nella materia delle aree protette.

In tal caso, l'esigenza di protezione primaria e inderogabile del territorio e dell'ecosistema comporta che «ogni attività umana di trasformazione dell'ambiente all'interno di un'area protetta, va valutata in relazione alla primaria esigenza di tutelare l'interesse naturalistico, da intendersi preminente su qualsiasi indirizzo di politica economica o ambientale di diverso tipo, sicché in relazione all'utilizzazione economica delle aree protette non dovrebbe parlarsi di sviluppo sostenibile ossia di sfruttamento economico dell'ecosistema compatibile con esigenza di protezione, ma, con prospettiva rovesciata, di protezione sostenibile, intendendosi con tale terminologia evocare i vantaggi economici che la protezione in sé assicura senza compromissione di equilibri economici essenziali per la collettività, e ammettere il coordinamento fra interesse alla protezione integrale e altri interessi solo negli stretti limiti in cui l'utilizzazione del parco non alteri in modo significativo il complesso dei beni compresi nell'area protetta»[5].

Risulta, quindi, chiara l'inversione di prospettiva rispetto alla protezione «bilanciata»: non si parte dall'impresa per regolarne l'attività, ma si ha come riferimento fondamentale il patrimonio dell'area protetta, rispetto al quale ogni iniziativa economica deve recedere, essendo consentito lo svolgimento soltanto di quelle compatibili.

In tal caso può anche parlarsi di protezione «prevalente», proprio perché nessuna mediazione viene attuata: tutto il sistema è incentrato sulla assolutezza e primarietà del patrimonio dell'area naturale e sulla ricerca e attuazione di strumenti per la sua conservazione.

Caratteristiche di tale diversa forma di tutela ambientale, che può estendersi anche alla tutela del paesaggio, quale sintesi di valori culturali ed estetici che esprimono la bellezza naturale dei luoghi protetti, sono quindi:

- la limitazione territoriale, sia perché soltanto in zone ben determinate sono presenti particolari valori naturalistici, sia perché il sistema eco-

[4] Sul quale si rinvia a F. Fonderico, *Sviluppo sostenibile e principi del diritto ambientale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2009, n. 10, p. 921.

[5] Cons. Stato, sez. VI, n. 1269/2007. Per esplicazioni sulla teoria della protezione integrale dell'ambiente quale elemento distintivo della disciplina delle aree protette vedi G. Di Plinio, P. Fimiani (a cura di), *Aree naturali protette. Diritto ed economia*, Giuffrè, Milano 2008, cap. 1, 5 e 8.

File riservato ad esclusivo fine di studio

nomico non potrebbe tollerare una limitazione generalizzata e totale;
- una organizzazione autonoma per la gestione dell'area protetta, svincolata da legami e condizionamenti da parte dei soggetti (tecnici e politici) che gestiscono altre zone del territorio;
- la presenza di strumenti forti di pianificazione e gestione.

Tali caratteristiche attribuiscono alla protezione integrale natura di eccezione rispetto all'ordinaria regolazione del rapporto tra impresa ed ambiente improntata sul bilanciamento tra le esigenze della produzione e quelle dell'ambiente.

Alla protezione bilanciata ha fatto riferimento la Corte costituzionale nella nota sentenza n. 85/2013 relativa alla speciale autorizzazione integrata ambientale rilasciata all'Ilva in forza del d.l. n. 207/2012, convertito dalla l. n. 231/2012[6], qualificata come «lo strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore, all'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione», con la precisazione che «una volta raggiunto tale punto di equilibrio, diventa decisiva la verifica dell'efficacia delle prescrizioni»[7].

Viene, in tal modo, a essere riconosciuto e legittimato un ambito di tutela incentrato sulla individuazione di un'area di rischio consentito per l'impresa, rappresentato dall'ambito legittimamente autorizzato, all'interno del quale l'ordinamento «tollera», entro limiti predeterminati, forme di aggressione all'ambiente.

Tolleranza, questa, che si fonda sul riconoscimento, come ragionevole, del «bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali e il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso», atteso che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della

[6] Per commenti alla sentenza, si rinvia a F. Giampietro, *Ilva: dalla sentenza della Sovrana Corte n. 85/2013 al D.L. n. 61/2013*, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 8/9, 2013, p. 705 e C. Ruga Riva, *Il caso ILVA: profili penali-ambientali*, in *www.lexambiente.it*, 17 novembre 2014.

[7] Per la funzione dell'AIA quale strumento di bilanciamento, si rinvia a S. Vernile, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, n. 6, p. 1697.

File riservato ad esclusivo fine di studio

persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come "valori primari" (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali» (così la sentenza Ilva cit.).

Il ruolo della giurisdizione nell'ambito del rapporto tra ambiente e mercato va quindi esaminato in relazione al complesso sistema di bilanciamento dei due valori che si è nel tempo progressivamente attuato.

1.2. Giurisdizione ordinaria e bilanciamento degli interessi tra ambiente e mercato: la sede cautelare reale

Si pone allora una prima questione: *se il bilanciamento degli interessi tra ambiente e mercato spetti solo al legislatore o possa avere spazio anche nell'esercizio della giurisdizione.*

La sentenza Ilva attribuisce il compito del bilanciamento al legislatore ed al giudice delle leggi in sede di controllo[8].

Un ruolo di bilanciamento viene però svolto anche dal giudice penale per quanto riguarda la *materia cautelare reale* ed in particolare del sequestro preventivo finalizzato a far cessare la permanenza del reato o comunque ad impedirne ulteriori conseguenze offensive.

In tal caso, va rispettato il principio di proporzionalità ed adeguatezza che, dettato dall'art. 275 c.p.p. per le misure cautelari personali, la giurisprudenza della Cassazione è pressoché unanime nel riconoscere come applicabile anche alle misure cautelari reali[9].

Il rispetto di tali principi è strettamente dipendente dalla natura del reato e dalle sue manifestazioni concrete.

E così, il sequestro dell'intero impianto si giustifica nel caso di attività svolta senza autorizzazione, mentre si presenta come eccessivo qualora l'illecito riguardi profili gestionali rispetto ai quali anche modalità minimamente invasive

[8] La sentenza al riguardo afferma: «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

[9] Cass. pen., sez. III, n. 24373/2015, ed *ivi* rif.

File riservato ad esclusivo fine di studio

della misura sono atte a contemperare le esigenze cautelari con quelle produttive[10].

In questo contesto, si pone la questione della ammissibilità dell'autorizzazione all'uso dell'impianto sequestrato.

In generale, la risposta è negativa, in quanto consentire l'uso di un impianto sequestrato finirebbe per neutralizzare l'esigenza posta a base del sequestro.[11]

Vale, in questi casi, «il principio secondo il quale l'esigenza di evitare l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze di un reato, ovvero la commissione di altri reati, perseguita con il sequestro preventivo di un insediamento industriale o di un singolo impianto che operino in assenza dei prescritti titoli abilitativi o, comunque, violando la legge, è incompatibile con la facoltà d'uso degli stessi senza alcuna particolare prescrizione, poiché si pone in evidente contraddizione con le finalità proprie della misura cautelare reale»[12].

L'autorizzazione all'uso dell'impianto, quindi, è ammissibile solo con le opportune cautele volte ad impedire la prosecuzione dei fenomeni inquinanti, perché altrimenti il provvedimento risulterebbe incompatibile con le finalità del sequestro[13].

L'esigenza di bilanciare le esigenze cautelari con quelle della produzione può essere, altresì, soddisfatta ricorrendo alla nomina di un amministratore giudiziario, ai sensi dell'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p.

È stato, così, ritenuto legittimo il decreto di sequestro preventivo che, ritenendo opportuno non impedire totalmente l'attività produttiva nelle more della messa a norma degli impianti di smaltimento fumi e polveri, al fine di salvaguardare l'attuale livello occupazionale, aveva *consentito la prosecuzione dell'attività industriale nominando un custode ed autorizzandolo a gestire l'industria in modo da contenere le emissioni nei limiti di legge*[14].

[10] L'esigenza di bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva, di salvaguardia dell'occupazione, della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell'ambiente salubre, da un lato, con le finalità di giustizia, dall'altro, è dichiaratamente alla base della speciale disciplina dei sequestri riferiti ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori relativi a stabilimenti di interesse strategico nazionale, prevista dall'art. 3 del d.l. n. 92/2015, poi confermato dall'art. 21 *octies* del d.l. 27 giugno 2015, n. 83 aggiunto dalla legge di conversione n. 132/2015, che ha, nel contempo, abrogato l'art. 3 cit., pur facendone salvi gli effetti prodottisi nelle more. In relazione alla norma è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dal GIP del Tribunale di Taranto, con ord. 14 luglio 2015, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2015.

[11] Cass. pen., sez. III, n. 17716/2013, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 2, 2014, p. 119, con nota di V. Paone, *La facoltà di uso dell'impianto sequestrato*.

[12] Cass. pen., sez. III, n. 30482/2015, secondo cui, in tal caso, non si pone affatto la questione del rispetto o meno del principio di proporzionalità ed adeguatezza, poiché non si tratta di conseguire il medesimo risultato attraverso una cautela alternativa meno invasiva, bensì della sostanziale vanificazione degli effetti e delle finalità della misura applicata.

[13] Cass. pen., sez. III, n. 24373/2015.

[14] Cass. pen., sez. III, n. 35801/2010, secondo cui «nulla osta al fatto che l'attività produttiva continui anche in pendenza di un provvedimento di sequestro preventivo che abbia ad oggetto beni

File riservato ad esclusivo fine di studio

Allo stesso modo, è stata ritenuta legittima la decisione del Tribunale del riesame che aveva escluso la possibilità di operare il dissequestro di rifiuti al fine di consentire di provvedere allo smaltimento degli stessi, potendo tale operazione essere invece attuata dall'amministratore giudiziario nominato *ex* art. 104 *bis* disp. att. c.p.p.[15].

Il vincolo del sequestro non è, poi, incompatibile con operazioni di smaltimento dei rifiuti nel rispetto della vigente disciplina, o con l'adempimento degli obblighi di bonifica, messa in sicurezza e ripristino dei luoghi previsti dal T.U.A., in quanto «*tali attività, che rispondono comunque alle esigenze di tutela dell'ambiente e del territorio, possono essere consentite, a domanda dell'interessato, previa autorizzazione all'accesso ai luoghi, con eventuale indicazione di particolari cautele, senza necessità di revoca del sequestro, permanendo evidentemente le esigenze cautelari sottese alla sua applicazione fino al definitivo compimento delle operazioni ed alla successiva verifica, da parte dell'autorità giudiziaria, della loro corretta esecuzione. Solo all'esito di tale verifica potrà essere valutata la cessazione delle condizioni di applicabilità di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p.*»[16].

Le particolari prescrizioni imposte dal pubblico ministero, peraltro, presuppongono la perdurante efficacia del provvedimento di sequestro e sono caducate nel caso in cui il provvedimento sia revocato dal Gip, non esistendo alcuna norma dell'ordinamento che consenta al pubblico ministero di imporre prescrizioni all'indagato, in mancanza di un provvedimento di sequestro[17].

Nel caso di restituzione del bene sequestrato occorre distinguere due ipotesi.

Qualora la restituzione si fondi sull'art. 85 disp. att. c.p.p., secondo cui «quando sono state sequestrate cose che possono essere restituite previa esecuzione di specifiche prescrizioni, l'autorità giudiziaria, se l'interessato consente, ne ordina la restituzione impartendo le prescrizioni del caso», le prescrizioni vanno coordinate con la normativa ambientale di settore che individua specifiche modalità di gestione[18].

per i quali si ponga un'esigenza di utile gestione».

[15] Cass. pen., sez. III, n. 22028/2010, secondo cui rientrano nell'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo gli adempimenti necessari a ripristinare lo stato antecedente alla condotta illecita.

[16] Cass. pen., sez. III, n. 19360/2015.

[17] Cass. pen., sez. III, n. 36611/2012. Nella specie il provvedimento di revoca da parte del Gip del sequestro preventivo di vasche di raccolta del percolato aveva erroneamente ritenuto che l'esigenza di evitare l'ulteriore protrarsi dell'illecita condotta poteva essere soddisfatta mediante l'adozione delle prescrizioni e cautele puntualmente dettagliate dallo stesso pubblico ministero nel provvedimento di autorizzazione all'utilizzo delle vasche.

[18] Per un'applicazione di tale principio v. Cass. pen., sez. III, n. 23112/2012, in *Dir. e giur. agraria alimentare e dell'ambiente*, n. 7-8, 2012, p. 476, con nota di A. Pierobon, *Spedizioni transfrontaliere di rifiuti: le diverse esigenze che traspaiono dalla sentenza della Cass. pen. n. 23112 del 2012*, che ha ritenuto legittima la restituzione di un «container» contenente merce diversa da quella dichiarata nella documentazione di accompagnamento dell'esportatore straniero (nella specie, rifiuti speciali

File riservato ad esclusivo fine di studio

Quando, invece, la restituzione consegua alla revoca del sequestro od al suo annullamento per mancanza dei presupposti per la sua adozione, la stessa non può essere subordinata ad alcuna condizione a carico di indagati nei cui confronti sia stato escluso qualsiasi «*fumus*» del reato contestato, in quanto costituisce un atto dovuto ed insuscettibile di essere sottoposto a condizione, salva la possibilità di convertire il sequestro per le altre finalità di legge o di sostituirlo con la confisca nei casi consentiti[19].

Pertanto, la restituzione di un'area interessata dall'abbandono e/o dal deposito incontrollato di rifiuti che sia subordinata alla bonifica od alla rimozione dei rifiuti non trova fondamento normativo alcuno, contrasta con l'art. 23 Cost., che istituisce una riserva relativa di legge in tema di imposizioni personali o patrimoniali e si risolve nell'esercizio di un potere che l'art. 192 T.U.A assegna esclusivamente alla autorità amministrativa[20].

*1.3. La giurisdizione quale fonte «integrativa» del «*command and control*»*

Il ruolo proprio della giurisdizione, consistente nella interpretazione delle norme e nella loro applicazione alla fattispecie concreta, è stato ed è fortemente influenzato dalla evoluzione della normativa ambientale.

E così, dopo la stagione nella quale il diritto vivente esercitò un ruolo di vera e propria supplenza di fronte a fenomeni di inquinamento diffuso di matrice industriale non ancora disciplinati dalle norme vigenti[21], ricorrendo a fattispecie

il cui trasporto non risulti autorizzato), subordinata alle operazioni di recupero e bonifica a mezzo di impresa autorizzata e specializzata, ancorché la società che aveva subito il sequestro fosse inconsapevole ed estranea ai fatti in quanto l'impiego del contenitore era avvenuto a condizioni FLC (*full container load*, ossia «a contenitore pieno»), in quanto ai fini del dissequestro doveva farsi applicazione del regolamento CE 1013/2006 per la procedura di ripresa dei rifiuti nel caso di transito illegale nello Stato.

[19] Cass. pen., sez. III, n. 37280/2008.

[20] Cass. pen., sez. III, n. 28577/2014 (che richiama sez. III, n. 37280/2008 cit.). Nella specie, a seguito della revoca del sequestro di un'area sulla quale erano stati abbandonati di rifiuti da parte di ignoti, per mancanza dei prova della colpevolezza dei proprietari, il Tribunale del riesame aveva disposto la restituzione in loro favore, previa bonifica dell'area da effettuarsi sotto il controllo della P.G. Ad avviso della S.C., subordinando la restituzione del terreno alla previa sua bonifica a cura degli stessi indagati aventi diritto, riconosciuti totalmente estranei alle condotte illecite di cui all'art. 256, co. 3, T.U.A. il Tribunale del riesame aveva esercitato un potere che l'art. 192 T.U.A., assegna esclusivamente alla autorità amministrativa. Inoltre, per la rimozione dei rifiuti non è previsto dalla legge alcun onere reale a carico del proprietario che non sia stato accertato responsabile a titolo di dolo o di colpa, che possa giustificare anche nei suoi confronti l'emanazione di una ordinanza sindacale, salvo per l'ipotesi di bonifica dei siti inquinati, situazione da accertare comunque con apposito procedimento tecnico. Pertanto, la bonifica dei luoghi interessati da reati ambientali, ovvero la rimessione in pristino dello stato dei luoghi, non può essere disposta dalla autorità giudiziaria in pendenza di procedimento penale, trattandosi di sanzione penale atipica che può essere irrogata dal giudice penale solo con la sentenza di condanna, ai sensi dell'art. 256, co. 3, T.U.A.

[21] A lungo l'unica legge di tutela dell'ambiente fu quella in tema di inquinamento atmosferico (l.

File riservato ad esclusivo fine di studio

originariamente introdotte ad altri fini (fu l'epoca dei c.d. «*pretori di assalto*»), tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 cominciò a prendere forma un sistema normativo basato sul binomio precetto-controllo (il c.d. «*command and control*»), caratterizzato dalla imposizione di limiti di emissione, obblighi procedimentali (autorizzazioni, iscrizioni, comunicazioni), prescrizioni gestionali, il cui rispetto veniva demandato ai controlli, per verificare inadempienze e violazioni, ed al successivo intervento sanzionatorio in sede penale, amministrativa e civile (risarcimento del danno ambientale ed obblighi di bonifica).

Rispetto a questo sistema era inevitabile che la giurisdizione, per poter individuare i margini di operatività del sistema dei controlli, dovesse fissare a monte i presupposti per la sua attivazione; in tal modo, definendo il sistema amministrativo di regolazione dell'attività ambientale dell'impresa, spesso interessato da norme imprecise ed incomplete, ha finito per assumere un ruolo «*compensativo*» ed «*integrativo*» del «*command and control*» diventando vera e propria fonte del progressivo formarsi dello «statuto ambientale» dell'impresa di matrice giurisprudenziale.

In tale contesto, i reati ambientali, da un lato per la natura contravvenzionale e, quindi, per il carattere scarsamente afflittivo e, dall'altro, per l'ambito di illiceità coperto, sostanzialmente coincidente con la violazione delle norme procedimentali, delle prescrizioni e degli *standards*, finirono per tutelare non tanto il bene giuridico ambiente, quanto piuttosto le funzioni amministrative di controllo delle emissioni di origine industriale[22].

L'espansione del ruolo della giurisdizione quale «fonte» dello statuto ambientale dell'impresa trova conferma nella impostazione della l. n. 68/ 2015 sui delitti contro l'ambiente, caratterizzata dall'ampia «delega» conferita alla giurisdizione, realizzata mediante l'enunciazione di clausole generali e dell'affidamento all'interpretazione giurisprudenziale del compito di riempirle di contenuto[23].

n. 615/1966).

[22] Non a caso i reati ambientali furono presi a riferimento nell'ambito del dibattito che si sviluppò negli anni novanta sulla questione se il diritto penale tutelasse beni o funzioni. In tema, cfr. F. Giunta, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4, 1997, p. 1097; F. Palazzo, *Bene giuridico e tipo di sanzioni*, in *Indice pen.,* n. 2, 1992, p. 231; C.E. Paliero, *L'agorà e il palazzo quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia-Annuario di scienze penalistiche*, 2012, p. 95. Per un quadro sistematico e storico del diritto penale dell'ambiente, si rinvia a M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente*, Cedam, Padova 1996 e G. De Santis, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Giuffrè, Milano 2012.

[23] In tema sia consentito rinviare al Nostro, *La tutela penale dell'ambiente*, Giuffrè, Milano 2015, p. 57 ss., con i relativi riferimenti bibliografici. Più di recente, v. G.P. Accinni, *Disastro "ambientale" ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2015, p. 755, M. Cappai, *Un "disastro" del legislatore: gli incerti rapporti tra l'art. 434 c.p. e il nuovo art. 452* quater *c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 giugno 2016 e C. Ruga Riva, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *Cass.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

Il primo versante nel quale è riscontrabile tale impostazione è quello relativo alla procedura di estinzione delle contravvenzioni in materia ambientale (artt. 318 *bis*, 318 *octies*) introdotta dalla l. n. 68/2015 sulla falsariga del meccanismo già previsto dal d. lgs. n. 758/1994.

A differenza del d. lgs. n. 758, nel quale il legislatore ha fatto riferimento all'intera della sicurezza sul lavoro, per cui non si pongono dubbi sulla individuazione delle contravvenzioni alle quali la procedura è applicabile, nella materia ambientale, il legislatore del 2015 ha ritenuto necessaria la verifica, ai fini dell'accesso alla procedura estintiva, se il reato abbia «*cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette*».

L'individuazione di tale condizione non è agevole, specie se si consideri che la gran parte delle contravvenzioni ambientali previste dal T.U.A. ha natura di reato di pericolo presunto, in cui è esclusa ogni valutazione del giudice sulla gravità della condotta e sulla entità del danno: l'offensività è, infatti, insita nella condotta ed è presunta per legge, poichè lede l'interesse della pubblica amministrazione al controllo preventivo sulle attività potenzialmente inquinanti (per i reati che puniscono la mancanza di autorizzazione), ovvero al rispetto delle prescrizioni indicate nel titolo abilitativo o negli «*standards*» di emissione, quale condizione per il regolare esercizio dell'attività autorizzata.

Viene, quindi, richiesto di effettuare una valutazione della fattispecie concreta, per verificare se l'attività posta in essere, anche se relativa a reato di pericolo presunto, rechi effettivamente danno, o pericolo concreto di danno all'ambiente.

La soluzione del legislatore è doppiamente criticabile, in quanto:

- da un lato, la scelta di non specificare le contravvenzioni per le quali può ricorrersi alla speciale procedura, ma di subordinarne la operatività alla verifica, caso per caso, della sussistenza di determinate condizioni di concreta inoffensività, lascia spazi di opinabilità, determinando il rischio di contrasti interpretativi tra l'organo di vigilanza ed il P.M., che finirebbero per appesantire un sistema già ingolfato (ovviamente il P.M., quale «*dominus*» delle indagini, avrebbe la parola definitiva sulla ammissibilità alla procedura, ma dovrebbe comunque avviare una interlocuzione con l'organo di vigilanza che dovrebbe motivare in modo specifico le proprie valutazioni);
- dall'altro, la scelta di limitare la operatività del meccanismo estintivo alle sole contravvenzioni previste dal T.U.A., genera ingiustificate disparità di trattamento rispetto alle contravvenzioni previste da altre norme ambientali, con situazioni talvolta paradossali (ad esempio, il sistema è applicabile al reato di discarica abusiva di cui all'art. 256, co. 3,

File riservato ad esclusivo fine di studio

T.U.A., mentre sono esclusi i reati in tema di gestione di una discarica autorizzata previsti dal d. lgs. n. 36/2003).

Incertezze che si aggiungono a quelle relative all'applicabilità, in concreto, nella materia ambientale, della causa di *non punibilità per particolare tenuità del fatto* prevista dall'art. 131 *bis* c.p., introdotto dal d. lgs. n. 28/2015.

La questione si pone, in quanto i limiti di pena previsti dall'art. 131 *bis*, co. 1, c.p. per la sua applicabilità (reati per i quali è prevista una pena detentiva non superiore, nel massimo, a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena) fanno sì che la predetta causa di non punibilità riguardi gran parte dei reati ambientali; tra quelli previsti dal T.U.A. rimangono esclusi i reati di combustione illecita se relativo a rifiuti pericolosi (art. 256 *bis*) e le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260), mentre non tutti i delitti contro l'ambiente introdotti dalla l. n. 68/2015 ne rimangono esclusi (vi rientrano, il delitto di inquinamento ambientale colposo e quello di impedimento al controllo).

L'intero versante delle contravvenzioni ambientali, pur formalmente ancora intatto, si trova allora soggetto ad una duplice possibilità definitoria: quella di cui alla nuova parte sesta *bis* del T.U.A. (artt. 318 *bis*, 318 *octies*) introdotta dalla l. n. 68/2015 e quella della non punibilità per particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131 *bis* c.p., introdotto dal d.lgs. n. 28/2015.

Pur trattandosi di due versanti diversi, l'uno procedimentale e l'altro di natura sostanziale, è indubbio che la verifica delle condizioni di operatività del primo (*mancanza di* «*danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette*») implica valutazioni sulla scarsa offensività dell'illecito, per cui finisce, inevitabilmente, per sovrapporsi con lo spazio di accertamento della speciale tenuità del fatto.

In sostanza la l. n. 68/ 2015 ha aggiunto un forte elemento di discrezionalità valutativa, relativa alla verifica se il fatto sia di speciale tenuità o se, piuttosto, sia suscettibile di applicazione della procedura di estinzione prevista dalla nuova parte sesta *bis* del T.U.A.

E trattasi di verifica che, in assenza di parametri normativi sufficientemente precisi, carica di responsabilità la giurisdizione, cui viene rimessa, con una delega sostanzialmente in bianco, la modulazione, in concreto, dell'operatività delle contravvenzioni ambientali.

Tale settore è stato, di fatto, retrocesso da architrave del sistema punitivo ambientale (le contravvenzioni, per come sono disegnate, tutelano le funzioni amministrative di controllo dell'ambiente) a mera «*tutela di primo livello*» (stante l'introduzione dei più gravi delitti ambientali), ad «*applicazione eventuale*» (stante la possibilità di applicazione della speciale causa di non punibilità o della procedura estintiva speciale), senza alcun bilanciamento attraverso la rimodula-

File riservato ad esclusivo fine di studio

zione delle sanzioni amministrative (rimodulazione che sarebbe ora opportuna, con riferimento alle ipotesi in cui il fatto sia ritenuto di speciale tenuità).

La stessa «delega» alla giurisdizione si rinviene nelle due fattispecie centrali nel nuovo impianto, quelle di inquinamento ambientale (art. 452 *bis*) e disastro ambientale (art. 452 *quater*).

Tali delitti si collocano, rispetto alle contravvenzioni e tra loro, in evidente progressione criminosa.

Infatti, il mero superamento degli «*standards*» non è «*ex se*» sufficiente ad integrare il delitto di inquinamento ambientale, in quanto è necessario un «*quid pluris*» della offensività della condotta, al fine di dare contenuto ai due parametri della *significatività e misurabilità* della compromissione o del deterioramento ambientale.

Una conferma di tale impostazione può rinvenirsi in quell'orientamento che, in tema di avvelenamento di acque o di sostanze alimentari, esclude per la configurabilità del reato l'esistenza di rilevamenti attestanti il superamento dei livelli di contaminazione CSC (concentrazioni soglia di contaminazione) di cui all'art. 240, co. 1, lett. *b*) T.U.A., trattandosi di indicazioni di carattere meramente precauzionale, il cui superamento non è sufficiente ad integrare nemmeno la fattispecie prevista dall'art. 257 T.U.A., la quale sanziona condotte di inquinamento, ossia causative di un evento che costituisce evidentemente un «*minus*» rispetto all'ipotesi di avvelenamento[24].

Una volta che sia accertato un più alto livello di offensività della condotta rispetto alle contravvenzioni ambientali in tema di superamento degli «*standards*», queste devono ritenersi assorbite dal reato di cui all'art. 452 *bis* c.p.

Se, verso il basso, le fattispecie a confine sono rappresentate dalle contravvenzioni che puniscono la violazione degli «*standards*» di riferimento, verso l'alto sembra evidente la progressione criminosa che caratterizza i rapporti del delitto di inquinamento ambientale con le due figure di disastro ambientale incentrate sulla alterazione dell'ecosistema irreversibile o particolarmente onerosa.

L'accertamento del livello di intensità della lesione e, quindi, della configurabilità dell'una piuttosto che dell'altra fattispecie di reato, si presenta allora problematico, in quanto i confini tra le varie fattispecie sono di incerta definizione e rimessi, sostanzialmente, a valutazioni di natura tecnica, tanto per accertare se il superamento degli «*standards*» sia pericoloso o dannoso per l'ambiente, quanto per stabilire se tale danno, ancorché significativo, sia reversibile o riparabile, o, piuttosto, irreversibile od eliminabile con soluzioni eccezionali e particolarmente onerose (nel qual caso si configura il più grave reato di disastro ambientale).

[24] Cass. pen., sez. I, n. 45001/2014.

File riservato ad esclusivo fine di studio

1.4. L'applicazione giurisprudenziale del principio di precauzione nella responsabilità ambientale dell'impresa

Il ruolo «*integrativo*» del «*command and control*» presenta poi profili problematici.

Il primo riguarda i limiti di operatività di un principio cardine della materia ambientale, quale quello di precauzione (art. 3 *ter* T.U.A ed art. 191 T.U.E.), rispetto ad attività conformi all'autorizzazione amministrativa, cioè al tipico strumento di bilanciamento dei contrapposti interessi della produzione e dell'ambiente[25].

La sentenza Ilva, nell'individuare l'autorizzazione quale lo strumento tipico del bilanciamento di interesse tra ambiente e mercato, riconosce un'area di rischio consentito per l'impresa, rappresentato dall'ambito legittimamente autorizzato, all'interno del quale l'ordinamento «tollera», entro limiti predeterminati, forme di aggressione all'ambiente.

La conferma di tale impostazione viene dalla costruzione dei delitti di inquinamento e disastro ambientale per la cui configurabilità è richiesto che la condotta sia svolta abusivamente.

Tale concetto, non riguarda soltanto i casi in cui l'attività è svolta «clandestinamente», cioè senza autorizzazione, ma comprende anche quelli di violazione delle prescrizioni dell'autorizzazione o, comunque, delle disposizioni di legge che ne disciplinano l'esercizio.

Alla mancanza di autorizzazione vanno equiparate, come affermato per il reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti previsto dall'articolo 260 T.U.A., le situazioni in cui l'attività si svolga sulla base di autorizzazioni scadute, palesemente illegittime, nonché illegittimamente ottenute.

Si è, in definitiva, in presenza di una clausola di illiceità speciale.

È, questa, una scelta precisa operata dal legislatore che, al dì là di valutazioni di merito e di opportunità, non appare irragionevole, muovendosi nella prospettiva di individuare con precisione i confini della liceità dell'attività d'impresa nella stessa logica di bilanciamento tra impresa ed ambiente enunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza *Ilva* (n. 85/2013).

Peraltro, l'abusività della condotta per violazione di una regola cautelare ha un contenuto ampio, che non deve necessariamente riguardare la materia ambientale, potendo essere interessato qualsiasi settore inerente alla gestione dell'attività (si pensi alla disciplina della sicurezza sul lavoro in materia di fattori di rischio e di agenti inquinanti).

[25] Per un quadro generale sulla operatività del principio di precauzione si rinvia a L. Butti, *Principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle corti comunitarie e della corte costituzionale,* in *Riv. giur. amb.*, 2006, n. 6, p. 809.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Di qui la necessità di compiere valutazioni ad ampio spettro, al fine di individuare lo «statuto» normativo applicabile alla specifica realtà in esame[26].

Si pone la questione della diretta applicabilità, quale regola di condotta, del principio di precauzione, enunciato tra quelli fondamentali dell'azione ambientale dall'art. 3 *ter* T.U.A. (che riprende l'art. 191 T.U.E.)

Sul versante penale[27] la questione si è posta con riferimento al reato di cui all'art. 434 c.p. in presenza di attività autorizzata.

Si è posta la questione se tale reato sia configurabile quando il gestore dello stabilimento abbia rispettato i limiti di emissione previsti dalla legge o dall'autorizzazione, ma sussistano indicazioni tecnico-scientifiche, non ancora tradotte in norme vincolanti, che qualifichino come pericolose per la salute e l'ambiente le emissioni, anche se non superiori alla soglia di consentita nel momento in cui vengono effettuate.

La questione può venire in evidenza, in particolare, nell'ambito della disciplina dell'autorizzazione integrata ambientale, in quanto, nel sistema delineato dal legislatore, il provvedimento stabilisce i limiti di emissione in conformità alle migliori tecniche disponibili, ovvero «*best available techniques – BAT*»[28] (art. 29 *sexies* T.U.A.), con riesame periodico che «tiene conto di tutte le conclusioni sulle «BAT»[29], nuove o aggiornate, applicabili all'installazione e adottate da quando l'autorizzazione è stata concessa o da ultimo riesaminata, nonché di eventuali nuovi elementi che possano condizionare l'esercizio dell'installazione» (art. 29 *octies*)[30].

È, quindi, possibile, nel regime dell'autorizzazione integrata ambientale, che l'attività sia svolta, prima di tale verifica periodica, conformemente ai limiti dell'autorizzazione, ma in difformità rispetto alle indicazioni delle conclusioni sulle «BAT», nuove o aggiornate; conclusioni già note all'operatore, in quanto

[26] Principi confermati dalla recente Cass. pen. sez. III, n. 46170/2016.

[27] Per un quadro generale sulla operatività del principio di precauzione in materia penale, si rinvia a E. Corn, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, Giappichelli, Torino 2013.

[28] Definite dalla lett. l *ter* dell'art. 5 T.U.A. come «la più efficiente e avanzata fase di sviluppo di attività e relativi metodi di esercizio indicanti l'idoneità pratica di determinate tecniche a costituire, in linea di massima, la base dei valori limite di emissione e delle altre condizioni di autorizzazione intesi ad evitare oppure, ove ciò si riveli impossibile, a ridurre in modo generale le emissioni e l'impatto sull'ambiente nel suo complesso».

[29] Secondo la definizione di cui alla lettera l *ter* 2), le conclusioni sulle «BAT» sono «il documento adottato secondo quanto specificato all'articolo 13, paragrafo 5, della direttiva 2010/75/UE, e pubblicato in italiano nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, contenente le parti di un BREF (cioè il documento pubblicato dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 6, della direttiva 2010/75/UE) riguardanti le conclusioni sulle migliori tecniche disponibili, la loro descrizione, le informazioni per valutarne l'applicabilità, i livelli di emissione associati alle migliori tecniche disponibili, il monitoraggio associato, i livelli di consumo associati e, se del caso, le pertinenti misure di bonifica del sito».

[30] In tema, si rinvia a M.A. Labarile, *Autorizzazione integrata ambientale, come cambia il ruolo delle BAT (best available techniques)*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1, 2013, p. 1.

File riservato ad esclusivo fine di studio

devono essere pubblicate in italiano nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, ma che saranno recepite dall'AIA solo in sede di riesame.

È il caso esaminato in una vicenda[31] in cui il gestore degli impianti si era sempre attenuto ad un livello di gestione prossimo al limite massimo del tetto emissivo previsto dalla legge, nonostante le «BAT» indicassero come opportuni valori di emissione nettamente inferiori.

La soluzione adottata è stata quella di escludere l'applicabilità del principio, affermato con riferimento al reato di cui all'art. 674 c.p., secondo cui l'espressione «*nei casi non consentiti dalla legge*», ivi prevista, costituisce una precisa indicazione della necessità che, ai fini della configurazione del reato, l'emissione di gas, vapori o fumi atti ad offendere o molestare le persone avvenga in violazione delle norme o prescrizioni di settore che regolano la specifica attività e di ritenere che l'indicazione delle «BAT» rendesse doveroso il loro rispetto non sotto il profilo della specifica normativa dettata in tema di emissioni, bensì in ordine alla tutela degli ulteriori beni giuridici di rilevanza costituzionale, quali la salute e l'ambiente; conclusione fondata sul rilievo che l'intera normativa ambientale si ispira, a livello eurounitario ed interno, al cosiddetto «*principio di precauzione*», il quale «*deve trovare applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indichi che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante di una data attività possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dall'Unione europea*»[32].

La stessa questione si pone anche con riguardo ai delitti ambientali introdotti dalla l. n. 68/2015, stante la clausola di «*abusività*» della condotta e, quindi, di necessaria violazione delle regole di riferimento per la specifica attività svolta, che ne condiziona la configurabilità[33].

Sembra peraltro che, in presenza di attività autorizzate, l'attuazione del principio di precauzione compete al provvedimento di autorizzazione il quale, come rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 85/2013 (relativa alla speciale autorizzazione integrata ambientale rilasciata all'*Ilva* in forza del d.l. n. 207/2012, convertito dalla l. n. 231/2012), «*rappresenta lo strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore, all'individuazione del punto di*

[31] Cfr. Gip Tribunale Savona, 11 marzo 2014, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 maggio 2014, con nota di S. Zirulia, *Fumi di ciminiere e* fumus commissi delicti: *sequestrati gli impianti Tirreno Power per disastro "sanitario" e ambientale*.

[32] La decisione ha ritenuto la natura dolosa della violazione del principio di precauzione, in adesione all'orientamento seguito dalla recente giurisprudenza di merito che ritiene sufficiente, per la configurabilità del reato di cui all'art. 434 c.p. il dolo generico (*retro*). Analoga impostazione si rinviene nella vicenda Ilva (v. Tribunale del riesame Taranto, 7/20 agosto 2012, in <*http://olympus.uniurb.it*>).

[33] Per l'approfondimento di tali delitti ed i rapporti con il disastro innominato di cui all'art. 434 c.p., sia consentito rinviare al Nostro, *La tutela penale dell'ambiente*, Giuffrè, Milano 2015, p. 76 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione. Una volta raggiunto tale punto di equilibrio, diventa decisiva la verifica dell'efficacia delle prescrizioni».

Appare, quindi, problematica l'applicazione diretta del principio di precauzione per fondare la colpevolezza di chi gestisca un impianto conformemente all'AIA, in assenza di una norma o di una prescrizione che impongano il rispetto delle conclusioni sulle «BAT» fin dal momento della loro pubblicazione e prima del riesame del provvedimento,[34] considerato che quest'ultimo deve essere disposto «entro quattro anni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea delle decisioni relative alle conclusioni sulle «BAT» riferite all'attività principale di un'installazione» [art. 29 *octies*, co. 3, lett. *a*), T.U.A.], senza, quindi, una scadenza predeterminata [come nella diversa ipotesi di decorso di dieci anni dal rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale, prevista dalla successiva lett. *b*)][35] e, soprattutto, senza che siano previsti obblighi di iniziativa del gestore, in quanto il riesame viene avviato da parte dell'autorità competente (comma 5)[36].

L'individuazione dell'ambito autorizzato come perimetro di esclusione della operatività, ai fini del rispetto degli *standards*, di ulteriori e più stringenti generici obblighi di prevenzione trova conferma nella giurisprudenza civile della Cassazione,[37] con l'affermazione che *il principio di precauzione – sancito dall'ordinamento comunitario come cardine della politica ambientale – è assicurato dallo stesso legislatore statale attraverso la disciplina contenuta nella legge 22 febbraio 2001, n. 36, e nel d.p.c.m. 8 luglio 2003, che ha fissato i parametri relativi ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione e agli obiettivi di qualità, i quali non sono modificabili, neppure in senso restrittivo, dalla normativa delle singole Regioni (Corte cost., sentenza n. 307 del 2003), ed il cui mancato superamento osta alla possibilità di avvalersi della tutela giudiziaria preventiva del diritto alla salute, che è ipotiz-*

[34] Il tema dell'applicabilità del principio di precauzione diretta ed anticipata rispetto alla regolamentazione di riferimento si pone anche nel caso di modifiche ad «applicabilità differita» al Reg. (CE) n. 1272/2008 sulle sostanze pericolose richiamato dalla Decisione n. 2014/955/UE ai fini della classificazione dei rifiuti. Per la soluzione negativa, si rinvia al Nostro, *Il falso nella classificazione dei rifiuti*, in *Rifiuti n. 244/245*, novembre-dicembre 2016.

[35] La previsione soltanto di un termine massimo per attivare la procedura di riesame in presenza di nuove disposizioni europee sulle «BAT», sembra essere sintomatica della natura fisiologica dell'adeguamento delle norme tecniche e della conseguente presunzione della non palese ed immediata inadeguatezza di quelle ormai superate, fermo restando che l'Autorità competente, laddove necessario, può attivarsi immediatamente per il riesame dell'AIA ed eventualmente disporre la sospensione delle emissioni divenute pericolose.

[36] L'obbligo di informativa a carico del gestore riguarda gli esiti degli autocontrolli e la notizia di inconvenienti o incidenti che influiscano in modo significativo sull'ambiente, ai sensi dell'art. 29 *decies*, co. 3, T.U.A.

[37] Per un quadro generale sulla operatività del principio di precauzione in materia civile, v. E. Del Prato, *Il principio di precauzione nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 2009, p. 633.

File riservato ad esclusivo fine di studio

zabile solo in caso di accertata sussistenza del pericolo della sua compromissione, da ritenersi presuntivamente esclusa quando siano stati rispettati i limiti posti dalla disciplina di settore[38].

D'altra parte, la stessa disciplina del danno ambientale nel T.U.A.[39], improntata sulla responsabilità presunta dell'operatore che svolga determinate attività specificamente individuate (art. 311 in relazione alle attività elencate nell'allegato 5 alla parte sesta), nell'individuare (art. 308, co. 5) i casi in cui non sono a carico dell'operatore i costi delle azioni di precauzione, prevenzione e ripristino, fa riferimento all'ipotesi in cui egli possa provare che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che l'evento è stato causato, alternativamente:

- da un'emissione o un evento espressamente consentiti da un'autorizzazione conferita ai sensi delle vigenti disposizioni legislative e regolamentari recanti attuazione delle misure legislative adottate dalla Comunità europea di cui all'allegato 5 della parte sesta, applicabili alla data dell'emissione o dell'evento e in piena conformità alle condizioni ivi previste (lettera *a*);
- ovvero da un'emissione o un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività che l'operatore dimostri non essere stati considerati probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività (lettera *b*).

Evidente è la prospettazione alternativa delle due fattispecie (confermata dall'avverbio «ovvero» in apertura della seconda) e, pertanto, la netta distinzione tra la legittima autorizzazione, definitoria dell'ambito entro il quale l'attività autorizzata non è comunque ritenuta produttiva di danni e la situazione, esterna all'ambito autorizzato, in cui l'operatore ha l'onere di provare di avere agito secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività, cioè – appunto – di aver concretamente operato secondo in linea con il principio di precauzione, che costituisce, quindi, il criterio di riferimento laddove manchi una espressa disciplina amministrativa regolatrice dell'attività d'impresa[40].

[38] Cass. civ., sez. III, n. 15853/2015.

[39] In tema sia consentito rinviare al Nostro, *Responsabilità per danno all'ambiente*, in <*http://ridare.it*>, 18 ottobre 2016.

[40] In questa prospettiva il principio di precauzione è ispiratore di profili essenziali nella gestione dei rifiuti. Si pensi: 1) alla natura estensiva del concetto di rifiuto ed al conseguente regime dell'onere della prova (la Corte di giustizia, sez. II, 11 novembre 2004, C-457/02, ha chiarito che la specificazione della nozione di «rifiuto», della quale è pur sempre necessaria comunque un'interpretazione estensiva in ragione dei principi di precauzione e prevenzione espressi dalla normativa comunitaria in materia, è possibile solo nei limiti in cui sia sottratta alla relativa disciplina ciò che risulti essere un mero «sottoprodotto», del quale l'impresa non abbia intenzione di disfarsi; 2) alle modalità di caratterizzazione e classificazione come esplicitate dal d.l. 24 giugno 2014, n.

File riservato ad esclusivo fine di studio

1.5. Autocontrollo ambientale e libertà dalle autoincriminazioni

Altro aspetto problematico è quello del rapporto tra il *sistema di autocontrollo in funzione collaborativa*, ricorrente nella normativa ambientale, nell'ambito del quale l'impresa è chiamata a fornire dati relativi alla propria attività suscettibili di essere valutati quali vere e proprie notizie di reato e, come tali, idonei a fondare l'avvio di un procedimento penale, ed il principio della c.d. *libertà dalle autoincriminazioni* («*nemo tenetur se detegere*»), costituente espressione del diritto di difesa sancito dall'art. 24, co. 2, Cost., nel quale deve ritenersi compreso il diritto del cittadino di non fornire le prove della propria eventuale colpevolezza[41].

La Corte costituzionale, nelle occasioni in cui si è pronunciata[42] sulla portata del principio della libertà dalle autoincriminazioni ha negato l'applicabilità della garanzia in questione facendo leva da un lato sulla rilevanza solo processuale del principio (per cui opera solo quando una persona sia già indagata od imputata) e dall'altro sul difetto del c.d. rapporto diretto o di consequenzialità necessaria tra le informazioni richieste per legge e la conseguente incriminazione del soggetto tenuto a fornirle.

Tale principio è stato affermato dall'ordinanza n. 186/1996, con riferimento alla disciplina penale sanzionatoria dei registri di carico e scarico[43], i quali contengono dati relativi alla gestione dei rifiuti idonei a fondare la prova di eventuali illeceità ad essa correlate[44].

In tale occasione la Corte costituzionale ha affermato:

91, art. 13, co. 5 *bis*, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 116, che ha aggiunto all'Allegato D del d. lgs. n. 152 del 2006 un art. 1, rubricato «Classificazione dei rifiuti», che ai commi 5 e 6 prevede l'applicazione concreta del principio di precauzione nei casi in cui è dubbia la natura pericolosa del rifiuto.

[41] Sul tema v., in generale, D. Tassinari, Nemo tenetur se detergere. *La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato,* Bononia University Press, 2012, nonché N. Furin, *Il principio della libertà dalle autoincriminazioni e la sua rilevanza in materia di denuncia di infortunio sul lavoro o di malattia professionale*, in *Cass. pen.*, n. 3, 1998, p. 1008, A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità:* nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2, 1999, p. 538 e G. Zanotti, *"*Nemo tenetur se detegere*": profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 1, 1989, p. 175.

[42] Sentenze n. 32/1965 e n. 236/1984 ed ordinanza n. 186/1996.

[43] L'ordinanza ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 3, co. 3, e 9 *octies*, co. 3, del d.l. 9 settembre 1988, n. 397, convertito, con modificazioni, nella legge 9 novembre 1988, n. 475, recante la disciplina dei registri di carico e scarico (inclusa quella sanzionatoria, all'epoca penale) poi sostituita dalla disciplina di tali registri di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 22/1997 ed all'art. 190 T.U.A. con l'introduzione di sanzioni amministrative per l'ipotesi di omessa od incompleta tenuta degli stessi.

[44] Cfr. sez. III, n. 13808/2001, secondo cui il giudice per accertare il reato di deposito incontrollato di rifiuti a seguito della violazione delle regole del deposito temporaneo deve verificare la sussistenza di tali condizioni acquisendo le necessarie informazioni quantitativo-temporali sull'attività dell'azienda, desumibili anche dai registri di carico e scarico, la cui tenuta è obbligatoria anche per i depositi temporanei.

File riservato ad esclusivo fine di studio

- che gli obblighi di comunicazione della quantità e qualità dei rifiuti sopraindicati prodotti o smaltiti, previsti dalle disposizioni censurate, risultano strumentalmente diretti alla tutela dell'ambiente, garantita come diritto fondamentale dall'art. 9 Cost. e trovano, altresì, specifico fondamento nell'art. 41, co. 2, Cost. per il quale l'iniziativa economica privata deve svolgersi in modo da garantire «la sicurezza, la libertà e la dignità umana» da ricollegarsi anche alla tutela dell'ambiente;
- che i predetti obblighi di comunicazione rientrano, inoltre, nella sfera dei doveri inerenti ai produttori e smaltitori di rifiuti ed in quanto tali risultano assunti in base ad una libera scelta dell'individuo di svolgere una attività economica che comporta oneri previsti dalla legge;
- che su un piano più generale non può negarsi che la legge possa ragionevolmente (senza aggravare inutilmente la posizione del soggetto interessato) prescrivere, in via generale, a carico di tutti coloro che espletano una determinata attività liberamente scelta, obblighi non legati alla pretesa punitiva (anche se sanzionati in via amministrativa o penale) di comunicazione della stessa attività o delle modalità d'esercizio (come presupposto della legittimità), quando questa sia soggetta a controlli della pubblica amministrazione, tanto più se correlati a una doverosa salvaguardia di interessi fondamentali secondo Costituzione, quali la tutela dell'ambiente e della indissolubile qualità della vita dell'uomo; che, d'altro canto, il diritto al silenzio dell'imputato, in quanto specificazione del diritto di difesa, garantito dall'art. 24, co. 2, Cost., opera, per costante giurisprudenza di questa Corte, dal momento della instaurazione del procedimento penale o dal momento in cui l'indizio di reato si soggettivizza nei confronti di una determinata persona (sentenze n. 181 e n. 198 del 1994);
- che non è ipotizzabile esercizio del diritto di difesa «in relazione a comportamenti che in sé considerati non costituiscono autodenuncia o confessione di reati [...] se manca un rapporto diretto tra incriminazione e le domande della pubblica autorità ovvero tra dichiarazioni e gli adempimenti» cui il soggetto è penalmente tenuto da un lato e l'incriminazione eventuale, per uno o più reati, dall'altro, venendo meno in radice ogni possibilità di invocare la garanzia costituzionale dell'art. 24, co. 2, Cost. (v. sentenze n. 236/1984 e n. 32/1965).

Tale seconda precisazione potrebbe sembrare ultronea rispetto al principio secondo cui il divieto di autoincriminazione operi nella sola fase processuale.

Tuttavia va tenuto presente che in passato la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 149/1969) aveva affermato, in tema di diritto di difesa nel procedimento di prelievo dei campioni, di analisi e di revisione di analisi delle sostanze

File riservato ad esclusivo fine di studio

di uso agrario e dei prodotti agrari, che il termine procedimento, nel quale il secondo comma dell'articolo 24 della Costituzione vuole sia garantita la difesa come diritto inviolabile, rientrano anche gli atti di Polizia giudiziaria che precedono il procedimento penale quando vi sia un indizio di reato ed esso si soggettivizzi nei confronti di una determinata persona. A partire da tale momento «devono operare i meccanismi idonei a garantire almeno un minimo di contraddittorio, di assistenza e di difesa».

Pertanto, cercando di esplicitare il ragionamento della Corte costituzionale, non rileva il fatto che l'inserimento dei dati nei registri avvenga in una fase preprocessuale, poiché anche in essa può essere fatto valere il diritto di difesa qualora la comunicazione dei dati abbia natura indiziante per il soggetto da cui proviene. Assume piuttosto rilievo determinante la considerazione che l'inserimento dei dati nei registri non rende invocabile la garanzia costituzionale dell'art. 24, co. 2, Cost. per violazione del diritto di difesa poiché non sussiste un «rapporto diretto tra incriminazione e le domande della pubblica autorità, ovvero tra dichiarazioni e gli adempimenti cui il soggetto è penalmente tenuto da un lato e l'incriminazione eventuale, per uno o più reati, dall'altro».

In altri termini, l'inserimento dei dati ha una funzione di mera registrazione (lo stesso dicasi per il Sistri)[45] ed in sé non esplicita alcuna diretta ed immediata comunicazione di fatti costituenti indizio di reato.

Vi sono però altri casi di tensione dell'autocontrollo ambientale con il principio della c.d. libertà dalle autoincriminazioni.

Il primo è quello della comunicazione dell'evento di contaminazione che rende obbligatoria la bonifica.

Il comma 1 dell'art. 257 T.U.A. punisce, infatti, sia chiunque cagiona l'inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali o delle acque sotterranee con il superamento delle concentrazioni soglia di rischio, se non provvede alla bonifica in conformità al progetto approvato dall'autorità competente nell'ambito del procedimento di cui agli artt. 242 ss., sia chi non effettua la comunicazione che, secondo il comma 1 dell'art. 242 T.U.A., il responsabile dell'inquinamento deve entro ventiquattro effettuare al verificarsi di un evento che sia potenzialmente in grado di contaminare il sito.

Orbene, il fatto che determina la contaminazione del sito costituisce di regola reato (scarico, abbandono, miscelazione, interramento o discarica di rifiuti); tuttavia, ai fini della bonifica, viene imposto un obbligo di comunicazione la cui inosservanza è penalmente sanzionata, di fatto costringendo il responsabile della contaminazione ad una sorta di autodenuncia per gli illeciti eventualmente commessi con la condotta che l'ha determinata.

[45] Sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (art. 188 *ter* T.U.A.) non ancora entrato in vigore per effetto di successive proroghe (da ultimo art. 12, d.l. n. 244/2016).

File riservato ad esclusivo fine di studio

Evidentemente consapevole della delicatezza del tema, il T.U.A. aveva introdotto in via generalizzata, nel caso di osservanza dei progetti approvati ai sensi degli artt. 242 ss., con il co. 4 dell'art. 257, la non punibilità per i reati ambientali contemplati da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento di cui al co. 1[46].

Tuttavia, tale clausola non copre il reato di omessa comunicazione, che è autonomo e può configurarsi anche quando sia stato presentato in ritardo il progetto di bonifica e ad esso sia data esecuzione.

Inoltre, la l. n. 68/2015, nell'introdurre i delitti ambientali, ha ristretto la non punibilità alle sole contravvenzioni escludendola per i delitti.

Resta allora il dubbio se la previsione di un obbligo di comunicazione di fatti costituenti reato di inquinamento, penalmente sanzionato in modo autonomo, a prescindere dalla successiva bonifica, sia conforme al principio costituzionale in tema di libertà dalle autoincriminazioni.

Ed infatti l'ordinanza della Corte costituzionale n. 186/1996 ritiene invocabile la garanzia costituzionale dell'art. 24, co. 2, Cost. per violazione del diritto di difesa quando sussiste un «rapporto diretto tra incriminazione e le domande della pubblica autorità, ovvero tra dichiarazioni e gli adempimenti cui il soggetto è penalmente tenuto da un lato e l'incriminazione eventuale, per uno o più reati, dall'altro».

Tale affermazione ha carattere generale ed è riferibile, quindi, anche a situazioni preprocessuali in cui vi siano indizi di reato che si soggettivizzano, cioè sono riferibili ad un soggetto determinato.

Ed è proprio questa la situazione che si verifica nel caso della comunicazione dell'evento di contaminazione, la quale assume il valore di vera e propria notizia di reato con riferimento agli altri illeciti eventualmente commessi con la condotta che ha determinato la contaminazione, avendosi in tal modo una fattispecie pienamente coincidente con la violazione del divieto costituzionale di autodenuncia.

Restano, quindi, profili problematici sulla tenuta costituzionale della fattispecie, che non sono esclusi dal fatto che la comunicazione va effettuata a prescindere dal superamento delle soglie di contaminazione e quindi, a prescindere dall'eventuale obbligo di bonifica, in quanto la stessa riguarda fatti che di regola costituiscono reati ambientali (es. abbandono o smaltimento non autorizzato di rifiuti).

[46] Cass. pen., sez. IV, n. 29627/2016, ha precisato che l'art. 257 T.U.A., co. 4, nel testo applicabile *ratione temporis*, anteriore alla l. n. 68 del 2015, limitava l'applicazione della «condizione di non punibilità» dell'osservanza dei progetti approvati ai sensi degli artt. 242 ss. «ai reati ambientali contemplati da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento di cui al comma 1», e, quindi, non era estensibile al delitto di danneggiamento, trattandosi di delitto comune solo eventualmente configurabile nel caso di inquinamento ambientale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Tali profili, poi, rischiano di coinvolgere non soltanto la tenuta costituzionale della contravvenzione di omessa comunicazione, ma anche le stesse fattispecie di reato configurabili nel fatto oggetto di comunicazione, qualora la prova esclusiva della loro sussistenza sia da essa rappresentata, stante il generale divieto di inutilizzabilità di prove illegittimamente acquisite ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

La revisione delle fattispecie di omessa bonifica, con l'auspicata unificazione di quella contravvenzionale e quella delittuosa, dovrebbe, allora, farsi carico anche di superare tali profili di tensione con il divieto di autoincriminazione, eventualmente collegando alla tempestiva comunicazione effetti premiali.

Altra ipotesi di tensione dell'autocontrollo ambientale con il principio della c.d. libertà dalle autoincriminazioni è quella del reato di violazioni delle prescrizioni dell'autorizzazione integrata ambientale per superamento dei valori limite di emissione, previsto dal co. 3 dell'art. 29 *quattuordecies* T.U.A.

Tale violazione, secondo la norma, è quella «rilevata durante i controlli previsti nell'autorizzazione o nel corso di ispezioni di cui all'art. 29 *decies*, co. 4 e 7, a meno che tale violazione non sia contenuta in margini di tolleranza, in termini di frequenza ed entità, fissati nell'autorizzazione stessa».

Pertanto, oltre che dall'accertamento emerso nell'ambito delle ispezioni da parte dell'autorità di controllo o degli organi di vigilanza (art. 29 *decies*, rispettivamente co. 4 e 7), l'illecito può dipendere anche dalla emersione della violazione dei valori limite di emissione in sede di autocontrollo da parte del gestore, attività disciplinata dall'art. 29 *decies*, co. 2, secondo cui, a far data dall'invio della comunicazione di avvio dell'installazione, il gestore trasmette all'autorità competente e ai comuni interessati, nonché all'ente responsabile degli accertamenti, i dati relativi ai controlli delle emissioni richiesti dall'autorizzazione integrata ambientale, secondo modalità e frequenze stabilite nell'autorizzazione stessa.

Ai fini del rapporto di tale previsione con il principio della c.d. *libertà dalle autoincriminazioni* occorre considerare che:

- secondo l'art. 29 *quattuordecies*, co. 8, l'omessa comunicazione dei dati relativi alle misurazioni delle emissioni di cui all'art. 29 *decies*, co. 2, è prevista come illecito amministrativo;
- se, però, con tale comunicazione, il gestore fornisca dati falsificati o alterati, si applica la pena di cui all'art. 483 c.p. (co. 9).

La comunicazione dei dati relativi alle misurazioni delle emissioni assume, quindi, una valenza pubblicistica, da individuarsi nella veridicità «*erga omnes*» di quanto attestato dal gestore, tanto che lo stesso art. 29 *decies*, co. 2, prevede che l'autorità competente provvede a mettere i dati a disposizione del pubblico.

Tale valenza giustifica la previsione del reato di falso in comunicazione, come del resto affermato con riferimento alla condotta del pubblico ufficiale

File riservato ad esclusivo fine di studio

estensore di un atto falso al fine di non fare emergere la propria penale responsabilità in ordine all'episodio in esso rappresentato, situazione nella quale egli non può invocare la scriminante dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.), «*sub specie*» del principio «*nemo tenetur se detegere*», per avere attestato il falso, non essendo ammissibile che la finalità probatoria dell'atto pubblico possa essere sacrificata all'interesse del singolo di sottrarsi alle conseguenze di un delitto[47].

La giustificazione dell'obbligo, penalmente sanzionato, di rappresentare il vero nella comunicazione dei dati relativi alle misurazioni delle emissioni, costituisce, però, un profilo distinto dalle conseguenze sanzionatorie del fatto rappresentato, cioè dalla responsabilità per la violazione dei limiti di emissione fondata sull'adempimento di quell'obbligo in sede di autocontrollo.

La previsione di tale responsabilità stride con il principio della c.d. libertà dalle autoincriminazioni.

Sembra pertanto preferibile una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, in base alla quale l'invio, da parte del gestore all'autorità competente, di un autocontrollo che rivela un superamento di un valore limite, non può in automatico fondare la responsabilità penale del gestore stesso per tale superamento, ma possa soltanto costituire lo spunto per accertamenti da parte degli organi di controllo, oltre che per l'adozione dei provvedimenti amministrativi di modifica delle prescrizioni dell'AIA, o di diffida/revoca della stessa, ai sensi del co. 9 dell'art. 29 *decies*.

Alle stesse conclusioni deve pervenirsi per quanto riguarda l'analoga questione che pone il combinato disposto di cui agli artt. 271, co. 14, e 279, co. 2, T.U.A. in tema di violazione dei valori limite di emissione in atmosfera, poiché anche in questo caso la configurabilità del reato può fondarsi su dati forniti dallo stesso responsabile in sede di registrazione e comunicazione dei dati relativi alle emissioni anomale.

Parte seconda: il mercato come risposta alla crisi ambientale e la giurisdizione

*2.1. L'insufficienza del "*command and control*" e l'emersione degli strumenti volontari per la tutela dell'ambiente*

Parallelamente alla espansione del ruolo della giurisdizione «*integrativo*» del «*command and control*», iniziò ad emergere la consapevolezza che demandare al solo controllo la verifica del rispetto dell'ambiente richiedeva un impiego di risorse umane e finanziarie insostenibile rispetto alla crescita tumultuosa dei fenomeni di inquinamento industriale[48].

[47] Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. V, n. 38085/2012 e n. 12697/2014.

[48] Per l'analisi del dibattito sul tema si rinvia a R. Rinaldi, *"De-regulation" o "re-regulation" ambien-*

File riservato ad esclusivo fine di studio

Fu il mondo delle imprese a determinare l'ulteriore evoluzione dell'ordinamento ambientale.

Partendo dalla considerazione che in un sistema impostato sul solo «*command and control*» l'ambiente finiva per essere visto soltanto come un freno alle potenzialità produttive, un problema da risolvere e non come una occasione di crescita e di distinzione sul mercato, iniziarono ad emergere, a partire dai primi anni novanta, «strumenti volontari» che, rendendo per l'impresa conveniente il rispetto dell'ambiente, erano idonei ad indirizzarla in modo non cogente verso la riduzione e prevenzione dell'inquinamento.

Tale fenomeno cominciò con l'affermazione delle c.d. «*certificazioni ambientali*», consistenti nella adesione volontaria a regole gestionali determinate da organismi privati[49] controllata da soggetti esterni indipendenti ed accreditati[50]; evoluzione cui diede ben presto seguito il legislatore europeo con i regolamenti «*Emas*», sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e *audit* [Reg. (CEE) 29 giugno 1993, n. 1836/93] ed «*Ecolabel*» relativo al sistema comunitario di assegnazione di un marchio di qualità ecologica [Reg. (CEE) 23 marzo 1992, n. 880/92], poi sostituiti fino ai vigenti Reg. (CE) 25 novembre 2009, n. 1221/2009 e Reg. (CE) 25/11/2009, n. 66/2010, per i quali l'impresa, sottoponendosi volontariamente ad una specifica disciplina di tutela ambientale, ottiene, quale contropartita, il diritto di utilizzare un particolare marchio, a valenza comunitaria, che qualifica, rispettivamente, il sito produttivo od il prodotto.

Il sistema delle certificazioni, nelle sue varie declinazioni, nato con una funzione meramente promozionale, essendo fondato su strumenti diretti a valorizzare l'immagine dell'impresa verso i consumatori, in termini di qualità e di vantaggio nei confronti della concorrenza, è stato progressivamente riconosciuto ad altri fini dall'ordinamento.

E così il T.U.A. collega alla adozione dei sistemi di certificazione agevolazioni procedimentali o finanziarie[51], in tema:

tale: il dibattito in Europa, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 4, 1996, p. 325.

[49] In materia si fa riferimento alle norme tecniche elaborate dall'International Organization for Standardization (ISO) con la sigla ISO 9001 e poi con quella ISO 14001, periodicamente aggiornata, la quale identifica uno standard di gestione ambientale (SGA) generalmente riconosciuto come qualitativamente idoneo.

[50] Il sistema di accreditamento è stato poi regolato compiutamente dal Reg. (CE) 09/07/2008, n. 765/2008.

[51] In questo contesto va segnalato il tentativo del legislatore di avviare un regime di semplificazione dei controlli amministrativi a carico delle imprese soggette a certificazione che, in due occasioni, entrambe non andate a buon fine, aveva previsto la emanazione di regolamenti in materia ai sensi dell'art. 17, co. 2, l. 23 agosto 1988, n. 400 (art. 30 d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 6 agosto 2008, n. 133 ed art. 14 d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 4 aprile 2012, n. 35).

File riservato ad esclusivo fine di studio

- di rinnovo e riesame dell'AIA (art. 29 *octies*);
- di rinnovo delle autorizzazioni alle imprese in possesso di certificazione ambientale in materia di gestione dei rifiuti (art. 209);
- di riduzione delle garanzie finanziarie per l'iscrizione all'albo nazionale gestori ambientali (art. 212, co. 10 e 11);
- di riduzione delle garanzie finanziarie per le spedizioni transfrontaliere (art. 194).

Può farsi poi riferimento ai regolamenti in materia di Eow[52], i quali delineano un sistema per il quale i rifiuti cessano di essere considerati tali allorché, all'atto della cessione dal produttore ad un altro detentore, sono soddisfatte condizioni di natura sostanziale e procedurale, prevedendo, tra queste, oltre alla compilazione, da parte del produttore o dell'importatore, di una *dichiarazione di conformità*, che deve essere trasmessa al detentore successivo della partita di rifiuti recuperati, anche l'applicazione, da parte del produttore, di un *sistema di gestione della qualità*, che prevede tutta una serie di procedimenti documentati, nonché obblighi specifici di monitoraggio, sistema che deve essere verificato da uno speciale organismo di valutazione.

In questo caso, si assiste alla integrazione tra un rapporto di natura privatistica, quale è il c.d. contratto di accreditamento (*infra*) ed i profili di responsabilità penale, in quanto la mancata attuazione del sistema di gestione, escludendo l'applicabilità delle regole dell'*Eow* alla base del recupero, attribuisce carattere di illiceità alla gestione dei rifiuti.

La materia delle certificazioni ambientali ha poi trovato spazio nel settore dei *contratti pubblici*, sia per quanto riguarda *l'aggiudicazione*[53], sia per quanto

[52] Vedi: per i rottami metallici (ferro, acciaio e alluminio), il regolamento 333/2011/Ue; per i rottami vetrosi, il regolamento 1179/2012/Ue; per i rottami di rame, il regolamento n. 715/2013/Ue.

[53] Dopo le prime aperture con l'abrogato d. lgs. n. 163/2006, il quale all'art. 2, co. 2, consentiva di subordinare il principio di economicità a criteri ispirati sia a esigenze sociali, sia «alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile» ed all'art. 83, co. 1, prevedeva che la stazione appaltante potesse inserire tra i criteri qualitativi dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche le caratteristiche ambientali, che diventavano così un parametro di valutazione al quale l'amministrazione attribuisce un punteggio autonomo, il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 50/2016: all'art. 69 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici che intendono acquistare lavori, forniture o servizi con specifiche caratteristiche ambientali, sociali o di altro tipo, possono imporre nelle specifiche tecniche, nei criteri di aggiudicazione o nelle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, un'etichettatura specifica come mezzo di prova che i lavori, le forniture o i servizi corrispondono alle caratteristiche richieste, e fissa le specifiche condizioni richieste;agli artt. 87 e 89 in continuità normativa con l'art. 44 del d. lgs. 163/2006 prevede che qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare che l'operatore economico soddisfa determinate norme di garanzia della qualità, compresa l'accessibilità per le persone con disabilità, le stazioni appaltanti: *a*) si riferiscono ai sistemi di garanzia della qualità basati sulle serie di norme europee in materia, certificati da organismi accreditati; *b*) ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità, qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità

File riservato ad esclusivo fine di studio

riguarda il c.d. *Green public procurement* (GPP), in tema di *acquisti verdi* della pubblica Amministrazione[54].

Oltre alle certificazioni ambientali, che riguardano la *fase gestionale* dell'impresa, rientrano tra gli strumenti volontari quelli *negoziali*. Al riguardo possono distinguersi tre distinti settori:

- il c.d. «*mercato virtuale*» per conseguire il risparmio energetico e l'implementazione dell'uso delle energie rinnovabili, impostato sui c.d. *cer-*

di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che gli operatori economici dimostrino che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste (cfr. Consiglio di Stato, 13 ottobre 2016 n. 4238 che ha dichiarato illegittima l'esclusione automatica di una società che aveva presentato una certificazione siglata da un Ente non accreditato, dovendo la stazione appaltante verificare attraverso scrutinio il reale possesso dei requisiti).

[54] Che aveva preso il via con il d.m. 11 aprile 2008 (approvazione del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione) ed ha trovato conferma nell'art. 34 del codice obbliga infatti le stazioni appaltanti ad inserire nella documentazione progettuale e di gara almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi (CAM) adottati con vari decreti del Ministero dell'ambiente per diversi beni e servizi (v. anche l'art. 206 *sexies* T.U.A., introdotto dalla l. n. 221/2015, che prevede azioni premianti per le pubbliche amministrazioni in caso di utilizzo di prodotti che impiegano materiali post consumo o derivanti dal recupero degli scarti e dei materiali rivenienti dal disassemblaggio dei prodotti complessi negli interventi concernenti gli edifici scolastici, le pavimentazioni stradali e le barriere acustiche). I criteri ambientali minimi sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (di regola, l'obbligo di acquisti verdi riguarda almeno il 50 per cento del valore a base d'asta).

File riservato ad esclusivo fine di studio

tificati verdi[55]*, certificati bianchi*[56] e *certificati neri*[57];

- le forme contrattuali[58] con la finalità di favorire il *risparmio energetico*, quali il *contratto servizio energia*[59] ed il *contratto di rendimento energetico* (o secondo la terminologia anglosassone *Energy Performance Contract*, o *EPC*)[60];

[55] Introdotti dall'art. 11 d. lgs. n. 79/1999, attuato dal d.m. 11 novembre 1999 e successive modificazioni ed int., ai fini della incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. Il meccanismo dei certificati verdi è basato su tre passaggi: l'obbligo, a carico dei produttori e degli importatori di energia elettrica prodotta da fonti non rinnovabili, di immettere annualmente nel sistema elettrico nazionale una quota di elettricità prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili; il rilascio da parte del Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. – GSE al titolare di un impianto qualificato IAFR (impianto alimentato da fonti rinnovabili) dei predetti certificati, attestanti convenzionalmente la produzione di un determinato quantitativo di energia rinnovabile; la possibilità di soddisfare il predetto obbligo anche attraverso l'acquisto di certificati verdi, corrispondenti alla quota dovuta. Il meccanismo è stato sostituito con un altro sistema di incentivi dal d. lgs. n. 28/2011 che lo ha mantenuto in essere nella fase transitoria (artt. 24 e 25). In tema, cfr. V. Colcelli, *La natura giuridica dei certificati verdi*, in *Riv. giur. amb.*, n. 2, 2012, p. 179.

[56] Introdotti con due decreti del 20 luglio 2004, recanti l'uno «nuova individuazione degli obiettivi quantitativi per l'incremento dell'efficienza energetica negli usi finali di energia, ai sensi dell'art. 9, co. 1, d. lgs. n. 79/1999 (in tema di risparmio di energia elettrica) e del d.m. 20/07/2004, Nuova individuazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico e sviluppo delle fonti rinnovabili, di cui all'art. 16, co. 4, d. lgs. n. 164/2000 (in tema di risparmio di gas naturale). I certificati bianchi, noti anche come Titoli di Efficienza Energetica (TEE), sono rilasciati dal gestore del mercato elettrico in favore, rispettivamente, dei distributori di energia elettrica e di gas naturale, attestanti il conseguimento di risparmi di energia in relazione al bene distribuito (previsto come obbligatorio per tali operatori, rispettivamente dall'art. 9, co. 1, d. lgs. n. 79/1999 e dall'art. 16, co. 4, d. lgs. n. 164/2000). Anche in questo caso è stato previsto un mercato per la contrattazione di tali titoli (le successive modifiche da parte del d. m. 21/12/2007 e dell'art. **7** d. lgs. n. 115/2008 non hanno toccato l'impostazione di fondo). L'art. 7 d. lgs. n. 102/2014 e succ. mod. ed int., nel prevedere che l'obiettivo di risparmio nazionale cumulato di energia finale da conseguire nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2014 e il 31 dicembre 2020, è attuato secondo il regime obbligatorio di efficienza energetica di cui all'art. 7 della direttiva 2012/27/UE, prevede che tale regime è costituito dal meccanismo dei certificati bianchi di cui ai decreti legislativi 16 marzo 1999 n. 79 e 23 maggio 2000 n. 164 e relativi provvedimenti di attuazione, secondo le condizioni contestualmente specificate.

[57] Riguardano le disposizioni introdotte a partire dal 2006 (d. lgs. n. 216/2006, poi abrogato e sostituito dal d. lgs. n. 30/2013 e succ. mod. ed int.) per la partecipazione dell'Italia al sistema per lo scambio di quote di emissioni di gas ad effetto serra nella Comunità istituito ai sensi della direttiva 2003/87/CE e succ. mod ed int. in materia di scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra. In tema, cfr. A. Gratani, *Le "quote" per inquinare: a titolo gratuito o oneroso?*, in *Riv. giur. amb.*, n. 3-4, 2013, p. 392, Id., *L'UE favorisce la proliferazione dei certificati energetici «multicolori» diversamente regolamentati*, in *Riv. giur. amb.*, n. 6, 2014, p. 727 e F. Gaspari, *Tutela dell'ambiente, regolazione e controlli pubblici: recenti sviluppi in materia di* Eu Emission Trading Scheme *(ETS)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5, 2011, p. 1149.

[58] Per un quadro ricostruttivo della emersione dei contratti ambientali, si rinvia a S. Nespor, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. 2, 2003, p. 962.

[59] Introdotto dall'art. 1, lett. p) d.P.R. n. 412/1993.

[60] Introdotto nel 2008, in recepimento della direttiva 2006/32/CE, dall'art. 2 lett. l), d. lgs. n. 115/2008 e poi nuovamente disciplinato dal d. lgs. n. 102/2014 che, recependo la direttiva 2012/27/UE abrogativa della direttiva 2006/32/CE, all'art. 2, lett. n) ha nuovamente definito il contratto

File riservato ad esclusivo fine di studio

- gli *accordi e dei contratti di programma* con funzione di regolazione e di promozione di strumenti economici ed incentivi (artt. 180, 206, 206 *ter*, 206 *quater*, 206 *quinquies* T.U.A.)[61].

Un versante a parte, infine, è quello degli *incentivi fiscali* in funzione di tutela ambientale[62].

L'esame del sistema normativo ambientale consente quindi di affermare come lo stesso non sia più soltanto ispirato dall'idea che il mercato è la causa della crisi ecologica[63] – in quanto tale da «gestire» o «contenere» – ma abbia ormai assimilato il convincimento, da tempo emerso nel pensiero economico, che anche il mercato può essere un fattore di contrasto, se non di rimedio, per tale crisi[64].

di rendimento energetico o di prestazione energetica come: «accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari» (la definizione riproduce quella di cui all'art. 2, n. 27, della direttiva 2012/27/UE). Secondo L. Parola, T. Arnoni, S. Granata, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *Contratti*, n. 5, 2015, p. 517 con il d. lgs. n. 115/2008 il legislatore italiano si era limitato a definire il contratto di rendimento energetico, senza dettarne una disciplina specifica, per cui tale contratto poteva considerarsi un contratto nominato, essendo definito dal legislatore, ma dal contenuto non tipizzato, mentre nella versione introdotta nel 2014 tale tipizzazione sussiste, in quanto l'art. 7, co. 6, d. lgs. n. 102/2014 dispone che, ai fini dell'accesso all'incentivo di cui al conto termico, sono considerati contratti di rendimento energetico solo quelli che presentano gli elementi minimi elencati nell'Allegato 8.

[61] Sull'argomento si rinvia a G. Iacovone, *Accordo di programma e tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 4-5, 2006, p. 189, M.L. Antonioli, *Consensualità e tutela ambientale fra transazioni «globali» e accordi di programma*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2012, p. 749 e C. Videtta, *Interessi pubblici e governo del territorio: l'"ambiente" come motore della trasformazione*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 4, 2016, p. 393.

[62] In tema v., *ex plurimis*, R. Alfano, *Tributi ambientali: profili interni ed europei*, Giappichelli, Torino 2012 e P. Puri, *La produzione dell'energia tra tributi ambientali e agevolazioni fiscali*, in *Dir. e prat. trib.*, n. 2, 2014, p. 309.

[63] Altro profilo è quello dell'impatto sull'ambiente della crisi economica e finanziaria. In tema si rinvia a A. Gratani, *L'impatto della crisi economica sull'ambiente nell'UE*, in *Riv. giur. amb.*, n. 2, 2013, p. 218.

[64] Per un quadro generale, si rinvia a M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2007, p. 219, M. Calabrò, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il* made in Italy, in *Foro amm. TAR*, n. 9, 2009, p. 2639, R. Ferrara, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm. TAR*, n. 6, 2009, p. 1945, U. Salanitro, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2, 2009, p. 471 e G. Mastrodonato, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente,* n. 5, 2010, p. 707; per spunti di diritto comparato, si rinvia a B. Pozzo, Green economy *e leve normative*, Giuffrè, Milano 2013.

File riservato ad esclusivo fine di studio

*2.2. Capitale naturale ed economia circolare: dall'economia un «*assist*» per la giurisdizione*

Così illustrato sinteticamente il complesso degli «*strumenti volontari*» di tutela ambientale, va rilevato che per essi la giurisdizione non ha assunto un ruolo di fonte «*integrativa*» come avvenuto per l'attuazione del «*command and control*», ma è intervenuta solo su singoli e specifici profili, senza contribuire alla creazione di un sistema organico di diritto vivente.

Per comprendere la portata e le ricadute di tali interventi è necessario precisare che l'affermazione degli strumenti volontari cui si è fatto cenno in precedenza ha preso avvio nel contesto della economia tradizionale c.d. «*lineare*», basata sul ciclo di vita dei beni che inizia con l'estrazione delle materie prime, prosegue con la loro trasformazione in semilavorati e prodotti finiti utilizzati dai consumatori (intermedi e finali) e termina con lo smaltimento e l'eliminazione degli «scarti» e dei prodotti stessi (ormai diventati «rifiuti») dal processo economico.

Nel tempo, però, gli strumenti volontari sono stati anche «ricollocati» all'interno di un nuovo rapporto tra ambiente e mercato, oggetto di ampio dibattito a livello economico e politico, incentrato sul passaggio dal sistema attuale, principalmente fondato su regole finalizzate a contenere l'aggressione dell'ecosistema da parte delle attività antropiche, ad uno in cui sia non solo doveroso, ma conveniente, produrre in modo pulito e sicuro beni, materiali ed energia, ricostruire gli ecosistemi naturali, ridurre al minimo le emissioni e l'inquinamento, usare in modo efficiente le risorse non rinnovabili.

In questo mutato scenario, nel contesto dell'ampio concetto di «*green economy*»[65], il pensiero economico si è concentrato sui due concetti fondamentali di «*capitale naturale*» ed «*economia circolare*».

Il «*capitale naturale*» identifica i beni naturali della terra (il suolo, l'aria, l'acqua, la flora e la fauna) non soltanto come oggetto di tutela, ma in una diversa prospettiva, in quanto ne individua i c.d. *servizi ecosistemici*, quale valore essenziale per la vita umana, da preservare e garantire sotto il profilo qualitativo e quantitativo e suscettibili di monetizzazione[66].

[65] Sul quale v., *ex mult*is, M. Frey, *La* green economy *quale nuovo modello di sviluppo*, in *Impresa Progetto*, *Electronic Journal of management*, n. 3, 2013.

[66] Si discute tra gli economisti ambientali circa i criteri di classificazione all'interno della nozione unitaria di capitale naturale, stante la pluralità di risorse riconducibili a tale concetto e dei relativi servizi ecosistemici. La soluzione sembra essere necessariamente modulare, nel senso che, a seconda della prospettiva da cui si esamina la questione, si può pervenire a classificazioni diversificate (come, per esempio, nel caso di utilizzo dei parametri del servizio erogato, o del contesto territoriale di riferimento, o ancora della risorsa interessata). Per quanto riguarda l'approccio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Una prospettiva, questa, cui il legislatore ha dato una risposta timida, limitandosi alla istituzione, con l'art. 67, l. n. 221/2015, del *comitato per il capitale naturale*, avente compiti di studio e monitoraggio, sostanzialmente rimettendo alla economia ed alla prassi l'individuare di forme nuove di gestione delle risorse naturali e delle relative soluzioni organizzative e negoziali.

La valorizzazione dei «*servizi ecosistemici*» offerti dal capitale naturale si completa, secondo la linea di pensiero di recente emersione, con la piena attuazione della «*economia circolare*» che indica un modello economico sostitutivo di quello ereditato dalla rivoluzione industriale, improntato sul «prendi, produci, usa e getta».

Si osserva che il postulato di fondo di tale sistema – e cioè che le risorse naturali siano sempre disponibili, accessibili ed eliminabili a basso costo – è prossimo a entrare in crisi e si propone il passaggio a un sistema in cui i prodotti mantengono il loro valore aggiunto il più a lungo possibile, mentre i rifiuti vengono ridotti al minimo e, comunque, riutilizzati e recuperati. Il passaggio a un'economia circolare mira a concorrere alla realizzazione di tale risultato, attraverso «cambiamenti nell'insieme delle catene di valore, dalla progettazione dei prodotti ai modelli di mercato e di impresa, dai metodi di trasformazione dei rifiuti in risorse alle modalità di consumo»[67].

L'*economia circolare*, proponendo un modello di sviluppo incentrato sulla valorizzazione della qualità dei prodotti in funzione della durata della loro vita, sul loro riutilizzo, sulla prevenzione della formazione dei rifiuti e, comunque, sul loro recupero, configura una forma di tutela *indiretta* del capitale naturale, in quanto attuata mediante un sistema economico, sostitutivo di quello tradizionale, che crei le condizioni per limitare al minimo l'utilizzo delle risorse non rinnovabili[68].

La peculiarità dei principi alla base di tale autonomo ambito di tutela del capitale naturale si evince dal confronto con l'impostazione propria della protezione bilanciata, cioè dell'altra forma di regolamentazione dell'attività d'impresa in funzione di tutela del capitale naturale (la protezione integrale, riguardando contesti specifici e limitati, assume un ruolo residuale e, come si è detto, si incentra più sulla tutela della risorsa, che sulla disciplina delle attività che possono comprometterla).

normativo al tema, la distinzione non può che essere operata in relazione alle tecniche regolatrici della materia.

[67] Comunicazione della Commissione «COM/2014/0398», al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti». Sull'approccio europeo al tema v. anche V. Cavanna, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto "*Signals *2014" dell'Agenzia europea dell'Ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, n. 6, 2014, p. 821.

[68] Per un quadro sintetico della teoria dell'economia circolare, si rinvia a E. Bompan, *L'economia circolare*, Edizioni Ambiente, Milano 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nella protezione bilanciata, infatti, l'impresa è il soggetto contrapposto al bene da tutelare.

Venendo in evidenza il suo rapporto diretto con il capitale naturale, gli strumenti di regolamentazione mirano a bilanciare i contrastanti interessi della conservazione dell'ambiente e della produzione, nonché a definire il perimetro del c.d. rischio consentito per l'attività imprenditoriale, mediante gli strumenti autorizzatori, l'imposizione di prescrizioni stringenti e la previsione di *standards*. Corollario di tale impostazione è il rafforzamento della responsabilità d'impresa, che viene prevista anche in forma *presunta* (si pensi alla disciplina del danno ambientale, in cui tale presunzione opera per le imprese che svolgono specifiche attività ritenute pericolose) e *collettiva* (ad esempio, la responsabilità condivisa in tema di circolazione dei rifiuti), oltre ad essere estesa, in caso di commissione dei c.d. reati presupposto, alla persona giuridica (per effetto del d. lgs. n. 231/2001, come implementato nel 2011 e con la l. n. 68/2015 sui delitti ambientali).

Nell'economia circolare, invece, l'impresa non si contrappone all'interesse protetto, ma concorre alla sua attuazione.

Viene, infatti, configurato un diverso sistema economico, incentrato sulla produzione di beni con caratteristiche di durata e suscettibili di adeguato riutilizzo.

A differenza della monetizzazione dei servizi ecosistemici offerti dal capitale naturale, non ancora in concreto disciplinata, l'attuale stadio della normativa ambientale già contiene elementi di parziale regolamentazione dell'economia circolare (basti pensare alle discipline, già evidenziate, del recupero dei rifiuti o del sistema di strumenti volontari per conseguire il risparmio energetico e l'implementazione dell'uso delle energie rinnovabili).

Tuttavia è generalmente condivisa l'idea che l'intero sistema nel complesso dovrà rimodularsi e primi accenni in tal senso si colgono in recenti proposte normative a livello europeo[69].

3.3. Il ruolo del diritto vivente nella rivisitazione in chiave ambientale dei concetti di proprietà e impresa

Ai fini che interessano in questa sede, si deve tenere presente che tale rimodulazione si fonda, essenzialmente, sulla rivisitazione in chiave ambientale

[69] Il riferimento è al pacchetto di proposte formulate dalla Commissione UE il 2 dicembre 2015, per la modifica di diverse direttive con l'inserimento dei principi fondanti l'economia circolare, illustrato in <*http://www.minambiente.it/pagina/il-pacchetto-europeo-sulleconomia-circolare*>. Per considerazioni critiche alle proposte della Commissione UE si rinvia a J. Dupont-Inglis, *Economia circolare: gli ambientalisti criticano il pacchetto Ue*, in *Materia rinnovabile*, n. 8, 2016, consultabile in <*http://www.materiarinnovabile.it/art/169/Economia_circolare_gli_ambientalisti_criticano_il_pacchetto_Ue*>.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dei due pilastri su cui si è fondata l'espansione del capitalismo tradizionale di matrice industriale: la proprietà e l'impresa.

Un processo che potrà confrontarsi con diversi spunti rinvenibili nella recente giurisprudenza.

Per quanto riguarda la proprietà, il tema del capitale naturale è stato parzialmente anticipato all'interno dell'ampio dibattito che si sviluppò sui «*beni comuni*» verso la fine del passato decennio,[70] in cui, all'interno delle varie proposte sistematiche, le risorse naturali erano costantemente prese a riferimento quale contesto emblematico della necessità di superamento del tradizionale sistema normativo di catalogazione dei beni, impostato sul concetto di proprietà e sulla conseguente dicotomia pubblico-privato, per valorizzare, invece della appartenenza, la funzione collettiva e «metaindividuale» cui il bene assolve, a prescindere dal regime proprietario[71].

Tale impostazione fu colta dalle Sezioni Unite civili della Cassazione nel 2011[72] quando fu affermata la proprietà pubblica delle valli da pesca della laguna di Venezia, in quanto beni che per loro intrinseca natura o finalizzazione, risultavano, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, *funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività e che – per tale loro destinazione alla realizzazione dello Stato sociale – dovevano ritenersi «comuni», prescindendo dal titolo di proprietà, risultando così recessivo l'aspetto demaniale a fronte di quello della funzionalità del bene rispetto ad interessi della collettività.*

[70] Per un'analisi critica, si rinvia a S. Nespor, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, in *Riv. giur. amb.*, n. 6, 2013, p. 665.

[71] Per la considerazione che il «capitale naturale» costituisce un bene comune giuridicamente rilevante sia consentito rinviare al Nostro, *Capitale naturale ed economia circolare: due facce della stessa medaglia*, in *Materia rinnovabile*, n. 6-7, 2015, in cui tale conclusione fu giustificata dalla considerazione che nel sistema di tutela dell'ambiente possono individuarsi:

1. una relazione qualificata tra il diritto fondamentale appartenente a ciascun consociato (quello alla salubrità ambientale ed alla conservazione del paesaggio) e le risorse naturali che, nell'insieme, costituiscono il capitale naturale;
2. la conseguente giustificazione dell'esercizio del diritto (si pensi all'azione per il risarcimento del danno conseguente ad un fatto di inquinamento ambientale, ovvero per ottenere l'inibitoria di attività pericolose per la salute);
3. l'attribuzione di speciali facoltà inerenti al diritto stesso (in tale prospettiva, vengono in evidenza le attribuzioni – sinteticamente espresse dalla espressione democrazia ambientale – in tema di accesso alle informazioni, di partecipazione del pubblico ai processi decisionali e di accesso alla giustizia in materia ambientale, riconosciute dalla nota Convenzione di Aarhus e dalle relative norme nazionali di recepimento, quali, in Italia, la l. n. 108/2001);
4. una articolata disciplina di settore finalizzata dare effettività e tutela a quella relazione e regolare l'attività dei vari soggetti interessati (pubblici e privati).

[72] Sentenza n. 3665 del 2011 in *Giur. It.*, n. 12, 2011, 2505, con nota di C.M. Cascione, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giust. civ.*, n. 12, 2011, p. 2844, con nota di L. Ciafardini, *I beni pubblici "comuni a proposito delle valli da pesca della laguna di Venezia* ed in *Foro It.*, 2012, p. 573, con nota di E. Pellecchia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

La bocciatura di tale soluzione da parte della Corte Edu[73] per violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Cedu, in quanto la società ricorrente era stata *privata senza alcun indennizzo della valle da pesca che utilizzava e nel contempo riconosciuta debitrice nei confronti dello Stato di una indennità di occupazione senza titolo*, se conferma le difficoltà di soluzioni giurisprudenziali nell'attuale regime normativo dei beni, non esclude ed anzi è compatibile con la soluzione di valorizzare e monetizzare i «servizi ecosistemici» offerti dal capitale naturale a prescindere dal regime proprietario[74].

Per quanto riguarda l'impresa, la sua operatività nell'economia circolare richiede:

1. la *valorizzazione del ruolo del produttore dei beni* e della sua responsabilità;
2. l'*evoluzione del ruolo del consumatore*, da acquirente di beni a fruitore di servizi, in una prospettiva, già avviatasi, di evidente integrazione tra la *circular economy* e la *sharing economy*[75];
3. il *mutamento dell'interesse aziendale* degli attori economici di tali sistema, che non stride con quello ambientale, ma tendenzialmente coincide;
4. la crescente importanza *degli strumenti volontari*, rispetto a quelli di «*command and control*», con il passaggio da mero strumento alternativo di tutela dell'ambiente, nel contesto della economia tradizionale c.d. «*lineare*», ad uno dei fondamenti essenziali dell'*economia circolare*;
5. la conseguente generale impostazione della produzione dei beni e dei servizi e dei relativi rapporti secondo *procedimenti e schemi di qualità certificata.*

Rispetto a tali condizioni, la giurisdizione fornisce alcuni limitati spunti di riflessione su due versanti.

Il primo riguarda la natura dei soggetti collettivi che operano su diversi

[73] Corte Edu, sez. II, 23 settembre 2014 *Valle Pierimpiè Società agricola s.p.a. contro Italia*, in *Danno e Resp.*, n. 2, 2015, p. 129, con nota di T. Greco, M. Greco, *Valli da pesca, demanialità marittima ed* espérance légitime *del privato nella giurisprudenza Cedu.*

[74] Non è estranea a tale prospettiva la tendenza verso un concetto di capitale naturale integrato dall'opera dell'uomo, e non esclusivamente originario, come affermato (*ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, n. 30303/2014) in tema di tutela del paesaggio, riguardo alla nozione di bosco penalmente rilevante a norma della fattispecie di reato prevista dall'art. 181 d. lgs. n. 42/2004, che prescinde dall'origine naturale o artificiale delle superfici alberate, comprendendole entrambe, e trova un limite di applicabilità solo con riferimento agli impianti arborei destinati in via esclusiva alla produzione del legno.

[75] Prospettiva colta da T. Federico, *I fondamenti dell'economia circolare, atti della Fondazione per lo Sviluppo sostenibile*, marzo 2015, in <*http://www.comitatoscientifico.org*>, il quale ritiene necessario «un nuovo contratto tra le imprese ed i loro clienti sulla base delle prestazioni del prodotto» in quanto, «a differenza nell'economia di oggi buy-and-consume, i prodotti durevoli dell'economia circolare sono affittati, dati in leasing e per quanto possibile condivisi (questa è la sharing economy). Se acquistati, ci sono incentivi o clausole contrattuali per riportare il prodotto in ciclo e, successivamente, riutilizzare lui o suoi componenti e materiali al termine del suo periodo di uso primario. L'economia di ciclo può comunemente portare il prodotto o le sue parti al di fuori del settore industriale di origine».

File riservato ad esclusivo fine di studio

flussi di rifiuti e che sono previsti quale soluzione generalizzata dall'art. 178 *bis* T.U.A., recependo la direttiva quadro sui rifiuti 2008/98/CE[76] in tema di *responsabilità estesa del produttore del prodotto* (va però tenuto presente che la norma, introdotta dal d. lgs. n. 205/2010, non è ancora operante, come regola generale, per la mancata emanazione dei decreti attuativi ivi previsti[77]; allo stato, pertanto, la materia è affidata alle norme di settore che prevedono il divieto per il produttore di immettere sul mercato prodotti contenenti sostanze pericolose[78] o che fissano regole per la progettazione dei prodotti[79] o che prevedono la partecipazione obbligatoria dei produttori nei sistemi collettivi di gestione dei rifiuti relativi ai beni da essi prodotti)[80].

Orbene, rispetto a tali disposizioni settoriali, è costante la qualifica dei *sistemi collettivi consortili* come soggetti privati che svolgono un'attività connotata dai caratteri tipici di un pubblico servizio, sia per il loro inserimento nell'organizzazione amministrativa, sia per l'esercizio di una serie di funzioni d'innegabile valenza autoritativa, o comunque di natura non meramente materiale o tecnica, nel quadro della difesa dell'ambiente[81].

[76] In tema v. M. Chilosi, *Quali profili di responsabilità per il produttore del bene lungo la filiera di gestione?*, in *Ambiente & Sicurezza*, n. 2, 2011, p. 37.

[77] Con l'introduzione di norme generali sulla responsabilità estesa del produttore inclusiva della capacità del prodotto di avere ridotto impatto ambientale, si porrà la questione della applicabilità della tutela del consumatore nel caso di prodotto difettoso, ai sensi dell'art. 117 d. lgs. n. 206/2005 considerato che secondo la giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, n. 13458/2013) «il livello di sicurezza al di sotto del quale il prodotto deve ritenersi difettoso non corrisponde a quello della sua innocuità, dovendo piuttosto farsi riferimento ai requisiti di sicurezza generalmente richiesti dall'utenza in relazione alle circostanze tipizzate dalla suddetta norma, o ad altri elementi valutabili e in concreto valutati dal giudice di merito, nell'ambito dei quali rientrano anche gli standard di sicurezza eventualmente imposti da normative di settore». Sul tema, si rinvia a F. Raspagni, *Responsabilità del produttore: ripensamenti e conferme in tema di onere della prova del difetto*, nota a Trib. Monza Sez. II, 10 febbraio 2015, in *Danno e Resp.*, n. 10, 2015, p. 950.

[78] Ad esempio l'art. 9 d. lgs. n. 209/2003, recante «attuazione della direttiva 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso», o l'art. 3 d. lgs. n. 188/2008, recante «attuazione della direttiva 2006/66/CE concernente pile, accumulatori e relativi rifiuti e che abroga la direttiva 91/157/CEE».

[79] Ad esempio l'art. 5 d. lgs. n. 49/2014, recante «attuazione della direttiva 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche-RAEE», norma attuata dal d.m. 10 giugno 2016, n. 140 [«regolamento recante criteri e modalità per favorire la progettazione e la produzione ecocompatibili di AEE, ai sensi dell'articolo 5, co. 1 del decreto legislativo 14 marzo 2014, n. 49, di attuazione della direttiva 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE)»].

[80] Cfr. art. 219 T.U.A., secondo cui il costo della raccolta differenziata, della valorizzazione e dell'eliminazione dei rifiuti di imballaggio deve essere sostenuto dai produttori e dagli utilizzatori in proporzione alle quantità di imballaggi immessi sul mercato nazionale e che la pubblica amministrazione organizzi la raccolta differenziata ed il successivo art. 221 produttori e gli utilizzatori sono responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti gestione dei rifiuti di imballaggio art. 221.

[81] Cass. civ., Sez. Un. n. 3275/2006 (ord.) con riferimento alla domanda di accertamento negativo dell'obbligo di partecipare al Consorzio per il riciclaggio dei rifiuti di beni in polietilene e degli obblighi conseguenti, che è stata devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, nonostante il Consorzio svolga un'attività connotata dai caratteri tipici di un pubblico servizio, in quanto

File riservato ad esclusivo fine di studio

I *sistemi collettivi* sono quindi imprese private e, pertanto, naturalmente orientate al profitto, che però si organizzano per assolvere una funzione di interesse pubblico, sulla base di uno schema in cui la legge indica i metodi e gli obiettivi, per rispettare i quali le imprese si attrezzano volontariamente, con organizzazioni di diritto privato.

Si tratta di una tecnica regolatrice coerente con l'inquadramento sistematico dell'economia circolare quale terzo pilastro della protezione dell'ambiente e con la natura indiretta di tale protezione.

Da un lato, infatti, la qualifica come strumento di tutela giustifica l'imposizione normativa dell'obbligo di risultato e di adozione del metodo; l'istituzione dei sistemi collettivi, infatti, proprio in ragione di tale funzione strumentale, non costituisce il frutto di una decisione autonoma e volontaria, ma dipende dalla scelta del legislatore.

Dall'altro lato, però, la natura indiretta della tutela ambientale, propria degli strumenti dell'economia circolare e l'assenza, in quest'ultima, di una netta contrapposizione di interessi tra ambiente e impresa, giustificano la peculiarità di tale obbligazione, vincolata solo nell'*an*, ma non nel *quomodo* e disegnata, quindi, come una tipica obbligazione di scopo, rispetto alla quale, cioè, conta il risultato richiesto, mentre è indifferente la modalità con cui viene raggiunto.

È, questo, il dato distintivo con la tecnica di protezione incentrata sulla imposizione di stringenti obblighi gestionali, vincolati e precostituiti in ogni profilo.

La previsione di una sfera di autonomia decisionale, sia pure vincolata nel risultato, con l'attribuzione ai sistemi collettivi di un ruolo attivo nella determinazione delle regole e delle procedure, ha, poi, ricadute sul versante della c.d. «*democrazia ambientale*».

l'obbligo di aderirvi deriva direttamente dalla legge, la quale disciplina in modo completo i presupposti dell'appartenenza al Consorzio ed i relativi obblighi (in particolare, quello di pagamento dei contributi), senza riservare all'autorità amministrativa alcun potere discrezionale nella scelta dei soggetti obbligati, sicché la controversia non ha ad oggetto direttamente il sindacato sulla legittimità di un provvedimento amministrativo. Nello stesso senso, cfr.: Cass. civ., Sez. Un., n. 16032/2010 (ord.), secondo cui spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine alla controversia avente ad oggetto il pagamento dei contributi consortili e dei corrispettivi dovuti da un Comune della Regione Campania ad un consorzio obbligatorio per lo svolgimento del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, in quanto l'obbligo di aderirvi deriva direttamente dalla legge, la quale disciplina in modo completo i presupposti dell'appartenenza allo stesso ed i relativi obblighi, senza attribuire al consorzio alcun potere autoritativo in ordine al pagamento delle quote; Cass. civ., sez. I, n. 24970/2013, secondo cui il contributo dovuto al CONAI, legato alla produzione di imballaggi e parametrato alla quantità, al peso e alla tipologia del materiale di cui essi sono costituiti [art. 224, co. 3, lett. *h*), d. lgs. 30 aprile 2006, n. 152], in quanto «segno diretto della immissione nell'ambiente di rifiuti di un certo tipo e non segno indiretto di capacità reddituale, non partecipa della natura dei tributi indiretti e, pertanto non gode del privilegio ad essi riconosciuto dall'art. 2758, primo comma, cod. civ. (peraltro in favore dello Stato e non di soggetti privati, qual è il consorzio)».

File riservato ad esclusivo fine di studio

Ed infatti, per effetto di tale previsione, il diritto di partecipazione ai processi decisionali in materia di ambiente, parte fondante della democrazia ambientale ai sensi della nota *Convenzione di Aarhus* del 25 giugno 1998 e dalle relative norme nazionali di recepimento, quali, in Italia, la l. n. 108/2001, non si esplica più soltanto nella mera consultazione non vincolante delle comunità interessate ai fini della adozione di determinai piani e progetti, ma implica una vera e propria partecipazione attiva al processo definitorio del «modo» di funzionamento di importanti settori dell'economia circolare.

Si assiste, quindi, all'emersione di una sorta di «*coamministrazione*» pubblico/privato, impostazione che rappresenta un ragionevole punto di equilibrio tra la pluralità di proposte, in materia di beni comuni, sulla funzione della parte pubblica, in quanto si colloca a metà tra una soluzione che ipotizza un ruolo di mera autorità regolatrice, in un contesto di *laissez-faire* alle regole del mercato e un'altra che, sul versante opposto, le affida poteri forti ed esclusivi, sulla falsariga di esperienze di «socialismo reale» già negativamente sperimentate in passato (ed è in tale contesto che è stato recentemente teorizzato il cosiddetto «*benicomunismo*»)[82].

Il secondo ambito in cui si registrano interventi di diritto vivente è quello del sistema delle *certificazioni di qualità*.

Trattasi, peraltro, di interventi che non riguardano compiutamente i numerosi profili di carattere dogmatico che tali strumenti pongono, nonostante la loro progressiva ed ampia affermazione nella prassi ed il conseguente *cambio culturale* nell'approccio alla prevenzione ambientale[83].

E così, sul versante civile[84], si registrano, peraltro nella sola giurisprudenza di merito, indicazioni sulla qualifica del contratto di certificazione come contratto atipico[85] e del contratto di assistenza per il conseguimento della certificazione

[82] U. Mattei, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Einaudi, Torino 2015.

[83] Tali strumenti volontari, infatti, introducendo un modello di auto-organizzazione fondato sulla analisi iniziale e successiva individuazione di una politica ambientale, inclusiva della programmazione degli interventi correttivi, da parte del management aziendale, da formalizzarsi in documento diffuso all'interno dell'organizzazione per consentirne la conoscenza a tutti gli operatori presenti in azienda e la loro partecipazione attiva al raggiungimento degli obiettivi prefissati, hanno fatto emergere uno schema che ha influenzato la successiva evoluzione della normativa ambientale nella parte in cui ha valorizzato, su diversi fronti, l'autocontrollo collaborativo con la P.A. (retro) ed ha anticipato la disciplina della responsabilità degli enti di cui al d. lgs. n. 231/2001, estesa ai reati ambientali prima con il d. lgs. n. 121/2011 che ha aggiunto l'art. 25 *undecies* nel d. lgs. n. 231/2001 e poi con la legge n. 68/2015 che vi ha aggiunto i nuovi delitti ambientali dalla stessa introdotti nel codice penale.

[84] Per un quadro generale sul tema, si rinvia a E. Bellisario, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2011.

[85] Cfr. Tribunale civ. Monza, sez. IV civile, 3 febbraio 2004 n. 431, in *Contratti*, n. 8-9, 2004, p. 809, con nota di M. Ambrosoli, *Il contratto di certificazione di qualità*, secondo cui il contratto con il quale viene conferito l'incarico ad una società di provvedere alla certificazione di qualità non è assimilabile ad alcuna delle fattispecie tipiche previste dal codice civile, deve ritenersi

File riservato ad esclusivo fine di studio

di qualità come contratto d'opera ai sensi degli artt. 2222 ss. c.c.[86], mentre non risulta ancora affrontata la questione della responsabilità del certificatore verso i terzi che in buona fede hanno fatto affidamento sulla certificazione[87].

Altrettanto dicasi sul versante penale, in cui si registra un solo risalente intervento della S.C. che ha negato alla adozione di un sistema di certificazione, l'effetto di esonero di responsabilità per un fatto di inquinamento[88].

pertanto «atipico», tenendo in considerazione che la causa del medesimo deve ravvisarsi nella volontà di ottenere, dal soggetto che svolge una attività di ispezione e certificazione in assoluta indipendenza e con caratteristiche di terzietà, una prestazione utilizzabile ai fini di una migliore presentazione sul mercato della attività o del prodotto del richiedente. Conforme Tribunale civ. 3 maggio 2012 n. 297 in *www.altalex.com*, 13 giugno 2012, con nota di L. Biarella, *Danni da inesatta certificazione CE*, che ha affermato la responsabilità risarcitoria dell'organismo di certificazione nei confronti del produttore che aveva immesso sul mercato una macchina sulla base di una attestazione di conformità successivamente rivelatesi oggettivamente errata alla luce di ulteriori analisi effettuate dalle autorità di controllo di uno stato membro.

[86] Cfr., con riferimento alle prestazioni professionali erogate da una società in favore di altra per farle acquisire la certificazione di qualità ISO 9001, App. Napoli, Sez. III, 2 marzo 2011 in *Leggi d'Italia/Legale/Corti di merito* e Trib. Bologna Sez. II, 28 giugno 2010, *ibidem*, che ha altresì precisato come tale attività sia «distinta rispetto all'attività di formazione quando risulti la predisposizione della documentazione preliminare allo studio delle problematiche interessate dalla certificazione di qualità ISO 9001, anche con una prima e generica rivisitazione in base alle indicazioni fornite dalla società destinataria del servizio. In tal caso, raggiunta la prova in ordine all'attività consulenziale espletata, in assenza di ogni pattuizione al riguardo, deve provvedersi alla liquidazione della stessa secondo quanto indicato dall'art. 2225 c.c. ed al riguardo la determinazione cui è chiamato il giudice non è equitativa in senso tecnico, dovendo fondarsi: (I) sul risultato ottenuto; (II) sul lavoro normalmente necessario per ottenerlo, precisando al riguardo che nella considerazione delle peculiarità della singola prestazione d'opera, non è tuttavia vincolato a direttive o a parametri predeterminati».

[87] In dottrina E. Bellisario, *La responsabilità degli organismi di certificazione della qualità*, in *Danno e Resp.*, n. 11, 2011, p. 1017, sembra propendere per la natura contrattuale della responsabilità, osservando che la qualifica del certificatore come soggetto professionale altamente specializzato lo rende responsabile non solo verso l'impresa certificata, in virtù degli obblighi nascenti dal regolamento contrattuale e dalle fonti di integrazione dello stesso, ma anche verso il mercato, in virtù degli effetti che conseguono all'utilizzo di una certificazione (veritiera) nonché del sistema di rimedi e sanzioni (anche penali) comminati all'impresa certificata per l'utilizzo e la circolazione di una certificazione infedele. Secondo l'Autore, l'attività di certificazione, se pur di natura privatistica, ha rilevanza pubblica, essendo funzionale ai compiti di vigilanza spettanti alle pubbliche autorità e al corretto funzionamento dei mercati, concorrendo a favorire la libera circolazione delle merci, la competitività delle imprese, la tutela dei consumatori e dell'ambiente. Diversa è l'opinione di M. Strukul, *La certificazione di qualità come strumento di tutela del consumatore. Profili contrattuali e di responsabilità*, in *Obbl. e Contr.*, n. 8-9, 2009, p. 744, il quale ritiene che, essendo slegata da qualsivoglia relazione giuridica, la responsabilità del certificatore ha natura extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c., come del resto affermato dalla giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, n. 10403/2002) in tema di responsabilità di una società di revisione nei confronti di terzi investitori per non aver rilevato le irregolarità nella gestione della società sottoposta a revisione rilasciando la certificazione dei bilanci e omettendo di informare i competenti organi di controllo.

[88] Cfr. Cass. pen., sez. III, n. 1869/2007: «Ai fini del mantenimento del sequestro preventivo di un'area portuale in relazione al reato di immissione nell'atmosfera e nell'ambiente circostante di polveri di carbone di petrolio atte a molestare le persone ivi transitanti ed imbrattare le aree (art. 674 c.p.) non rileva che la società di cui è direttore l'indagato sia dotata di certificazione di

File riservato ad esclusivo fine di studio

Non risulta, invece, ancora affrontata la questione della responsabilità penale del certificatore nel caso di falsa dichiarazione di conformità[89].

rispondenza alla norma ISO 14001:2004, quando risulti, in concreto, che le precauzioni prese per contenere lo spandimento delle polveri siano assolutamente insufficienti o non utilizzate». Sia altresì consentito rinviare al Nostro, *La tutela penale dell'ambiente*, Giuffrè, Milano 2015, p. 12, in cui l'esclusione dell'effetto «scriminante» della adozione di sistemi di certificazione ambientale viene giustificata non soltanto perché manca una previsione in tal senso, ma anche perché essi attestano l'adozione di un modello «standard» di gestione ambientale sufficientemente organizzato ed efficiente, come tale idoneo a qualificare l'impresa sul mercato ed a consentire benefici in termini procedimentali e finanziari, ma non ad escludere, «*ex se*» la responsabilità per fatti di inquinamento che, invece, si fonda su emergenze fattuali specifiche e contingenti.

[89] Deve ritenersi che, laddove il sistema di qualità cui la dichiarazione si riferisce sia disciplinato da norme che prevedono speciali procedure di selezione e designazione per gli organismi di certificazione – come nel caso dell'art. 11 del Reg. (CE) n. 1221/2009 (c.d. regolamento «Emas»), il certificatore può essere qualificato quale persona esercente un servizio di pubblica necessità, con la conseguente configurabilità del reato di falsità ideologica in certificati di cui all'art. 481 c.p.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Massimo Vogliotti

Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi

Sommario: 1. Tempo (fecondo) di «scienza straordinaria». – 2. Le dicotomie della modernità e il loro superamento. – 3. Rottura epistemologica moderna e recupero della natura pratica del sapere giuridico. – 4. Il protagonismo della giurisdizione e il ruolo delle Corti europee per la formazione di un nuovo paradigma. – 5. Anomalie del paradigma moderno e reazioni della comunità scientifica. – 6. Un esempio di «ipotesi *ad hoc*» (la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale)... – 7. ...e il rischio di uno scontro tra paradigmi: il caso Taricco. – 8. Per una valorizzazione del principio di effettività: il monito delle Corti europee.

1. Tempo (fecondo) di «scienza straordinaria»

Questa mattina, il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Taranto, Martino Rosati, ha ben riassunto nel titolo del suo intervento, «il giudice al tempo della crisi», l'attuale condizione spirituale in cui versa la giurisdizione, sulle sue spalle si scaricano, oltre alle vecchie supplenze causate dalle carenze della politica e dell'amministrazione, nuovi compiti e nuove responsabilità dovuti a molteplici fattori, tutti legati alla crescente complessità della nostra società «liquida»[1], che, non riuscendo più a trovare dentro di sé il collante di cui ha bisogno, cerca nel diritto, e soprattutto nella giurisdizione, il cemento per costruire relazioni e soluzioni ai problemi della vita individuale e sociale che la politica ha sempre più difficoltà a tessere e a elaborare, indebolita dalla crisi dei partiti e della rappresentanza e condizionata com'è dalla pervasività della sfera economica e finanziaria che, negli ultimi anni, ha finito per colonizzare tutte le sfere dell'agire. Dopo esser riuscita a imporre la sua logica mercantile

[1] Z. Bauman, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari 2002.

File riservato ad esclusivo fine di studio

e contrattuale agli Stati, citati a giudizio per inadempimento davanti ad arbitri internazionali – responsabili di aver adempiuto a doveri dettati da logiche non coincidenti con il «finanzcapitalismo»[2] globale – si spinge ora a rivendicare un ruolo sempre più incisivo nell'attività dei giudici di dire il diritto[3]. A queste supplenze e responsabilità si deve aggiungere, poi, un altro compito particolarmente gravoso e delicato che le corti sono oggi chiamate a svolgere e che spetterebbe più propriamente alla politica e alla scienza giuridica: costruire il nuovo ordine giuridico e riconfigurare istituti categorie principi alla luce delle profonde trasformazioni dell'esperienza giuridica e delle nuove acquisizioni teoriche.

Che oggi, per il giudice e per l'intero diritto (specie penale), sia il tempo della crisi lo testimonia con evidenza la frequenza con cui la parola ricorre nei titoli degli altri contributi di questo nostro convegno. Certo, il tema della crisi è tutt'altro che nuovo nella letteratura giuridica. Esso ha percorso un po' tutto il Novecento, dalla prolusione pisana del 1909 di Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*[4], ai saggi di Sabino Cassese, raccolti nel 2002 sotto il titolo *La crisi dello Stato*[5]. Con una prima, significativa, accentuazione dei toni dopo

[2] L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, Einaudi, Torino 2011.

[3] In questa prospettiva si possono leggere le parole del presidente di Confindustria, Giorgio Squinzi, il quale, sollecitato dalle vicende Ilva e Fincantieri, mette in luce il «rischio che alcuni interventi giudiziari appaiano come un ostacolo all'attività d'impresa o l'espressione di un pregiudizio nei confronti dell'imprenditore». Per far sì che «questo messaggio non si depositi nell'immaginario collettivo» sarebbe necessario condividere, secondo Squinzi, alcuni presupposti di fondo, di cui «il primo è la necessità di bilanciare gli interessi, nelle scelte legislative anzitutto ma anche nelle decisioni giudiziarie quando possibile, riconoscendo la giusta considerazione alle esigenze della libera iniziativa economica». Una via per raggiungere questo obiettivo passerebbe per il miglioramento della «sensibilità economica dei giudici», puntando «su formazione e specializzazione» (G. Squinzi, *Impatto economico trascurato. Servono giudici specializzati*, in *Il Corriere della sera*, 17 luglio 2015). Due giorni dopo, Donatella Stasio, rilevando come quelle ed altre vicende avessero fatto «riesplodere il conflitto tra diritto ed economia, giudici e imprese», chiede a Raffaele Cantone se, di fronte a diritti fondamentali come la salute «i giudici possono chiudere un occhio in funzione di ragioni economiche». La risposta del giudice è un perentorio «assolutamente no», aggiungendo di non scorgere «affatto il contestato attivismo anti-impresa» dei giudici. In presenza «di una criminalità ambientale in alcuni contesti tanto diffusa», si chiede, «dove sono tutti questi impianti chiusi? I dati numerici potrebbero persino far pensare a una scarsa attenzione per i reati a tutela di salute e territorio». Più che di «protagonismo e pregiudizio anti-industriale» delle procure, si tratta di carenze da parte della politica, dell'amministrazione e delle imprese. «Tutti rivendicano una forte autonomia della politica», conclude il presidente dell'anticorruzione, «ma poi scaricano sulla magistratura molte delle scelte. Se ne esce, secondo me, con una maggiore autorevolezza e credibilità della pubblica amministrazione e della politica. E un ruolo importante deve svolgerlo anche l'imprenditoria. Se oggi rischiamo di perdere una delle più grandi acciaierie d'Europa è perché non ci sono state scelte chiare in passato e non perché i giudici hanno fatto emergere un bubbone» (R. Cantone: *«Il giudice non è un entomologo, interpreti la realtà»*, in *Il Sole 24 ore*, 19 luglio 2015).

[4] S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1969, pp. 5-26.

[5] S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari 2002.

File riservato ad esclusivo fine di studio

le tragedie dei totalitarismi e della guerra, quando il tema della crisi non fu più confinato entro ambiti specifici (lo Stato, il codice, la legge), ma investì il diritto nella sua interezza. È quanto avvenne proprio in questa città nella primavera del 1951, allorché la Facoltà giuridica dell'Università che ci ospita dedicò un importante ciclo di conferenze proprio al tema della «Crisi del diritto»[6].

Se il discorso sulla crisi non è dunque nuovo, è però innegabile che in questi ultimi tempi esso si è fatto più insistente e ha assunto toni drammatici, quasi apocalittici. Nel 2008, il filosofo Pietro Rossi ha raccolto nella Sala dei Mappamondi dell'Accademia delle Scienze di Torino un gruppo d'importanti giuristi ad interrogarsi addirittura sulla «Fine del diritto»[7].

Quella domanda inquietante faceva eco all'annuncio, formulato qualche anno prima da Natalino Irti, del nichilismo come «il destino del diritto nel nostro tempo»[8]. Perduta la solidità e la pesantezza che gli venivano da narrazioni forti che lo legavano a Dio, alla Natura, alla Ragione, alla Tradizione, alla Nazione e gli conferivano una specifica identità e ieraticità, il diritto si sarebbe dissolto, totalmente assorbito nelle sfere della politica e dell'economia, cioè del potere e del mercato. «Libera da condizioni e presupposti», la legislazione «si è venuta a poco a poco risolvendo nella nuda artificialità del produrre», assolutamente casuale[9]. «Tutto ciò che garantiva unità e verità nel diritto, è ormai tramontato [...] Ora non restano che incessante produzione e consumo di norme»[10], le quali, prosegue Irti, «sono venute nell'esclusivo e totale dominio della volontà umana». «Al pari di qualsiasi bene di mercato, sono "prodotte": vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla. La forza che le "produce", ossia le chiama innanzi o le rifiuta, le costruisce o le distrugge, è soltanto il volere degli uomini»[11] e tutto si risolve quindi «nelle differenze delle volontà, nel loro conflitto, nel loro vincere o perdere»[12].

Come valutare queste diagnosi nichilistiche, in cui persino il linguaggio con il quale sono formulate – produzione, consumo, bene di mercato, dominio, vincere o perdere – rivela l'abdicazione del diritto in favore del lessico e della logica propri dell'economia e di una politica ridotta a mero esercizio del potere? È davvero il diritto prossimo alla fine, senza una qualità, un fondamento, un metodo, un sapere che gli siano propri?

Come suggerisce lo stesso Pietro Rossi nella presentazione dell'incontro torinese, ad essere in crisi o prossimo alla fine «non è – né può essere – [...] il di-

[6] G. Balladore Pallieri *et al.*, *La crisi del diritto*, Cedam, Padova 1953.
[7] P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna 2009.
[8] N. Irti, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1161.
[9] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 7.
[10] *Ivi*, p. 132.
[11] Irti, *Nichilismo e metodo giuridico*, cit., p. 1161.
[12] Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 148.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ritto quale dimensione ontica d'una società»[13], ma è *un certo modo* di concepire il diritto e il sapere giuridico – quello che si è affermato con la modernità – che, dall'alba del secolo scorso, è entrato in crisi e ora, dopo più di un secolo, sta tramontando. Utilizzando il lessico di Thomas Kuhn, potremmo dire che stiamo vivendo in un periodo di «scienza straordinaria», caratterizzato dalla crisi del vecchio paradigma scientifico, reso evidente dalle sempre più numerose «anomalie» che esso produce, e dall'emergere di un nuovo paradigma il cui profilo identitario sta progressivamente delineandosi nella prassi degli attori e nelle elaborazioni della scienza[14]. E tuttavia, il passaggio dal vecchio al nuovo, che richiede un vero e proprio «riorientamento gestaltico» da parte di giuristi che si sono formati all'interno della cornice teorica e mitologica moderna[15], non può che suscitare resistenze e, in taluni casi, vere e proprie ostilità.

In questa fase di transizione, che richiede una grande capacità di discernimento e di immaginazione, agli esponenti più accorti della giurisprudenza teorica e pratica spetta il compito di traghettare, senza incidenti, la comunità giuridica da una sponda all'altra del fiume della storia, impedendo che il *tempo della crisi* (del paradigma moderno) si trasformi in *tempo dello scontro* (tra paradigmi), che alcuni recenti segnali sembrano annunciare.

2. Le dicotomie della modernità e il loro superamento

Nell'attuale periodo di scienza straordinaria assistiamo, innanzitutto, al tramonto del paesaggio dicotomico della modernità.

A venir meno è, innanzitutto, la dicotomia tra *diritto e non diritto* con la quale il giurista moderno si illudeva di poter tracciare un confine netto intorno al diritto e al sapere giuridico. Quell'*actio finium regundorum* è all'origine dei dogmi dell'autonomia del diritto dalle altre sfere dell'esperienza umana e dell'avalutatività della scienza giuridica, il cui compito, nella fase positivistica della modernità, viene svilito a mera conoscenza del diritto *che è*, allo stesso modo in cui l'ufficio del giudice viene limitato all'applicazione oggettiva e acritica della

[13] P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000, p. 276.

[14] T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1970), integrata con il *Poscritto 1969*, Einaudi, Torino 1999[2]. Con il termine *paradigma* Kuhn indica «conquiste scientifiche universalmente riconosciute, le quali, per un certo periodo, forniscono un modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca» (p. 10). Nel *Poscritto 1969*, aggiunto alla seconda edizione del libro, Kuhn chiarisce che il termine «paradigma» viene usato nel saggio in due sensi differenti. Da un lato, «esso rappresenta l'intera costellazione di credenze, valori, tecniche, e così via, condivise dai membri di una data comunità». Dall'altro, «esso denota una sorta di elemento di quella costellazione, le concrete soluzioni-di-rompicapo che, usate come modelli o come esempi, possono sostituire regole esplicite come base per la soluzione dei rimanenti rompicapo della scienza normale» (p. 212).

[15] P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001.

File riservato ad esclusivo fine di studio

legge (*dura lex sed lex*). Queste rigide confinazioni ontologiche ed epistemologiche – che oggi, come si visto, sembrano cedere il passo a scenari capovolti, fatti di territori confusi in cui l'identità del diritto e del sapere giuridico si dissolve in quelle dell'economia, della tecnoscienza e della politica – hanno ispirato un modello di insegnamento del diritto mortificante, ripiegato all'interno dei confini statali e sezionato in anguste e impermeabili partizioni disciplinari, scollegandolo dagli altri ambiti del sapere e dal mondo della prassi, con il risultato di impedire sia un'autentica formazione culturale del giurista, il cui orizzonte era fondamentalmente segnato – e purtroppo, in gran parte, è ancora – dall'apprendimento del «sistema» normativo vigente, sia una proficua formazione professionalizzante, che richiederebbe un serio addestramento all'analisi di casi giurisprudenziali, alle tecniche argomentative, alla corretta espressione in forma scritta e orale, ricorrendo a metodi interattivi, alla simulazione di processi, al contatto fisico con fascicoli processuali e atti negoziali, all'intervento di pratici del diritto che operano in ambiti lavorativi diversi, a visite guidate in alcuni luoghi significativi in cui si pratica il diritto e si scontano le sue sanzioni, alla palestra delle cliniche legali che mettono il giurista *in spem* a contatto diretto con casi reali[16].

L'altra grande dicotomia, forgiata dal giusnaturalismo moderno ed ereditata dal positivismo ottocentesco, è quella tra *fatto e diritto*, dicotomia che, da un lato, è all'origine della separazione tra legalità ed equità, tra legalità ed effettività, tra *law in the books* e *law in action*, con la conseguente sopravvalutazione idealistica dell'architettura formale del diritto a discapito della sua vita reale, e, dall'altro lato, fonda il modello sillogistico del ragionamento giuridico – con la netta separazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* – ed è alla radice della separazione tra interpretazione in astratto e applicazione in concreto[17] e della competenza della Corte di cassazione.

L'ultima, fondamentale, dicotomia che occorre qui ricordare è quella tra *essere e dover essere*, all'origine della separazione tra legalità e legittimità e tra discorso *de iure condito* (sul diritto che è, l'unico discorso autenticamente scientifico) e discorso *de iure condendo* (quello sul diritto che si vorrebbe che fosse, discorso inquinato da giudizi di valore e quindi radicalmente soggettivo, ridotto

[16] Sottolinea bene questi due inconvenienti del modello formativo che si è imposto con la modernità positivistica Ch. Jamin, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po: une expérimentation française*, Lextenso, Paris 2012 (in cui si propone un modello alternativo, sperimentato all'École de Droit di Sciences Po). Sull'opportunità, in particolare, di aprire la formazione del giurista ad altri saperi, ci permettiamo di rinviare a M. Vogliotti, *Pour une formation juridique interdisciplinaire*, in S. Farhi, J.J. Sueur (a cura di), *Pratique(s) et enseignement du droit. L'épreuve du réel*, Lextenso, Paris 2016, p. 279 ss.

[17] Tale separazione è messa bene a fuoco da H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino 1966[2], p. 381 ss., ed è ancora presente in una parte importante della letteratura giusfilosofica italiana.

File riservato ad esclusivo fine di studio

a mera «politica del diritto»)[18]. Per effetto di questa dicotomia, il diritto perde il suo legame tradizionale con la giustizia (il suo dover essere) e viene ridotto alla sola dimensione potestativa (il diritto posto dal legislatore onnipotente, che dà voce, con le sue leggi, al nuovo tipo di potere, il potere sovrano). In tal modo, il diritto viene sganciato, per la prima volta nella storia, dalla sua seconda dimensione, legata alla società e al suo *ethos* (ciò che determina il prosciugamento di quelle che erano le sue fonti protagonistiche nell'universo medievale: la consuetudine e la giurisprudenza, teorica e pratica)[19] e viene completamente assorbito dal potere politico. Si apre così la lunga parentesi dell'«assolutismo giuridico»[20], che viene inaugurata dalla rivoluzione francese e si chiuderà soltanto dopo la tragedia dei totalitarismi, con le Costituzioni rigide del secondo dopoguerra.

3. Rottura epistemologica moderna e recupero della natura pratica del sapere giuridico

Queste dicotomie sono la conseguenza della *rottura epistemologica* moderna, con la quale si è sradicato il diritto dal terreno delle scienze pratiche e lo si è trapiantato – contravvenendo al bimillenario insegnamento di Aristotele secondo cui non si può chiedere a un matematico di essere persuasivo e a un retore delle dimostrazioni – nel terreno delle scienze teoretiche, il cui oggetto è qualcosa di completamente indipendente dal soggetto (le cose della natura) e il cui fine è la verità, intesa come perfetta corrispondenza della mente alla

[18] Con l'enunciazione della dicotomia scienza del diritto/politica si apre la *Dottrina pura del diritto* di Kelsen (cap. I, par. 1: *La «purezza»*). Mentre quest'ultima sarebbe priva di finalità conoscitive, in quanto pervasa da giudizi di valore (per Kelsen irrimediabilmente soggettivi), la prima consentirebbe la conoscenza oggettiva dei dati normativi analogamente a quanto avviene per le scienze della natura (il metodo è quello aristotelico delle scienze teoretiche). Infatti, secondo Kelsen, «sebbene la scienza del diritto abbia per oggetto norme giuridiche e, quindi, i valori giuridici che si fondano su di esse, tuttavia le sue proposizioni giuridiche – così come le leggi naturali per le scienze naturali – *descrivono* il proprio oggetto prescindendo da qualunque valore» (*ivi*, p. 98). Nella penalistica italiana di inizio Novecento, la distinzione è tematizzata chiaramente da Arturo Rocco nella celebre prolusione sassarese del 15 gennaio 1910. Si legga, ad esempio, il seguente passo: «Si deve tener distinta l'indagine propriamente e strettamente giuridica da quella filosofica e politica, se si vuol evitare una illecita e pericolosa intrusione ed inframmettenza di elementi filosofici e politici nella logica limpidezza della ricerca giuridica; e non si deve dimenticare che altro è diritto, altro è filosofia, altro è politica: sì che il giurista penalista, che a queste due ultime indagini si cimenti, proceda con la piena coscienza di ciò che va rintracciando e sappia e faccia sapere che, in quel momento, egli fa getto della toga del giurista, per vestire l'abito, sia pure altrettanto severo, del filosofo e del cultore di scienza politica» (A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, estratto dalla *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, p. 24).

[19] Sulla doppia dimensione del diritto, v. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008 e M. Vogliotti, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto (Annali VI)*, Giuffrè, Milano 2013, p. 371 ss.

[20] P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998.

File riservato ad esclusivo fine di studio

cosa (*adaequatio mentis ad rem*). L'adozione del metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze teoretiche (proprio della matematica e delle scienze della natura) determina un mutamento dell'ontologia giuridica: il diritto viene ridotto a un insieme di cose, di sostanze (razionali, normative, empiriche o linguistiche, a seconda delle varie declinazioni della modernità), che sono prodotte da un autore eminente (il legislatore), descritte e sistematizzate dalla scienza e applicate passivamente dal giudice al termine di un processo concepito come «servo muto»[21], mera cinghia di trasmissione che trasporta le sostanze normative a contatto dei fatti[22].

Prima di allora, come accennato, era pacifico che il diritto appartenesse alle scienze pratiche il cui oggetto è l'azione (*praxis*), l'agire dell'uomo, e il fine è l'azione buona, giusta (*eupraxia*). Essendo l'azione un concetto non sostanziale ma *relazionale*, ne discende che il diritto non può essere ridotto a «cosa» (norma astratta, per il normativismo, o decisione, per il realismo), ma vive nella tensione, nella relazione appunto, con gli altri ambiti della cultura di una società, tra soggetto e oggetto (e quindi tra interprete e testo), tra fatto e diritto (e quindi tra testo e contesto), tra essere e dover essere (e quindi tra le *due dimensioni* del diritto, *auctoritas* e *ratio*).

Non a caso, il sapere proprio del giurista è un sapere *interpretativo*[23] che reca nel suo stesso etimo il significato della *mediazione*, del mettere in relazione entità (testo e contesto, fatto e diritto, essere e dover essere) che non sussistono autonomamente, ma si costituiscono reciprocamente in una relazione ricorsiva che l'ermeneutica giuridica – la cui filiazione dalla tradizione aristotelica della filosofia pratica è esplicitamente rivendicata da Gadamer in un paragrafo di *Verità e metodo*[24] – ha sintetizzato con la celebre immagine del circolo ermeneutico. Per i giuristi medievali, la funzione dell'interpretazione era la riduzione *de iniquo ad aequum*, ossia fare in modo che il diritto positivo (l'*auctoritas* dei testi) fosse sempre conforme alla giustizia (la *ratio*, intesa in senso premoderno come ragione valutante che si interroga sui fini dell'azione, sapendo che la causa finale dell'agire giuridico è l'*aequitas*).

Con la fine dell'assolutismo giuridico moderno, per effetto del recupero della seconda dimensione del diritto (incarnata nelle Costituzioni e, poi, nelle Carte europee dei diritti) e della riabilitazione della filosofia pratica a partire dalla

[21] Così, T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 529.
[22] Sulla concezione strumentale del processo, v. M. Nobili, *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in *Quest. crim.*, 1977, p. 63 ss.
[23] È con il giusnaturalismo moderno che il giurista cessa di essere un interprete e diventa uno «scopritore» delle «regole universali della condotta attraverso lo studio della natura dell'uomo, non diversamente da quello che fa lo scienziato della natura» (N. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, in N. Bobbio, M. Bovero, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano 1984, p. 26).
[24] H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), Bompiani, Milano 1983, p. 363 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

fine degli anni Cinquanta in Germania[25], la funzione dell'interpretazione – che era stata ridotta a mera scoperta di oggetti semantici precostituiti – è tornata a essere la riduzione *de iniquo ad aequum*: cos'altro è, in fondo, l'interpretazione *conforme* alla Costituzione – rivendicata con fermezza dalla magistratura associata nel congresso di Gardone del 1965 – se non questa *progettazione* di un significato che possa essere accettato come «giusto» dai *partners ragionevoli* del giudice cui la sentenza è rivolta?[26].

4. Il protagonismo della giurisdizione e il ruolo delle Corti europee per la formazione di un nuovo paradigma

L'attuale fase di «scienza straordinaria», caratterizzata dalla centralità del momento giurisdizionale del diritto (e, in particolare, dal protagonismo delle corti supreme, statali ed europee), rivela non sorprendenti tratti di somiglianza con un'altra fase della storia del diritto – l'antico regime – anch'essa segnata dal progressivo declino del vecchio paradigma (quello medievale) e dall'incubazione di un nuovo paradigma che giungerà a piena maturazione con il terremoto della rivoluzione francese e la stagione delle grandi codificazioni ottocentesche. Allora come oggi, «l'eroe culturale»[27] era rappresentato dai «Grandi Tribunali», le grandi corti medievali (Parlamenti, Senati, *etc.*) che erano state riformate dai sovrani a partire dalla seconda metà del 1500 e che, malgrado le resistenze del potere politico, continuavano a svolgere la loro funzione tradizionale di custodi delle leggi fondamentali del regno (espressione della «seconda dimensione» del diritto). Queste corti, dialogando tra loro[28], anche grazie ai rapporti di «consor-

[25] Su questa duplice vicenda, che segna, a nostro avviso, l'oltrepassamento della modernità giuridica, v. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino 2007, p. 169 ss.

[26] J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983, p. 18 ss.

[27] G. Gorla, F. Roselli, *Per la storia del potere dei giudici in Italia fra il secolo XVI e i secoli XIX-XX fino alla cessazione dello Statuto Albertino: alcune tracce*, in *Foro it.*, V, 1986, p. 99.

[28] Sul dialogo tra i Grandi Tribunali che, malgrado la formazione degli ordinamenti statali, si sentivano ancora parte di un più ampio diritto comune, v. G. Gorla, *Il ricorso alla legge di un «luogo vicino» nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Foro it.*, n. 5, 1973, p. 89 ss. Tale dialogo si sviluppava tramite la citazione della *lex alii loci*, quando «nella *lex loci* e nel diritto comune non si trova[va] "*decisus*" il caso *sub iudice*, o in genere controverso» (p. 89), e tramite la citazione delle decisioni di Grandi Tribunali di altri Stati che, una volta recepite e diventate *consuetudo iudicandi* dei tribunali statali, perdevano il loro valore di autorità «probabili» (persuasive) per assumere il valore di *leges*, cioè di autorità «necessarie», vincolanti. Gorla osserva che «se su una data questione o *casus* si era formata una *communis opinio* o una *magis communis opinio* o *interpretatio* dei tribunali degli altri Stati, quelli di uno Stato cercavano di stare in coro con tale *opinio*, specialmente se *magis communis*». Donde l'annotazione secondo cui il fatto che in uno Stato si desse tanto valore all'*interpretatio* dei tribunali di altri Stati «significava che ciascuno Stato non si sentiva geloso della propria sovranità» (p. 95). Non a caso il declino di tale pratica coincise con il tramonto di quel senso di appartenenza

File riservato ad esclusivo fine di studio

zio o sodalizio» che accomunavano, all'interno e oltre i confini dello Stato di appartenenza, «giuristi forensi di alto livello»[29] – garantivano la sopravvivenza di un diritto comune europeo e, nel contempo, contribuivano in modo rilevante all'opera di costruzione del nuovo ordine statuale, fornendo risposte adeguate alle esigenze del nuovo soggetto politico e assicurando uniformità e prevedibilità del diritto attraverso la formazione di una «*consuetudo iudicandi*», cioè di una giurisprudenza coerente che si imponeva, per la sua autorità e il suo prestigio, alle corti inferiori[30].

Oggi, in un contesto segnato dalla gestazione di un nuovo paradigma e dalle resistenze del vecchio, i giudici, oltre a svolgere i già accennati compiti di adeguamento del diritto positivo alla «nuova *aequitas*», rappresentata dalla Costituzione nazionale e dalle Carte europee dei diritti, e di costruzione del nuovo ordine giuridico, tramite la predisposizione di canali comunicativi e di coordinamento tra spazi giuridici diversi (locali, statali, europei e globali)[31], svolgono altre due fondamentali funzioni.

La prima consiste nel far dialogare tra loro i diversi ambiti dell'agire umano (etica, religione, politica, economia, tecnica, *etc.*), con l'intento di dar vita, nella concretezza dei contesti applicativi, a un giusto equilibrio tra interessi e valori differenti, evitando che una sfera dell'agire soverchi le altre e che taluni

ad un'unica cultura giuridica che contraddistingueva l'età del diritto comune. Come nota ancora Gorla, «con la fine del secolo XVIII, o i primi del XIX, sembra chiudersi il processo storico del ricorso alla *lex alii loci*» (p. 104).

[29] Gorla, Roselli, *Per la storia del potere dei giudici*, cit., p. 97, in cui si osserva che la rottura di quei consorzi tra forensi di alto livello, avvenuta nel corso dell'Ottocento con la chiusura statualistica degli ordinamenti, «può considerarsi come una delle cause di decadenza del potere dei giudici». Non è un caso, allora, che in questi ultimi anni caratterizzati dall'espansione del potere giudiziario, si assista a un ritorno di questi «consorzi» che facilitano il dialogo, tramite la conoscenza delle varie esperienze giurisprudenziali e la «socializzazione reciproca di giudici di diversi paesi e tradizioni». Questo *network* è il risultato di una pratica informale «sempre più ricorrente di consultazioni per via elettronica e di incontri diretti, in occasione di seminari, dibattiti e convegni vari», ma anche «di numerose organizzazioni transnazionali di giudici, corti e circuiti giudiziari» (M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 123 ss.), di cui è un importante esempio la *Venice Commission* un'organizzazione transgiudiziaria che, attraverso la propria postazione web, si propone di far circolare rapidamente le più importanti decisioni di rilievo costituzionale e di facilitare in tal modo «*the exchange of information and ideas among old and new democracies in the field of judge-made law*», precisandosi che tale scambio non va inteso solo a beneficio delle Corti costituzionali dei paesi dell'Europa dell'est e centrale, ma anche a beneficio del «*case-law of the existing courts in Western Europe and North America*» (la citazione, tratta dal sito web «Codices», si deve a A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004, p. 72 ss.).

[30] Sul ruolo dei Grandi Tribunali durante l'antico regime, v. G. Gorla, *Unificazione "legislativa" e unificazione "giurisprudenziale". L'esperienza del diritto comune* (1977), in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano 1981, p. 651 ss. e, più di recente, I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino 2002, p. 85 ss.

[31] V., in merito, S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma 2009.

File riservato ad esclusivo fine di studio

interessi e valori siano eccessivamente sacrificati. Come osserva Nello Rossi in una bella intervista che prende spunto dalla tormentata vicenda dell'Ilva di Taranto – posta, con altre, sotto la lente di questo convegno – compito del giudice è quello di «dar vita all'equilibrio migliore possibile nella situazione data». Questo obiettivo diventa particolarmente difficile quando «le scelte riguardano il rapporto tra istanze dell'economia e diritti fondamentali della persona, come il diritto alla salute o a un ambiente salubre. Ma è qui che si misurano il ruolo fondamentale e la ragion pratica di una magistratura che spesso deve intervenire su situazioni incancrenite da inerzie di altri poteri». Aggiungendosi che, se è «indiscutibile che la tutela della salute sia in cima ai valori della Costituzione e della nostra società», è anche vero che questa «indubbia priorità non può rendere "sospetta" ogni forma di "ragionevolezza" che consenta di individuare i tempi e i modi migliori per risanare l'ambiente produttivo e naturale, e non esclude un impegno strenuo del magistrato nella ricerca di soluzioni che non lacerino irrimediabilmente il tessuto economico e produttivo del paese». Ogni magistrato, conclude Nello Rossi, «è quotidianamente alle prese con scelte ardue, talora "scelte tragiche", tra interessi diversi tutti meritevoli di considerazione e di tutela. In ciò sta la grandezza e l'insostituibilità del nostro lavoro in una società esigente, che ha bisogno di un giudice colto, dotato non solo di tecnica giuridica ma anche di cognizioni specialistiche e di un forte senso della realtà, per essere capace di manovrare una logica non astratta ma "a trama storica", qual è quella giuridica»[32].

Come già accennato, nell'attuale fase di ristrutturazione della giuridicità, in gran parte dovuta ai processi di europeizzazione e di globalizzazione del diritto, i giudici – spinti dalle pressioni dei fatti e da quelle dinamiche giuridiche – sono sempre di più chiamati a riconfigurare, *case by case*, istituti e principi del vecchio paradigma e a forgiare categorie teoriche, criteri e parametri nuovi, assolvendo un compito che spetterebbe più propriamente alla scienza, ancora in gran parte condizionata dagli schemi concettuali e dalla mitologia del paradigma moderno[33].

Un ruolo fondamentale in questo senso lo hanno avuto le due Corti europee e, in particolare, la Corte di Strasburgo, la cui cultura giuridica – risultato del quotidiano confronto tra le tradizioni di *civil law* e di *common law* (che non ha

[32] N. Rossi: *«Obbligati a sporcarci le mani con la realtà»*, intervista di Donatella Stasio, in *Il Sole 24 ore*, 21 luglio 2015.

[33] V., sul punto, M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano 2011, p. 199 e F. Palazzo, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2016, p.80, che osserva come, con riguardo alle categorie di parte generale, «mentre prima il creazionismo interpretativo era appannaggio forse prevalentemente della dottrina venendo poi recepito dalla giurisprudenza, oggi sembra quasi avvenire il contrario».

File riservato ad esclusivo fine di studio

mai reciso il legame con la tradizione aristotelica della filosofia pratica) – si è finalmente imposta, dopo le sentenze gemelle della Corte costituzionale (n. 348 e 349 del 2007), all'attenzione dell'intera comunità penalistica italiana, rappresentando la più fattiva fucina del nuovo paradigma. Con la sua particolare attenzione per la *sostanza* valoriale delle questioni giuridiche[34], per l'*effettività* della tutela dei diritti, per il *law in action* (e quindi per i contesti applicativi), la Corte europea è l'organo giudiziario che con maggiore coerenza e consequenzialità applica le categorie teoriche della ragion pratica, sostituendo il valore della certezza (tipico delle scienze teoretiche) con quello della *ragionevole prevedibilità* (proprio delle scienze pratiche), adottando un approccio *olistico* (su tutti, il concetto dai contorni sfocati del «giusto processo») in luogo di un'analisi atomistica del diritto, ispirandosi a una logica gradualistica o *floue* al posto di una logica monotònica[35] e individuando il confine (sfocato) dell'incriminazione attraverso la categoria ermeneutica (teleologicamente orientata) del *tipo* (la «sostanza dell'incriminazione», nel lessico di Strasburgo), con la quale la Corte, insieme con il criterio della «ragionevole prevedibilità» delle conseguenze penali dell'azione, sostituisce la categoria moderna – figlia di una concezione puramente semantico-sintattica del linguaggio – della tassatività della fattispecie.

5. Anomalie del paradigma moderno e reazioni della comunità scientifica

Il nuovo sguardo teorico che ci viene dall'Europa mette in luce varie *anomalie* del vecchio paradigma, quali la giurisprudenza fonte, la retroattività occulta dei mutamenti giurisprudenziali, i contrasti sincronici di giurisprudenza e gli obblighi giurisdizionali di tutela penale che sanciscono la fine dell'ultimo potere arbitrario del vecchio legislatore onnipotente, l'«arbitrio del non punire»[36]: per taluni diritti fondamentali, il legislatore non può sottrarsi all'obbligo di apprestare la tutela più incisiva prevista dall'ordinamento (il processo e le sanzioni penali), non potendo limitarsi a formulare minacce *in the books*, ma dovendo garantire una *tutela effettiva* dei diritti delle vittime[37].

[34] È il caso, ad esempio, delle categorie della «materia penale», della «sostanza dell'incriminazione» e della stessa nozione di «legge».

[35] M. Delmas-Marty, *Le flou du droit: du Code pénal aux droits de l'homme*, Puf, Paris 1986.

[36] F. Viganò, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Napoli 2011, p. 2645 ss.

[37] Nell'intento di assicurare una tutela effettiva dei diritti, la Corte pone a carico dello Stato il dovere di svolgere, nei casi di violazione di determinati diritti fondamentali (in particolare il diritto alla vita e quello a non essere sottoposti a tortura) «a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible, including effective access for the complainant to the investigatory procedure» (Sent. 2 novembre 2004, *Abdülsamet Yaman c. Turchia*, par. 53). A tal fine, la Corte ha elaborato un'autonoma categoria di *obblighi procedurali* che comprendono il carattere *ex officio* del procedimento, la sua trasparenza, diligenza e celerità,

File riservato ad esclusivo fine di studio

Come osserva Thomas Kuhn a proposito delle rivoluzioni scientifiche, quando un paradigma mostra i primi segni della crisi la comunità scientifica non mette subito in discussione il paradigma, ma reagisce formulando delle «ipotesi *ad hoc*», degli aggiustamenti puntuali della cornice teorica con cui si cerca di risolvere pragmaticamente le anomalie. Con il passare del tempo, le anomalie diventano sempre più numerose e costringono gli scienziati a reagire con ulteriori rimaneggiamenti della teoria che rendono sempre più complicato e inverosimile il paradigma, incoraggiando una minoranza di scienziati – normalmente più giovani perché meno condizionati dai vecchi schemi concettuali[38] – a elaborare nuove mappe teoriche capaci di risolvere quelle anomalie. Questo periodo, caratterizzato da grande fervore teorico, segna la fine della «scienza normale» e l'inizio della «scienza straordinaria», in cui si fronteggiano vecchie e nuove ipotesi teoriche da cui emergerà progressivamente un nuovo paradigma che riuscirà ad ottenere il consenso della comunità scientifica, inaugurando così una nuova fase di scienza normale[39].

Una tale lettura delle dinamiche delle rivoluzioni scientifiche e delle strategie adottate dai suoi attori si presta a illuminare anche la scena giuridica. Di fronte alle anomalie messe in luce dalla Corte di Strasburgo (e da quella di Lussemburgo), le cui linee giurisprudenziali sono espressione, come si è visto, di un paradigma diverso da quello a cui è stata educata la penalistica italiana, è naturale che quest'ultima cerchi, in un primo momento, di difendere il vecchio paradigma sia recependo – volente o nolente – i nuovi *input* tramite aggiustamenti *ad hoc* del paradigma, sia adottando, in relazione alle sfide più delicate, una posizione di chiusura al nuovo, trincerandosi dietro i principi e le categorie teoriche del paradigma ancora dominante.

l'indipendenza effettiva («pratica») delle autorità incaricate delle indagini e la possibilità di partecipazione attiva della vittima all'intera procedura. Sulla questione la Corte è ritornata recentemente con la sentenza della Grande Chambre, 12 novembre 2013, *Söderman c. Suède*.

[38] Kuhn sottolinea come coloro che riescono ad inventare un nuovo paradigma «sono quasi sempre o molto giovani oppure nuovi arrivati nel campo governato dal paradigma che essi modificano. Forse non c'era bisogno di rendere così esplicito questo punto; è ovvio, infatti, che sono quelli gli uomini i quali, proprio perché sono solo scarsamente condizionati dalle regole tradizionali della scienza normale […] hanno maggiore probabilità di vedere che quelle regole non servono più a definire problemi risolvibili e di concepire un altro insieme di regole che possano sostituirle» (Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., p. 117).

[39] La fase della «scienza normale», che si apre al termine della rivoluzione scirntifica, si occupa della «ripulitura» del nuovo paradigma, ossia si impegna «all'articolazione di quei fenomeni e di quelle teorie che sono già fornite» da esso. Una tale attività si presenta «come un tentativo di forzare la natura entro le caselle prefabbricate e relativamente rigide fornite dal paradigma». Compito della scienza normale non è, infatti, quello di scoprire nuovi generi di fenomeni; «anzi, spesso sfuggono completamente quelli che non si potrebbero adattare all'incasellamento» (*ivi*, p. 44).

File riservato ad esclusivo fine di studio

6. Un esempio di «ipotesi ad hoc*» (la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale)…*

Un esempio recente d'ipotesi *ad hoc* è dato dalla sentenza 49/2015 della Corte costituzionale. La questione di legittimità scaturiva da una scomoda sentenza della Corte europea (*Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013), con cui si stabiliva che la confisca urbanistica (alla quale una precedente decisione – *Sud Fondi srl c. Italia*, 20 gennaio 2009 – aveva attribuito la natura di sanzione penale, malgrado l'etichetta formale di sanzione amministrativa applicata dal legislatore nazionale) non potesse essere applicata a seguito di un giudizio in cui la responsabilità dell'imputato «*n'a pas été consignée dans un jugement de condamnation*» (§ 72). Nel caso esaminato dai giudici di Strasburgo, la confisca era stata disposta in seguito a una declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Dopo la sentenza *Sud Fondi*, la giurisprudenza, avallata dalla Corte costituzionale (sent. 239/2009), aveva cercato di porre una pezza allo strappo causato dalla Corte europea, sostenendo che la confisca, malgrado la sua riconduzione alla categoria (antiformalistica) di «materia penale», potesse essere disposta con una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato, a patto che in essa si accertasse incidentalmente la responsabilità soggettiva dell'autore (e dei terzi colpiti dalla misura). È evidente la ragione di politica del diritto che aveva spinto la giurisprudenza a questo aggiustamento *ad hoc*: «a fronte dei ristretti termini di prescrizione che accompagnano illeciti contravvenzionali come quelli in gioco (l'art. 44, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001), l'unico presidio resta affidato alla misura ablativa, che deve essere dunque sottratta alla gora della prescrizione; se anche questa fosse travolta dal meccanismo estintivo, ne risulterebbe intollerabilmente pregiudicata – sull'altare di una "iperprotezione del diritto di proprietà" – la tutela di beni/interessi di primissimo piano (e rango costituzionale) quali quelli sottesi alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, dell'ordinato assetto del territorio, etc. in uno con il più generale "diritto a sviluppare la personalità in un ambiente salubre"»[40].

Questa linea interpretativa – riassumibile nella formula «*nessuna pena europea senza colpevolezza*»[41] – viene però messa in discussione dalla citata sentenza *Varvara* le cui parole sembrano chiaramente escludere che si possa applicare una pena – qual è la confisca urbanistica secondo la Corte europea – in presenza di una sentenza di proscioglimento per prescrizione: «*il existe un principe en droit national selon lequel l'on ne peut pas punir un accusé en l'absence de con-*

[40] Così V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione d'innocenza*, in *www. penalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2015, p. 5, aggiungendosi che «in ciò, la giurisprudenza non ha mai fatto velo su una funzione di supplenza rispetto all'inerzia delle amministrazioni locali nell'esecuzione degli ordini di demolizione».

[41] V. Valentini, *La ricombinazione genica della legalità penale:* bio-technological strengthening *o manipolazione autodistruttiva?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2016, p. 31.

File riservato ad esclusivo fine di studio

damnation. En particulier, lorsque l'infraction s'éteint pour cause de prescription, l'on ne peut pas infliger une peine» (§ 60).

Malgrado la linearità e la coerenza di questo ragionamento – che muove da profili paradigmatici diversi da quelli nazionali: una concezione «sostanziale», non formale di pena, per impedire la «truffa delle etichette» – la Corte costituzionale, sempre spinta da comprensibili ragioni di politica del diritto, continua a seguire la strategia delle ipotesi *ad hoc*, sostenendo che la Corte europea, quando afferma la necessità di una condanna per disporre la confisca, non alluderebbe a una condanna in senso *formale* («la forma del pronunciamento del giudice»), ma alla *sostanza* dell'«accertamento della responsabilità» (§ 6.2), che ben può risultare da una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione. È evidente l'ipocrisia – seppur benintenzionata – di questo ragionamento che, se portato alle sue logiche e paradossali conseguenze, porterebbe ad ammettere la possibilità di irrogare una qualsivoglia pena in presenza di un accertamento incidentale di responsabilità non contenuto in una formale sentenza di condanna. La confisca è pena – per la Corte europea e, dopo *Sud Fondi*, anche per l'ordinamento italiano – allo stesso modo in cui è pena la sanzione detentiva: entrambe richiedono una sentenza formale di condanna per essere irrogate. All'ipocrisia si aggiunge la beffa di un'argomentazione che si serve del *favor* europeo per la «sostanza» delle questioni – *favor* dettato dall'esigenza garantistica di conferire piena *effettività* alla tutela dei diritti, scansando formalismi e tartufismi giuridici che possano vanificarla – per allestire un ragionamento che, oltre ad inserire un aggiustamento *ad hoc* che incrina la linearità del sistema (ammettendosi, nella sola ipotesi della confisca urbanistica, la possibilità di punire senza condanna), incide sui diritti della persona prosciolta.

7. …e il rischio di uno scontro tra paradigmi: il caso Taricco

A questi risultati, come si è già accennato, si è giunti per effetto di una grave anomalia del nostro sistema penale: la disciplina dell'istituto della prescrizione che, impedendo a un numero considerevole di casi di giungere a una decisione finale nel merito, condanna all'ineffettività la tutela dei diritti e d'importanti beni giuridici[42], rischiando ora di determinare, per la prima volta nell'Unione

[42] Anomalia che, com'è noto, è stata di recente censurata dalla Corte europea che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione, nel suo «*volet matériel*» e «*procédural*», in relazione ai fatti che si sono verificati alla scuola Diaz di Genova: Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, in cui la Corte ricorda che «*en matière de torture ou de mauvais traitements infligés par des agents de l'Etat, l'action pénale ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la prescription, de même que l'amnistie et la grâce ne devraient pas être tolérées dans ce domaine. Au demeurant, l'application de la prescription devrait être compatible avec les exigences de la Convention. Il est dès lors difficile d'accepter des délais de prescriptions inflexibles ne souffrant aucune exception*» (par. 208).

File riservato ad esclusivo fine di studio

europea, uno *scontro frontale* tra il diritto europeo e il diritto nazionale. Ciò che è in gioco, infatti, con l'ormai celeberrimo caso *Taricco*, all'origine di una rilevantissima questione di legittimità costituzionale ancora *sub iudice*[42bis], non è più soltanto l'introduzione *ad hoc* di una disarmonia all'interno del sistema per turare una falla causata dall'anomalia della disciplina nostrana della prescrizione (com'è accaduto con la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale), ma la chiusura (o l'apertura) della nostra comunità scientifica a un diverso schema concettuale, il quale, essendo il sapere giuridico un sapere pratico, teleologicamente orientato, è anche il risultato di precise prese di posizione valoriali[43].

Com'è noto, la sentenza *Taricco* della Corte di giustizia ha imposto l'obbligo per il giudice italiano di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. (che disciplinano gli effetti dell'interruzione della prescrizione del reato), allorché tali disposizioni impediscano «di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea» ovvero nell'ipotesi in cui la normativa nazionale, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato italiano, «preveda termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea»[44]. Di qui, in estrema sintesi, la principale questione di legittimità posta alla Corte costituzionale: nella misura in cui dalla disapplicazione di quei due articoli discendono «effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione»[45], l'obbligo posto dalla Corte di giustizia può dirsi rispettoso del principio di legalità in materia penale al quale la nostra Corte costituzionale – diversamente dalle due Corti europee e dalla maggior parte degli Stati membri – riconduce da sempre la totalità dell'istituto della prescrizione? In caso di risposta positiva, la Corte, facendo per la prima volta ricorso alla dottrina dei «controlimiti», dovrebbe dichiarare l'incostitu-

[42bis] Dalla redazione del testo all'invio delle bozze, la vicenda Taricco, com'è noto, si è arricchita di due importanti pronunce: l'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, che ha disposto il rinvio pregiudizionale alla Corte di Giustizia, e la sentenza 5 dicembre 2017 della Grande Sezione della Corte di Lussemburgo (*M.A.S.* e *M.B.*, C-42/17). Per una chiara ricostruzione dei vari passaggi giurisprudenziali, con particolare attenzione all'ultima decisione della Corte di Giustizia e al suo impatto sul diritto interno ed europeo, v. F. Viganò. *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale: i difficili equilibrismi della Corte di Giustizia nella sentenza* M.A.S. ("Taricco II", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1281-1314.

[43] A meno che la Corte costituzionale preferisca evitare di prendere posizione e rinvii la decisione in attesa di un (concordato?) intervento del legislatore volto ad introdurre, per la specifica fattispecie di reato coinvolta nel caso *Taricco*, un'ipotesi (*ad hoc*) di deroga al regime ordinario dell'interruzione della prescrizione. E tuttavia, decidendo di intraprendere (una volta ancora…) la via delle «ipotesi *ad hoc*», la Corte perderebbe una buona occasione, da un lato, per indurre il legislatore ad attuare una riforma complessiva della prescrizione nella direzione indicata dalla Corte di Giustizia (l'effettività della tutela penale) e, dall'altro lato, per compiere un passo significativo verso il paradigma giuridico europeo (sul punto v. *infra*).

[44] Corte di giustizia UE [GC], sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e altri.*

[45] Corte d'Appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

zionalità *in parte qua* della legge di esecuzione del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona.

È evidente il costo di questa soluzione che sbarra le porte all'ingresso del diritto europeo (e della cultura giuridica che lo alimenta). In questo caso, azionare i controlimiti significa, per l'Europa, violare il principio di leale collaborazione in relazione ad una materia molto sensibile per gli interessi dell'Unione[46], e a tale risultato si giungerebbe, questo è il punto, combattendo una «battaglia *per una cattiva causa*»[47], difficilmente comprensibile e, molto probabilmente, inaccettabile nella diversa ottica europea: salvare una disciplina come quella attuale della prescrizione – cui verrebbe conferito il blasone di istituto facente parte dell'identità costituzionale italiana – che «è sotto il fuoco incrociato delle principali organizzazioni internazionali, le quali lo additano come una delle cause dell'ineffettività della repressione penale di fenomeni criminosi gravissimi, che frenano lo sviluppo economico del paese, come la corruzione e l'evasione fiscale»[48]. Sul versante italiano, poi, questa strategia di chiusura produrrebbe un ulteriore effetto negativo, quello di «*blindare sotto il profilo costituzionale l'attuale disciplina della prescrizione*, sancendone l'assoluta impermeabilità a qualsiasi modifica in via giurisprudenziale»[49], non solo di matrice nazionale, ma ora anche europea. In tal modo, l'unico *dominus* nella materia continuerebbe a restare il legislatore nazionale che, ostaggio d'interessi confliggenti, ha finora mostrato di non essere in grado di intervenire con una seria e risolutiva riforma.

8. Per una valorizzazione del principio di effettività: il monito delle Corti europee

Complice di questo immobilismo è anche una cultura giuridica che, ancora fortemente condizionata dalla moderna frattura tra fatto e diritto, ha tradizionalmente trascurato il *principio di effettività*, che è invece uno dei pilastri su cui si regge il paradigma europeo[50]. Ciò che appartiene alla scienza giuridica, nella

[46] Come osserva C. Sotis, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 ottobre 2016, p. 4, «per l'Unione europea gli interessi finanziari sono vitali. Proteggendo questi essa protegge se stessa. Sono il presupposto della sua esistenza [...] Secondo la gerarchia dell'Unione questi sono un'aggressione gravissima, su cui legittimazione ad intervenire e legittimazione ad esistere si confondono».

[47] F. Viganò, *Il caso* Taricco *davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 maggio 2016, p. 26.

[48] *Ivi*, p. 7-8.

[49] *Ivi*, p. 7.

[50] In una voce enciclopedica specificamente dedicata al tema, il teorico del diritto G. Gavazzi, *Effettività (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, Roma 1989, p. 1, si chiedeva, retoricamente, «perché il concetto di effettività compaia in queste sedi [la filosofia e la teoria generale del diritto] e non in altre (come, per esempio, il diritto costituzionale, quello amministrativo, quello civile, e, meno che mai, quello penale). Con la citazione di queste parole si apre un ampio saggio di C.E. Pa-

File riservato ad esclusivo fine di studio

nostra, diversa, prospettiva paradigmatica, è il giudizio sulla validità formale, *in the books*, del diritto; la sua traduzione nei fatti è irrilevante e appartiene, semmai, a un'altra scienza, la *sociologia del diritto*, a lungo ostracizzata dalle Facoltà di Giurisprudenza e ancora oggi fondamentalmente estranea al modo di pensare – e alla tavola assiologica – del giurista. Se le grida del legislatore restano sulla carta perché la disciplina della prescrizione impedisce – sistematicamente, per taluni reati – che si traducano *in action*, ciò può suscitare disappunto in un'ottica di politica del diritto (*può*, perché non sono pochi quelli a cui non dispiace affatto una macchina processuale che gira a vuoto), ma non è affare che competa alla giurisprudenza teorica e pratica (ecco di nuovo all'opera la moderna dicotomia tra *scienza del diritto* e *politica del diritto*). Ci pensi il legislatore, se crede, ad intervenire; «legislatore» (*nazionale*, ma anche *europeo*) che, beninteso, resta pur sempre il soggetto meglio attrezzato ad intervenire in una materia suscettibile di essere disciplinata in diversi modi.

La levata di scudi con cui la sentenza *Taricco* è stata accolta dalla quasi totalità dei commentatori[51] dipende in gran parte dal fatto che quella nostra cultura giuridica – figlia del paradigma moderno – si è qui scontrata con un paradigma, quello europeo, che, muovendo da diverse premesse teoriche, considera l'*effettività* un valore fondamentale alla cui tutela tutti gli operatori giuridici sono chiamati a concorrere e della cui sorte la scienza deve avere massima cura. Condizione necessaria perché la Corte costituzionale rifiuti di seguire la via dei controlimiti e imbocchi la strada dell'apertura alle ragioni dell'Europa è il riconoscimento della piena cittadinanza e dell'importanza del principio di effettività nel giudizio di costituzionalità, sviluppando il cenno, «originale e in-

liero su *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430-544, in cui l'Autore nota come, «nel suo complesso, il problema non è ancora (o non ancora adeguatamente) tematizzato, sia dalla letteratura italiana che da quella d'oltralpe, dopo l'ormai remota configurazione lisztiana», concludendo che, a sua scienza, non si rinviene, a quella data, «neppure un saggio penalistico specificamente dedicato al tema» (p. 432). Quell'importante lavoro di Paliero, che ancora oggi si staglia come un monòlito nella letteratura penalistica italiana, non tematizza (e non poteva tematizzare), però, i profili evidenziati dalle Corti europee: l'ineffettività della norma penale intesa come violazione dei diritti della vittima e, quindi, come ragione di critica (che può giungere, in certi casi, alla disapplicazione e, magari, domani, all'espunzione dall'ordinamento) di un istituto o di un enunciato normativo responsabile dell'ineffettività dell'incriminazione.

[51] V., tra i molti, L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 dicembre 2015; M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016; V. Maiello, *Prove di resilienza del* nullum crimen*: Taricco* versus *controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1250 ss.; S. Manacorda, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3488 ss.; V. Manes, *La svolta* Taricco *e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *www. penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016; D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *www. penalecontemporaneo.it*, 5 ottobre 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

novativo»[52], che è stato fatto nella sentenza 236/2011 al «principio di effettività del diritto penale», al quale è stato riconosciuto il rango di interesse di «rilievo costituzionale», insieme con quelli di «efficienza» del processo e di «salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale», già messi bene in luce nella precedente sentenza 72/2008[53].

Scelta la strada della collaborazione, la via maestra che si aprirebbe alla Corte costituzionale sarebbe quella di abbandonare la tradizionale linea interpretativa che attribuisce natura sostanziale alla prescrizione, riconoscendo le buone ragioni che ispirano la diversa impostazione delle Corti europee e ottenendo così, grazie alla sollecitazione di questo caso giurisprudenziale, l'importante risultato di sottrarre al monopolio del legislatore nazionale un istituto così cruciale per il buon funzionamento del sistema penale. Nello Stato costituzionale di diritto, come ha efficacemente osservato Gustavo Zagrebelsky, non vi è spazio per nessun «padrone del diritto». Il diritto, anche penale (come testimonia chiaramente la giurisprudenza della Corte europea sugli obblighi giurisdizionali d'incriminazione), non può più essere «oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti»[54].

In alternativa, sono ipotizzabili due vie più compromissorie. La prima consiste nel negare che la disciplina della prescrizione, la cui natura rimarrebbe così immutata, cada nel nucleo duro del principio di legalità (quello presidiato dai controlimiti). La seconda è quella di attribuire all'istituto *de quo* una natura «ibrida»: *sostanziale* con riferimento all'art. 157 c.p., in cui si definisce l'indispensabile «tempo dell'oblio»; *processuale*, con riferimento agli artt. 160 e 161 che disciplinano l'istituto dell'interruzione della prescrizione, quando, cioè, il processo si è messo in moto e – mostrando, magari con una o due sentenze di condanna, di non voler dimenticare – dev'essere posto nelle condizioni di

[52] Così V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma 2012, p. 160, per il quale, tuttavia, tale principio (la cui recente vivacità è vista con preoccupazione dall'Autore: v., più esplicitamente, Id., *L'ultimo imperativo della politica criminale:* nullum crimen sine confiscatione, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, pp. 1260-1261) non sarebbe un controinteresse «di rango omogeneo» a quello sotteso al principio della *lex mitior*, secondo l'impostazione fatta propria dalla Corte europea nel caso *Scoppola c. Italia*, del 17 settembre 2009, che considera la garanzia della retroattività della legge penale più favorevole un corollario del principio di legalità. Com'è noto, la nostra Corte costituzionale riconduce, invece, il principio della *lex mitior* al più debole presidio dell'art. 3 della Costituzione, ammettendo la legittimità di deroghe.

[53] Ringrazio Vittorio Manes per avermi ricordato, a margine di una conversazione sul caso *Taricco*, la sentenza 236/2011, da cui sono tratti i passi sopra citati e con la quale la Corte costituzionale ha salvato la l. n. 251 del 2005, c.d. *ex*-Cirielli, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva dei nuovi termini di prescrizione, se più favorevoli al reo, ai processi già pendenti in appello e in Cassazione.

[54] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, p. 213.

File riservato ad esclusivo fine di studio

poter giungere a una decisione finale nel merito[55]. Alla garanzia, fondamentale, di tempi processuali ragionevoli non è l'istituto della prescrizione che deve provvedere, essendo, anzi, proprio quell'istituto – spia del disfunzionamento del sistema – una delle cause, non secondarie, dell'allungamento patologico della durata dei processi.

Certo, su questa strada rimarrebbero ancora i pesanti ostacoli rappresentati dai criteri che la Corte di giustizia ha affidato ai giudici comuni per formulare il giudizio di adeguatezza del diritto nazionale al diritto europeo. E tuttavia, se un ostacolo pare insuperabile[56] (a causa delle caratteristiche del primo criterio, fondato su un parametro indeterminato – la «gravità della frode» – e su una «situazione non accertabile dal giudice del singolo processo, che non può stabilire se il regime della prescrizione di determinate frodi gravi ne impedisca la punizione "in un numero considerevole di casi"»[57]), il secondo ostacolo, come ha mostrato in modo convincente Ernesto Lupo, è tutt'altro che invalicabile: trattandosi di una comparazione tra astratte previsioni legali (quelle che stabiliscono i termini di prescrizione per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro e per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'UE), il giudizio relativo può ben essere effettuato dal giudice. Questi, infatti, può agevolmente constatare che il reato ascritto a Taricco (l'associazione per delinquere allo scopo di commettere i delitti in tema di Iva) è soggetto a una disciplina dell'interruzione della prescrizione molto più favorevole di quella prevista per l'analogo reato associativo finalizzato al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, fattispecie rientrante tra quelle indicate nell'art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p., per le quali non opera il limite massimo previsto in linea generale dal codice penale («un quarto del tempo necessario a prescrivere»)[58].

Quale che sia l'itinerario che la Corte sceglierà di seguire, questa seconda soluzione (*irenica*)[59] della questione di legittimità costituzionale – accompagnata da un *robusto monito* rivolto al legislatore affinché intervenga con una

[55] Le due ipotesi sono formulate da P. Faraguna, P. Perini, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2016, p. 11 ss.

[56] Di diverso avviso, però, *rara avis*, Viganò, *Il caso* Taricco, cit., p. 31 ss.

[57] E. Lupo, *La* primauté *del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 febbraio 2016, p. 6, in cui si aggiunge che «quest'ultimo presupposto può desumersi soltanto da rilevazioni statistiche estranee, di per sé, agli accertamenti compiuti nel singolo processo e relative, in linea di principio, all'intero territorio nazionale». Ragion per cui, la fattispecie delineata dalla sentenza *Taricco* non può, «per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale».

[58] *Ivi*, p. 7-8.

[59] Di opinione contraria, invece, Pulitanò, *La posta in gioco*, cit., p. 13, che perora, in questo caso, la causa del «costituzionalismo *non irenico*, ma polemico quanto basti per misurarsi con le tensioni del sistema multilivello e i problemi di costruzione di una legalità più complessa e più solida».

File riservato ad esclusivo fine di studio

soddisfacente riforma dell'istituto della prescrizione – non solo eviterebbe un inopportuno scontro tra paradigmi, ma contribuirebbe altresì a sensibilizzare la nostra cultura giuridica al valore dell'*effettività*, facendo compiere alla nostra comunità giuridica un ulteriore passo significativo verso il nuovo paradigma europeo che ha portato una «*ventata d'ossigeno per il nostro sistema penale*, costringendoci a rimettere in discussione dogmi consolidati (primo fra tutti, quello del giudicato) e a riflettere a fondo sui profili critici del sistema»[60], aiutandoci, il più delle volte, a innalzare il livello di protezione dei diritti dell'imputato senza sacrificare quelli della vittima, anch'essi degni di tutela e tradizionalmente trascurati dalla nostra cultura giuridica.

[60] Così Viganò, *Il caso* Taricco, cit., p. 21.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Innovazione e continuità nel diritto penale tributario

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Gastone Andreazza

Diritto penale tributario tra novità legislative e arresti giurisprudenziali: uno sguardo d'insieme

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'art. 2 del d. lgs. n. 74 del 2000. – 3. L'art. 3. – 4. L'art. 4. – 5. L'art. 5. – 6. Le fattispecie di omesso versamento – 7. La confisca – 8. La circostanza aggravante *ex* art. 13 *bis*, co. 3 – 9. Il regime transitorio – 10. L'abuso del diritto.

1. Premessa

L'intenzione è quella di passare in rassegna alcuni degli snodi problematici legati alla recente «miniriforma» del diritto penale tributario per effetto del d. lgs. n. 158 del 2015; vorrei infine aggiungere poche considerazioni – sperando di non invadere terreni altrui – in relazione alla problematica dell'abuso del diritto.

Partiamo dal dato sistematico: il decreto delegato è il frutto – come sappiamo – della legge delega che ha attribuito al Governo il compito di rivisitare il sistema penale tributario. Quando si è insediata al Ministero dell'Economia e delle Finanze la commissione che doveva in qualche misura «preparare» i decreti delegati, il primo problema che si è posto è stato quello relativo alle necessità di comprendere i limiti del compito che veniva appunto affidato al legislatore delegato: se cioè venisse richiesto di procedere *funditus* al riesame completo e radicale del sistema penale tributario disegnato dal d. lgs. n. 74 del 2000 oppure di procedere alla rivisitazione soltanto di alcuni specifici aspetti. Questa seconda è stata l'opzione scelta in ragione delle interpretazione delle linee di fondo della scelta legislativa volta ad incentrare l'aspetto sanzionatorio soprattutto sulle condotte di carattere fraudolento. Ciò peraltro ha lasciato inevase alcune problematiche, la prima delle quali – che viene sempre più in rilievo per l'utilizzazione ormai frequentissima che dello strumento viene fatta

File riservato ad esclusivo fine di studio

– riguarda il tema della confisca: il decreto delegato, da questo punto di vista, si è limitato a un'operazione cosmetica, ha trapiantato il vecchio testo della legge Finanziaria 2008 – che recepiva a sua volta l'art. 322 *ter* c.p. – per ragioni sistematiche assolutamente condivisibili, all'interno del d. lgs. n. 74 del 2000; e qui si è fermato. Non ha affrontato il problema – forse anche perché questo esulava da quelli che erano i criteri direttivi che il legislatore delegante aveva fissato – sotto lo specifico profilo della confisca per equivalente nei confronti delle persone giuridiche e in particolare con riferimento all'inclusione dei reati tributari tra i reati-presupposto del d. lgs. n. 231 del 2001. Non era probabilmente questo il compito che rientrava all'interno dei compiti del legislatore delegato, ma questo lascia – da questo punto di vista – inevaso il problema. Non so se questo sia un bene o un male – probabilmente un bene da un certo punto di vista –; ma quella che era l'aspettativa in parte creatasi è andata delusa: dunque, ancora oggi, pur all'interno di un catalogo ormai amplissimo di reati-presupposto per quanto riguarda la responsabilità delle persone giuridiche, i reati tributari non sono presenti.

Nell'ambito di questa opera di rivisitazione partirei proprio dall'art. 2 per poi passare in rassegna i diversi aspetti delle varie fattispecie toccate dall'intervento legislativo.

2. L'art. 2 del d. lgs. n. 74 del 2000

L'operazione che ha coinvolto l'art. 2 è in apparenza molto limitata; in pratica si è espunto il termine «annuali» che figurava nella vecchia disciplina, di talché oggi la condotta di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 2 riguarda qualunque dichiarazione rilevante in materia di imposte sul reddito o sul valore aggiunto indipendentemente dalla caratteristica di annualità. Questo ha consentito in talune sedi, tra cui la relazione del Massimario della Cassazione, di sostenere che l'espunzione del termine annuali significherebbe che oggi sarebbero punibili le dichiarazioni IRAP infrannuali; tuttavia, non credo che la modifica autorizzi tale conclusione, dovendo invece restare fermo l'assunto in senso negativo più volte espresso dalla Corte[1], secondo un'interpretazione condivisa anche da una circolare del Ministero delle Finanze del 2000, che motivava l'esclusione delle dichiarazioni IRAP dal contesto della norma in base alla natura reale di tale imposta, continuando l'art. 2, invece, a fare necessariamente riferimento alle dichiarazioni dei redditi e alle dichiarazioni annuali IVA; riterrei invece che si possano ritenere comprese ad esempio (in questo anche la relazione

[1] Cass. pen., sez. III, 15 novembre 2011, n. 11147, *Prati*, in *CED della Suprema Corte di Cassazione*, n. 252359.

File riservato ad esclusivo fine di studio

del Massimario fa un accenno) le dichiarazioni di operazioni intracomunitarie, le dichiarazioni mensili IVA e le dichiarazioni straordinarie; continuano invece ad esulare dallo spettro di applicabilità dell'art. 2 le comunicazioni annuali IVA, appunto perché «comunicazioni» e non dichiarazioni.

Un aspetto problematico che deriva invece non tanto da ciò che si è introdotto nel contenuto dell'art. 2 ma da quanto invece non si è introdotto, è il fatto che è rimasta assente alcuna previsione di soglie di punibilità, ciò che pare dare luogo ad una asimmetria rispetto a quanto si può constatare per quanto riguarda l'art. 3. In realtà, perché nell'assetto originario del d. lgs. n. 74 del 2000 non erano state introdotte soglie di punibilità? Perché si era in qualche modo voluta preservare la funzione che l'art. 2 aveva, ovvero quella di sanzionare figure criminali che ruotavano intorno alle cosiddette società cartiere, ovvero evitare tutto il fenomeno incentrato sulle cd. «frodi-carosello». Un tale motivo di politica criminale aveva dunque indotto il legislatore del 2000 a non introdurre soglie di punibilità in relazione all'art. 2, ma è indubbio il fatto che questa scelta ha contribuito ad assegnare rilevanza penale anche a forme di evasione minuta e bagatellare; tale opzione era sembrata non del tutto opportuna a fronte del fatto che invece, per quanto riguarda l'art. 3, avente anch'esso ad oggetto la condotta di dichiarazione fraudolenta sia pure caratterizzata da «altri artifici», queste condotte beneficiavano di un'ampia franchigia, addirittura aumentata, ora, dalla riforma; questa distonia appare oggi ancora più evidente per il fatto che con il d.l. n. 138 del 2011 venne eliminata la circostanza attenuante del comma 3 originariamente prevista proprio per compensare il fatto che nell'art. 2 non figuravano soglie di punibilità; sicché oggi ci troviamo di fronte ad una situazione per la quale, a pari natura fraudolenta delle condotte (da questo punto di vista, infatti, art. 2 e 3 sono, come evidenziato anche dalla misura dal trattamento sanzionatorio, equivalenti), solo in relazione all'art. 2 continuano a non essere previste soglie di punibilità, sicché, in definitiva anche i fatti di evasione minuta continuano ad essere assoggettati ad una pena che è tra le più elevate tra quelle contemplate nel sistema tributario (da 1 anno e 6 mesi a 6 anni di reclusione).

3. L'art. 3

Quanto appena osservato sopra induce a soffermarsi su un aspetto immediatamente collegato e che trae sempre spunto dal raffronto tra art. 2 da un lato e art. 3 dall'altro, ovvero la necessità di individuare (operazione che per la verità si è sempre posta e si poneva ancora prima della riforma) le linee di confine tra queste due norme. Pronunce della Cassazione – per la verità non numerosissime – hanno fatto leva sostanzialmente sulla natura propria di quello che era l'art. 3 prima dell'attuale configurazione il quale richiedeva infatti la

File riservato ad esclusivo fine di studio

falsa rappresentazione nelle scritture contabili, e quindi una particolare veste del soggetto attivo; in altre pronunce, poi, si faceva leva su quello che era il mezzo di esplicazione della condotta, ovvero, «fatture» da un lato (art. 2), «altri mezzi fraudolenti» dall'altro (art. 3). Questa operazione di individuazione della linea di demarcazione appare oggi più complicata, perché l'elemento rappresentato dalla natura propria del reato è venuto meno giacché il legislatore ha eliminato il requisito nell'intento, evidentemente, di dare un più ampio spazio all'applicabilità dell'art. 3; non è più richiesta infatti una falsa rappresentazione nelle scritture contabili, ma sostanzialmente due condotte che vengono tra loro poste in alternatività ovvero, da un lato, operazioni simulate soggettivamente o oggettivamente, e, dall'altro, il fatto di avvalersi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei a ostacolare l'accertamento e a indurre in errore l'amministrazione finanziaria. Sennonché è difficile capire la differenza, in primo luogo, tra le operazioni simulate – di cui parla appunto oggi l'art. 3 – e le operazioni inesistenti: il legislatore ha ritenuto infatti, nell'ambito delle definizioni presenti all'art. 1, di affiancare alle operazioni inesistenti della lett. *a*), le operazioni simulate, contemplate nella nuova lett. *g bis*). Il compito di comprendere la differenza tra i due concetti risulta ancora più arduo perché gli stessi parrebbero a prima vista tra loro sovrapponibili; operazione simulate sarebbero infatti secondo il legislatore quelle poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte mentre, laddove si parla di operazioni «inesistenti», si parla di operazioni «non effettuate in tutto o in parte»: da una parte abbiamo dunque operazioni poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte, e dall'altra operazioni non realmente effettuate in tutto o in parte. Quando poi si va sul versante dei soggetti che compiono queste operazioni ci si trova di fronte ad operazioni che, per quanto riguarda le operazioni simulate, vengono definite dal legislatore come riferite a soggetti fittiziamente interposti, e, quando si fa riferimento ad operazioni inesistenti, ad operazioni che sono riferite a soggetti diversi da quelli effettivi. Su questo, come su altri aspetti del decreto delegato, la relazione illustrativa sostanzialmente è silente, sicché ancora una volta e ancora di più il compito di individuare una linea di demarcazione è rimesso alla interpretazione della giurisprudenza, di non facile effettuazione tanto più che un criterio di differenziazione che poteva in precedenza essere appunto rappresentato dalla natura propria del reato oggi è venuto a mancare; in definitiva, la modifica della novella sembra avere complicato un compito già in precedenza non facile, restando, in definitiva, quale unico elemento di differenziazione la clausola di sussidiarietà posta in principio dell'art. 3 (che, tra l'altro, restringendo la sfera di applicabilità della norma, si pone in direzione contraria rispetto all'apparente intento di allargarne lo spettro). Accanto all'elemento rappresentato dalle operazioni simulate oggettivamente e soggettivamente è stato posto anche quello

File riservato ad esclusivo fine di studio

di avvalersi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti: secondo la nuova definizione che di mezzi fraudolenti viene data dall'art. 1, lett. *g ter*), sono mezzi fraudolenti le condotte artificiose attive nonché quelle omissive realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico che determinano una falsa rappresentazione della realtà; sembrerebbe non essere sufficiente il mero dato di per sé dell'artificiosità della condotta attiva o della condotta omissiva perché viene richiesto appunto che questa artificiosità venga realizzata in violazione di uno specifico obbligo giuridico; da questo punto di vista, poiché viene introdotto un comma 3 che prevede che, ai fini della disposizione del comma 1, non costituiscono mezzi fraudolenti la mera violazione degli obblighi di fatturazione e di annotazione degli elementi attivi nelle scritture contabili o la sola indicazione nelle fatture o nelle annotazioni di elementi attivi inferiori a quelli reali, sorge la necessità di capire quali altri obblighi giuridici la cui violazione integrerebbe condotte artificiose residuerebbero al di fuori dell'obbligo giuridico che impone di fatturare quello che è l'effettivo contenuto di un'operazione; se effettivamente non fosse così agevole individuare altri obblighi giuridici, l'aver introdotto un comma 3 che, in qualche modo, esenta da responsabilità la sottofatturazione darebbe luogo ad una condotta praticamente non applicabile da questo punto di vista, perché l'obbligo giuridico verrebbe esaurito puramente e semplicemente in quello della sottofatturazione; e poiché questo non darebbe luogo a sanzione penale, la previsione del comma 3 che richiede in più che questa artificiosità venga posta in essere in violazione di precisi obblighi giuridici, lascerebbe in qualche modo inevaso il contenuto della norma.

4. L'art. 4

Passando al reato di dichiarazione infedele, l'innovazione forse più rilevante che ha coinvolto questo reato – che si è caratterizzato peraltro per un innalzamento delle soglie di punibilità – è stata quella per cui vengono esclusi dalla fattispecie quegli elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, ma che restano irrilevanti sul piano tributario perché non correttamente classificati o non inerenti o non deducibili o indicati in anno di competenza diverso da quello corretto; questa era un'esigenza che si poneva – e la relazione illustrativa lo dice chiaramente – per evitare che in qualche misura gli operatori stranieri fossero dissuasi dall'investire in Italia per l'incertezza che poteva causare l'applicazione di questa norma. Per la verità deve chiedersi se ci fosse effettivamente bisogno di stabilire che la mera difformità di valutazione dell'operato del contribuente rispetto a quella che è un'indicazione dell'ufficio tributario non configuri illecito penale, perché, essendo la norma già caratterizzata dal dolo specifico di evasione, questo elemento ben doveva già fungere da chiave di selezione delle con-

File riservato ad esclusivo fine di studio

dotte; in altri termini, il fatto che per potere integrare il reato di dichiarazione infedele fosse necessario il dolo di evasione doveva probabilmente, secondo una corretta interpretazione, indurre a escludere tutte le operazioni «valutative» per il fatto che in questi casi il dolo di evasione doveva appunto ritenersi mancante. Il che, peraltro, segnala un più generale problema che si può riscontrare nell'esame delle sentenze in materia penale tributaria, ovvero la scarsa utilizzazione, da parte del giudice di merito, quale elemento orientativo nell'interpretazione della norma, del dolo specifico che di per sé già segnala come il legislatore abbia inteso in qualche modo selezionare l'ambito di illiceità penale. È interessante segnalare che, a proposito dell'«abuso del diritto», in fattispecie antecedente alle recenti modifiche, una recente sentenza della Corte di cassazione[2] ha valorizzato proprio l'elemento del dolo di evasione per segnalare la riconducibilità di effetti penali all'operazione di abuso del diritto, un segnale, questo, che dovrebbe in qualche modo confermare la necessità che nell'interpretazione delle norme penali tributarie al dolo di evasione debba essere dato un adeguato rilievo. Tutto ciò per dire che la presenza dell'elemento del dolo specifico nell'art. 4 non rendeva indispensabile l'inserimento di previsione che specificamente esentasse da riconducibilità all'area penale le operazioni caratterizzate da difformità valutativa, tanto più essendo questa specificazione applicabile alla sola dichiarazione infedele; infatti la disposizione non è stata inserita tra le definizioni di carattere generale, ma è stata inserita specificamente all'interno del reato di dichiarazione infedele, il che lascia inevasa la necessità, dal punto di vista sistematico, che questo tipo di selezione del bene giuridico tutelato in realtà venisse riferito anche ad altro tipo di condotte, e specificamente a quelle di cui agli artt. 3, 5 e 10 *quater* per le quali, invece, si dovrebbe continuare ad avallare interpretazioni di natura «formale»; in altri termini, dunque, l'errore nell'indicazione di un costo rispetto a quello che è il criterio valutativo dell'ufficio finirebbe per essere penalmente indifferente soltanto per quanto riguarda l'art. 4 e non anche per le altre fattispecie.

5. L'art. 5

La modifica dell'art. 5 si caratterizza per due interventi: vi è stato, da un lato, un innalzamento della pena (nel minimo ad un 1 anno e 6 mesi e nel massimo a 4 anni di reclusione), ma soprattutto, dall'altro, la fattispecie è stata estesa fino a ricomprendere espressamente anche la dichiarazione del sostituto d'imposta. Ora, sulla necessità di introdurre la dichiarazione del sostituto d'imposta all'in-

[2]Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809, *Gabbana e altri*, in *CED della Suprema Corte di Cassazione*, n. 265119.

File riservato ad esclusivo fine di studio

terno delle dichiarazioni dell'art. 5 vi sarebbe da riflettere, perché già all'interno delle definizioni, alla lett. *c*) dell'art. 1, la definizione di dichiarazione è stata integrata appunto facendovi rientrare anche quella del sostituto d'imposta nei casi previsti dalla legge, sicché non si comprende perché, data già, appunto, la definizione di carattere generale, il legislatore abbia sentito l'esigenza di ripetere il «concetto» anche direttamente nell'art. 5. Lo sdoppiamento così inutilmente operato, giacché nel comma 1 si parla appunto di dichiarazioni *tout court*, mentre nel comma 1 *bis* si parla di dichiarazione del sostituto d'imposta, venendo poi prevista per entrambe le ipotesi la medesima pena, appare ulteriormente infausto perché nel comma 1 *bis*, a differenza dell'ipotesi ordinaria del comma 1 – dichiarazione puramente e semplicemente –, non si ripete la necessità che il fatto venga compiuto al fine di evadere le imposte; cioè sembrerebbe di comprendere letteralmente che, mentre per l'omessa dichiarazione *tout court* è necessario il dolo di evasione, per l'omessa dichiarazione del sostituto d'imposta il dolo di evasione non è necessario giacché, appunto, il legislatore non lo ripete. Parrebbe trattarsi allora di una svista del legislatore, peraltro poco comprensibile laddove, immediatamente prima, il legislatore ha inteso mantenere il dolo di evasione; a tale svista si può rimediare comunque a livello interpretativo nel senso che il secondo comma sostanzialmente ripete il primo comma negli elementi essenziali, implicitamente rimandando allo stesso anche per il dolo di evasione; diversamente, dovrebbe chiedersi se il fatto che ci si trovi in presenza di una dichiarazione del sostituto d'imposta possa giustificare tecnicamente la non necessità di ripetere l'esigenza che il fatto venga compiuto con dolo di evasione, ma una spiegazione in tal senso pare implausibile. L'unica più semplice conclusione pare quindi quella di un *lapsus calami* del legislatore.

La introduzione della illiceità penale anche con riferimento alla dichiarazione del sostituto d'imposta comporta poi la necessità di interrogarsi sulla possibilità del concorso tra il reato di omessa dichiarazione del sostituto d'imposta ed il reato dell'art. 10 *bis*, cioè l'omesso versamento di ritenuta; si tratta cioè di verificare la cumulabilità di condotte tra loro formalmente distinte, ma da un punto di vista sostanziale tra loro unificate da un vincolo logico. È vero che, con riguardo all'IVA, dal 2005 coesistono la previsione che sanziona l'omessa dichiarazione IVA e la previsione che sanziona anche l'omesso versamento dell'IVA; però, da questo punto di vista, le problematiche che afferiscono al concorso, o meglio, alla cumulabilità di tali due fattispecie non sono mai stati affrontati direttamente dalla giurisprudenza e quindi una riflessione ponderata sui rapporti tra queste due figure non vi è specificamente mai stata.

File riservato ad esclusivo fine di studio

6. Le fattispecie di omesso versamento

Per quanto poi riguarda i reati di omesso versamento, l'intervento sull'art. 10 *bis*, modificato nel senso che le ritenute non versate possono essere non solo quelle risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, ma anche quelle dovute sulla base della stessa dichiarazione mod. 770, è stato necessitato dalla interpretazione che la giurisprudenza della Corte di cassazione aveva dato del testo precedente, laddove aveva ritenuto – sia pure in maniera non uniforme – che restassero fuori dalla norma proprio i casi in cui le certificazioni non fossero state rilasciate e – si era aggiunto – non si poteva ritenere desumibile la prova del loro rilascio dalla mera circostanza della dichiarazione del sostituto[3]. Con la modifica il legislatore invece ci viene a dire in sostanza che oggi è sufficiente la dichiarazione del sostituto mod. 770. Il che però potrebbe innescare una complicazione: infatti nella sentenza con cui le Sezioni Unite ebbero ad occuparsi della configurabilità del reato di omesso versamento delle ritenute con riguardo all'anno 2004 in ragione della entrata in vigore della norma incriminatrice solo nel 2005, proprio il rilascio delle certificazioni venne valorizzato come elemento che consentiva di differenziare la fattispecie penale da quella del mero illecito amministrativo[4]; si era infatti posto – sia per l'art. 10 *bis* che per l'art. 10 *ter* – il problema della violazione del divieto del *bis in idem* in relazione alla previsione della stessa condotta anche come illecito amministrativo ai sensi dell'art. 13 del d. lgs. n. 471 del 1997. Ebbene la Corte di cassazione, oltre ad avere posto in rilievo, onde escludere la sussistenza del *bis in idem*, la diversità del fatto in base al raffronto tra fattispecie astratte e alla diversa denominazione che il legislatore italiano dà delle sanzioni, sanzione amministrativa da un lato e sanzione penale dall'altro, aveva aggiunto anche, appunto, il rilascio delle certificazioni; oggi questo elemento – nei casi in cui rilascio non vi sia stato – verrebbe meno e provocherebbe forse un problema da questo punto di vista. Ragion per cui vi è da chiedersi se, per evitare di complicare le cose, non sarebbe stato più ragionevole, come in più sedi auspicato all'indomani dell'approvazione della legge delega, pensare ad una possibile depenalizzazione della fattispecie; una tale riflessione, se non con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 10 *bis* giacché caratterizzata, anche secondo la giurisprudenza, da una componente appropriativa e non meramente di omesso versamento – avrebbe dovuto essere fatta quanto meno con riferimento all'omesso versamento IVA. La legge delega prevedeva infatti, tra i criteri direttivi, quello della riduzione delle sanzioni per le fattispecie meno gravi o di applicazione di sanzioni amministrative in luogo di quelle penali. Il

[3] Cass. pen., sez. III, 08 aprile 2014, n. 40526, *Gagliardi*, in *CED della Suprema Corte di Cassazione*, n. 260090.
[4] Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, *Favellato*, in *CED della Suprema Corte di Cassazione*, n. 255760.

File riservato ad esclusivo fine di studio

legislatore delegato ha ritenuto tuttavia di non depenalizzare il reato di cui al 10 *ter*, ma semplicemente di innalzare le soglie di punibilità, ciò che, però, ha dato luogo alla conseguenza che oggi, ancora di più, dobbiamo fare i conti con la necessaria coesistenza, da un lato, dell'illecito amministrativo dell'art. 13 cit., e, dall'altro, dell'illecito penale dell'art. 10 *ter* con tutte le problematiche che derivano dall'interpretazione che soprattutto la Corte EDU sta dando dell'art. 6 CEDU e dell'art. 4 Protocollo 7 CEDU. Ragion per cui, a prescindere dall'aspetto sul quale la dottrina ha comunque sempre puntato, ovverossia che, in definitiva, l'omesso versamento IVA non è altro che l'inadempimento di un'obbligazione e non si comprenderebbe perché mentre l'inadempimento di un'obbligazione nei confronti di un privato non dà luogo ad illecito penale, l'inadempimento di un'obbligazione nei confronti dello Stato dà luogo invece ad illecito penale, in ogni caso il non avere proceduto alla depenalizzazione è appunto fonte di complicazione del già non semplice aspetto del concorso tra illecito penale ed illecito tributario. La Finlandia, ovvero uno dei Paesi più condannati dalla Corte EDU per la violazione del principio del *ne bis in idem*, ha scelto di indicare per legge quali condotte costituiscono illecito amministrativo e quali invece illecito penale. In Italia invece questo non è ancora stato fatto a fronte inoltre di una giurisprudenza di legittimità sostanzialmente tutt'ora attestata sullo schema seguito dalla pronuncia delle Sezioni Unite già citata di adesione al criterio formale di denominazione dell'illecito da parte del legislatore nazionale.

Peraltro, in senso opposto (anche rispetto a quelli che potrebbero essere gli auspici di una depenalizzazione del reato di cui all'art. 10 *ter*), si potrebbe evidenziare la presenza di un principio di preminenza dei tributi armonizzati che, secondo il T.F.U.E., dovrebbe comunque sempre imporre la «via penale»; infatti in particolare l'art. 325 prevede che l'Unione e gli Stati membri combattano la frode e le altre attività illegali lesive delle finanze comunitarie mediante misure effettive e dissuasive e ribadisce altresì che gli Stati membri devono adottare, per la lotta contro le frodi che ledono gli interessi finanziari UE, una tutela equivalente a quella approntata per combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari nazionali. Dunque, o si ritiene di dare prevalenza al principio del *ne bis in idem*, e allora il profilo penale dovrebbe però divenire recessivo una volta che si venga sanzionati per l'illecito amministrativo, oppure si ritiene, in adesione alla natura armonizzata del tributo e alle previsioni in sede europea, che, ai fini di una effettiva dissuasione, sarebbe sempre necessaria la sanzione penale, e ciò evidentemente dovrebbe allora porre un problema di compatibilità con il versante amministrativo.

File riservato ad esclusivo fine di studio

7. La confisca

Quanto alla confisca, un solo rilievo: come si diceva all'inizio, l'intervento si è caratterizzato per una natura sostanzialmente di mera «cosmesi»; e tuttavia, anche quando il legislatore interviene per fini di «coordinamento» sembra farlo in maniera non meditata; il nuovo art. 12 *bis*, co. 1, ha infatti sostanzialmente trapiantato nel d. lgs. n. 74 del 2000 la previsione dell'art. 1, co. 143, della l. n. 244 del 2007, che già mutuava il contenuto dell'art. 322 *ter* c.p. senza però individuare specificamente i singoli reati per i quali la confisca per equivalente può applicarsi, come invece faceva l'art. 1 cit., ma semplicemente riferendosi a «uno dei delitti previsti dal presente decreto», ricomprendendosi così anche il reato di occultamento o distruzione di documenti contabili di cui all'art. 10; vi sarebbe allora da chiedersi quale sia il profitto relativo alla condotta di occultamento o distruzione delle scritture contabili, perché certamente non può essere un profitto inteso nel senso di risparmio derivante dal mancato pagamento d'imposta, solo rispetto al quale può operare per l'appunto la confisca che viene richiamata dalla l. n. 244 del 2007. Probabilmente il richiamo integrale ai reati del d. lgs. n. 74 del 2000 è stato allora determinato da una insufficiente ponderazione del fatto che per l'art. 10 non pare appunto concepibile un profitto nel senso appena considerato e, quindi, nemmeno una confisca.

8. La circostanza aggravante ex *art. 13* bis, *co. 3*

Due sole parole sull'aggravante ad effetto speciale introdotta dalla novella; il nuovo art. 13 *bis*, co. 3, prevede infatti oggi un'aggravante ad effetto speciale che prevede che le pene per i delitti di cui al titolo II siano aumentate della metà se il reato è commesso dal concorrente nell'esercizio di attività di intermediazione fiscale attraverso l'elaborazione o la commercializzazione di modelli di evasione fiscale. Premesso che sembra di capire che il legislatore ha voluto in qualche misura aggravare la pena per il contributo concorsuale qualificato, cioè dell'*extraneus* che concorre nel reato dell'*intraneus* con la particolare qualifica del professionista nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale, non si comprende però perché il legislatore non ne dia una definizione più precisa; non si comprende in particolare cosa siano esattamente i «modelli» menzionati (e nemmeno la relazione illustrativa lo spiega); il fatto che la norma si riferisca a «modelli di evasioni» fa pensare a una condotta non solo non occasionale, ma addirittura ad una condotta programmata per una serie di condotte di evasione; se fosse così si avrebbe un'applicazione tutto sommato residuale della norma soprattutto perché questo comporterebbe notevoli problemi a livello di accertamento del fatto laddove si trattasse di individuare la prova dell'elaborazione

File riservato ad esclusivo fine di studio

di questi modelli seriali di evasione fiscale. Non sembra invece possano esservi problemi, pur in mancanza di una formale definizione, in relazione al concetto di professionista nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale: già la Corte di cassazione – con riferimento ad altre fattispecie – ha esplicato in altre occasioni che questa qualifica non è riferita soltanto a coloro che sono abilitati alla trasmissione delle dichiarazioni, ma a tutti coloro che – come anche gli avvocati – svolgono attività *lato sensu* di consulenza fiscale.

9. Il regime transitorio

Un accenno va riservato al regime transitorio.

Il legislatore si è ormai abituato a non dettare norme di carattere transitorio e ciò non dovrebbe dar luogo ad alcun problema nel momento in cui si abbia a che fare con modelli che inaspriscono le condotte e le sanzioni rispetto al modello precedente: chiaramente qui vale il principio della non retroattività; all'opposto non dovrebbero esserci problemi laddove – come ad esempio nel caso dell'innalzamento delle soglie di punibilità – si abbia a che fare con condotte più favorevoli e quindi suscettibili di retroagire. Il problema potrebbe però presentarsi con riferimento alle cause di non punibilità previste dal nuovo art. 13 in relazione al pagamento del debito tributario per le quali la norma prevede uno sbarramento temporale rappresentato dalla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, in tal modo restando escluse però le condotte pregresse per le quali il dibattimento sia stato già aperto. Un problema in parte analogo si è di recente posto nella giurisprudenza di legittimità con riferimento al nuovo istituto della messa alla prova di cui all'art. 13 *bis* c.p., anch'esso condizionato, dall'art. 464 *bis* c.p.p., alla intervenuta dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado; in tal caso, però, la giurisprudenza di legittimità, in contrasto con chi aveva ritenuto non applicabile, proprio per la natura anche in parte sostanziale di questo istituto, il principio *tempus regit actum,* ha valorizzato invece soprattutto la natura anche processuale dell'istituto e ha dunque ritenuto non sindacabile tale scelta del legislatore in quanto non palesemente irragionevole. Questa scelta è stata successivamente avallata dalla Corte costituzionale che ha dichiarato la non fondatezza della questione di legittimità posta proprio nel punto in cui la norma non era applicabile alle condotte per le quali il dibattimento fosse stato già aperto[5]; vi è dunque da chiedersi se una analoga opzione possa essere seguita anche con riferimento alla ipotesi dell'art.13.

[5] Corte cost., n. 240 del 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

10. L'abuso del diritto

Una ultima parola circa il cosiddetto «abuso del diritto»: il d. lgs. n. 128 del 2015 ha introdotto un nuovo art. 10 *bis* nel cosiddetto «Statuto del contribuente» e all'ultimo comma ha previsto che l'operazione elusiva non possa dare luogo ad illecito penale. Ora, qual è stato il forte problema che aveva da sempre caratterizzato la configurabilità di un illecito penale con riferimento all'abuso? Quello del contemperamento con il principio di legalità; non vi era mai stata infatti alcuna norma che prevedesse una condotta del tipo «chiunque compie operazioni che eludano le prescrizioni tributarie è punito» e quindi questo, secondo buona parte della dottrina e secondo l'impostazione iniziale della Corte di cassazione, ostava alla possibile configurabilità penale delle condotte di abuso del diritto. Perché ci si è orientati poi nel senso di ritenere configurabile penalmente l'ipotesi di abuso? Facendo leva sull'art. 37 *bis* del d.P.R. n. 600 del 1973 che si riteneva soddisfacesse sufficientemente il requisito della legalità perché nell'art. 37 *bis* erano indicate una serie di condotte specifiche non opponibili all'amministrazione nelle quali rilevava il carattere elusivo dell'operazione. Allora si era detto che, coniugando la norma del 37 *bis* con le fattispecie dell'art. 3 e dell'art. 4, si garantiva l'osservanza del principio di legalità e quindi si poteva configurare penalmente l'abuso del diritto. Ora però l'art. 37 *bis* è stato abrogato sempre dal d. lgs. n. 128 del 2015 e le condotte specificamente indicate da questo non sono state poi indicate nel nuovo 10 *bis*: questo, infatti, attraverso una serie di commi, offre una definizione di quelle che sono le operazioni abusive, ma non le riconduce nella loro inopponibilità all'amministrazione a specifiche ipotesi. Sarebbe stato possibile, venendo meno il 37 *bis*, pur in assenza di una specifica disposizione che prevede espressamente l'irrilevanza penale di condotte abusive, configurare penalmente l'ipotesi di abuso? Evidentemente no. Allora resta aperto l'interrogativo del perché, nonostante l'abrogazione dell'art. 37 *bis* cit., si sia ugualmente ritenuto di esplicitare il divieto di configurabilità in senso penale dell'abuso del diritto; forse per sottolineare, non tanto in negativo, quanto in positivo, che operazioni quali quelle indicate dallo stesso art.10 *bis* possono continuare, ove ne sussistano i presupposti, ad integrare i diversi reati di cui agli artt. 3 o dell'art. 4 (pur dovendo, con riguardo al secondo, una tale conclusione fare i conti con la nuova struttura del reato che poco pare prestarsi ad abbracciare condotte meramente elusive). Tra i tanti dubbi posti dalla novella c'è dunque anche questo: cercare di dare un senso compiuto al dettato dell'ultimo comma dell'art. 10 *bis* a fronte di una giurisprudenza che proprio sull'art. 37 *bis* abrogato faceva leva per individuare la natura penale delle operazioni abusive.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Mauro Beghin

*Elusione fiscale, abuso del diritto e punibilità penale e amministrativa della condotta ascrivibile al contribuente**

Esiste oggi, all'interno dell'ordinamento tributario, una nuova disposizione, l'art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, che unifica i concetti di elusione e di abuso del diritto. Rammento che il concetto di elusione era stato delineato dal legislatore attraverso l'art. 37 *bis* del d.P.R. n. 600/73, oggi abrogato, mentre il concetto di abuso era di origine giurisprudenziale.

È stato anche rilevato come l'art. 10 *bis* dello Statuto del contribuente, al co. 13, stabilisca che le operazioni abusive non danno luogo a fatti rilevanti dal punto di vista penale.

Dunque la mia relazione potrebbe arrestarsi proprio qui: non c'è più la rilevanza penale dell'abuso del diritto. Passiamo ad altro.

C'è però una piccola particolarità, un punto su cui dobbiamo scavare un po'. Mi riferisco al fatto che la disposizione citata contiene anche un comma (il co. 12), il quale introduce nell'ordinamento tributario una sorta di dispositivo che consente all'Amministrazione finanziaria di lavorare sulla qualificazione dell'illecito.

In sostanza, stando al comma in esame, la contestazione sull'abuso del diritto è una contestazione di tipo residuale, azionabile solamente quando la fattispecie della quale ci si sta occupando non declini nella violazione di una specifica norma tributaria (vale a dire in evasione fiscale). Si potrebbe tradurre questa disposizione in questo modo: è vero che l'abuso del diritto riguarda fatti che non sono rilevanti dal punto di vista penale; tuttavia, per arrivare all'abuso si deve prima escludere l'esistenza di una fattispecie di evasione, perché si fa riferimento, appunto, alla violazione di specifiche disposizioni tributarie.

Qui il discorso si fa più interessante perché la caratura della contestazione fiscale assume un peso decisivo in questo caso.

* Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Innovazione e continuità nel diritto penale tributario» svoltosi a Padova il 30 novembre 2015

File riservato ad esclusivo fine di studio

Propongo un paio di esempi.

Primo: immaginate che vi sia una disposizione agevolativa scritta per le S.r.l. e considerate che una S.p.A., attratta dalla disciplina di favore, deliberi una trasformazione in S.r.l. Modifica, dunque, la propria veste giuridica. Orbene, se io dico che questa trasformazione è illegittima perché la norma che si occupa di quella disposizione agevolativa non me lo consente (perché ritengo, ipoteticamente, che la citata disposizione agevolativa si applichi solamente alle società a responsabilità limitata costituite come tali, non già a quelle risultanti dalla trasformazione), la questione che sto ponendo è di natura interpretativa. Di fronte a un'interpretazione sbagliata, l'Agenzia delle Entrate o la Guardia di Finanza sono legittimate a configurare un'evasione fiscale. Si dirà, infatti, che avrei dovuto determinare la mia ricchezza e impostare la mia dichiarazione secondo le regole ordinarie, non secondo le regole di favore.

Poiché ho illecitamente applicato la disposizione sulle trasformazioni al fine di rientrare nella disciplina di favore, ho dichiarato di meno e ho perfezionato – come detto – una fattispecie di evasione. Alla fattispecie di abuso non sono mai arrivato. Per contro, se l'Agenzia delle Entrate mi dice che quella trasformazione è abusiva, io entro in un'area residuale, vado fuori dal sistema delle sanzioni penali e finisco per giocarmi la partita esclusivamente sul piano delle sanzioni amministrative. Ammesso, beninteso, che le sanzioni amministrative si applichino. Sul punto dirò tra poco.

Secondo esempio.

Immaginiamo che il contribuente Mario Rossi sia proprietario di partecipazioni societarie e immaginiamo che ci sia una disposizione agevolativa la quale preveda che Mario Rossi possa, da un punto di vista fiscale, affrancare le partecipazioni pagando un'imposta sostitutiva. «Affrancare le partecipazioni» vuol dire che il contribuente può pagare un'imposta sostitutiva, di solito abbastanza mite, e accrescere in questo modo il costo fiscale dei beni, con la conseguenza che, in caso di successiva vendita, si otterrà una riduzione oppure un azzeramento della plusvalenza.

Orbene, se mi trovo di fronte un soggetto come questo, che possiede le partecipazioni, che ha pagato l'imposta sostitutiva seguendo le indicazioni del legislatore, che ha incrementato il costo della partecipazione e che alla fine, attraverso la vendita, ha monetizzato il bene, l'Agenzia delle Entrate o la Guardia di Finanza potrebbe sostenere che l'operazione non può essere tassata come una vendita di partecipazioni, ma come una distribuzione di dividendi. A questa conclusione il fisco è talvolta pervenuto nei casi di acquisto di azioni proprie e in quelli nei quali le partecipazioni erano state cedute a soggetto non indipendente dal venditore (come nella fattispecie della vendita a una società interamente o prevalentemente partecipata dallo stesso venditore).

File riservato ad esclusivo fine di studio

Qui la contestazione riguarda la qualificazione di un fatto economico (distribuzione di utili anziché cessione delle partecipazioni), con la conseguenza che non c'è abuso ma evasione. È questo il primo concetto che dobbiamo mandare a mente: si arriva all'abuso del diritto dopo che si è esclusa l'esistenza di una fattispecie di evasione.

Tuttavia, siccome ci è stato ricordato che nelle disposizioni penali tributarie rileva il dolo specifico di evasione e siccome ci è stato detto che c'è un problema di *ne bis*, credo sia importante mettere un po' a fuoco questi concetti. Infatti, prima di parlare di sanzioni bisogna capire quello che sta dietro: se c'è confusione sulla differenza tra evasione fiscale ed elusione o abuso del diritto, anche i profili sanzionatori ne risentiranno e il ragionamento sul dolo diventerà difficile, perché non vi sono idee chiare sulla parte sostanziale.

Potremmo dire che l'evasione è il nascondimento di una ricchezza concretamente prodotta, mentre l'elusione è la tassazione di un'operazione che non è stata fatta.

Alcuni esempi: qualora il contribuente Alfa abbia contabilizzato fatture passive per operazioni inesistenti e qualora, attraverso questa registrazione, Alfa abbia ridotto il proprio reddito, siamo di fronte ad un caso di evasione fiscale, perché è stata nascosta al Fisco una ricchezza in concreto esistente.

Invece nell'elusione fiscale e nell'abuso del diritto non si verifica l'occultamento di una ricchezza reale, ma c'è la tassazione di un'operazione che non è stata realizzata dal contribuente: sottolineo questo punto, perché se non lo si inquadra con precisione non si riesce poi a ragionare sull'elusione e sull'abuso del diritto.

Quando mi sono occupato di queste tematiche ho cercato di spiegarle in questo modo: ho detto che l'elusione è una tassazione di tipo differenziale. Se l'agenzia delle entrate o la guardia di finanza si trova di fronte, per esempio, a un'operazione di scissione societaria cui faccia seguito la vendita delle partecipazioni, la quale aggiri la cessione del beni di primo grado (immobili, aziende *etc.*) appartenenti alla scissa o alla beneficiaria (e ciò in ragione, appunto, delle partecipazioni che sono state alienate), questa è una contestazione di elusione o abuso. Ed ecco il punto *clou* del ragionamento: attraverso la contestazione di abuso, la tassazione cade su un'operazione che il contribuente non ha mai posto in essere. Il contribuente non ha mai perfezionato una vendita dell'azienda o una vendita degli immobili: ha perfezionato solamente una scissione e una vendita di azioni, anche se l'operazione tassata dal fisco è la vendita dell'azienda o dell'immobile. L'operazione tassata assomiglia a quella realizzata. Siccome l'imposta determinata sulla vendita di azienda viene decurtata dell'eventuale imposta pagata sull'operazione che in concreto si è perfezionata, si dice che l'elusione o l'abuso esprimono un meccanismo di tassazione differenziale: si porta

File riservato ad esclusivo fine di studio

a casa la differenza, appunto, tra il carico tributario relativo all'operazione elusa e il carico tributario relativo all'operazione elusiva.

Di fronte ad operazioni di questo tipo, qual è stata la reazione del legislatore?

Chiunque è in grado di capire che nella fattispecie di elusione o di abuso c'è la ricerca di un risultato attraverso un percorso negoziale che potrebbe anche essere un percorso indiretto o contorto rispetto ad un percorso lineare. Orbene, la reazione sul piano normativo si è avuta, inizialmente, mediante l'art. 10 della l. n. 408/1990, peraltro circoscritto ad alcune operazioni straordinarie. In seguito è stato introdotto l'art. 37 *bis* del d.P.R. n. 600/1973, recante una disposizione, molto ampia, di contrasto all'elusione fiscale. Anche l'art. 37 *bis* conteneva un elenco di operazioni che potevano essere sindacate da un punto di vista dell'elusione fiscale. Tuttavia, sulla natura di questo elenco si è discusso molto: tra i tributaristi c'è stata una spaccatura tra chi riteneva l'elenco tassativo – dunque non sarebbero state permesse contestazioni per operazioni non incluse nell'elenco – e chi lo riteneva esemplificativo.

Ma qual era il punto fondamentale? Quella norma (l'art. 37 *bis* cit.) era nata con alcune malformazioni, che declinavano in limiti non trascurabili: il primo limite ha riguardato le imposte all'interno delle quali si poteva applicare questa disposizione e il secondo limite ha riguardato, invece, la tipologia delle operazioni coinvolte, vale a dire l'elenco delle fattispecie sindacabili di cui ho detto poc'anzi.

Sulle imposte toccate dal 37 *bis* c'è stata grande confusione in questi anni, perché, trattandosi di disposizione inserita nel decreto sull'accertamento dell'imposta sul reddito, si poteva sostenere che il suo spettro applicativo avrebbe dovuto essere limitato all'imposta sul reddito. Ciò con la conseguenza, ad esempio, che si profilavano dubbi sull'applicabilità del 37 *bis* cit. al comparto dell'IVA (che tra l'altro è tributo armonizzato il quale si uniforma ad altre logiche rispetto alle imposte sui redditi). Per l'imposta sulle successioni e sulle donazioni c'è stato un intervento legislativo *ad hoc* nel 2001, attraverso il quale si è espressamente prevista l'applicabilità della disposizione antielusiva al comparto in esame. Per l'imposta di registro, però, ancora si discute sul fatto che l'art. 37 *bis* si applichi o non si applichi, a tal punto che la questione si è oggi estesa anche all'art. 10 *bis* dello statuto dei diritti del contribuente.

È sul terreno di queste limitazioni qui sopra ricordate che è germogliata la pianta dell'abuso del diritto: quando la Corte di cassazione si è trovata al cospetto di casi che non erano riconducibili all'art. 37 *bis* del d.P.R. n. 600/1973, v'è stata la valorizzazione del principio immanente del divieto di abuso, rilevabile anche d'ufficio da parte del giudice. Il giudice ha percepito l'esistenza di una lacuna e la ha colmata. Ecco perché ho detto, nella parte introduttiva, che il divieto di abuso è principio di matrice giurisprudenziale, il quale non nasce in seno all'attività parlamentare, bensì nelle aule di giustizia.

File riservato ad esclusivo fine di studio

A me pare che una volta che il principio del divieto di abuso è stato introdotto a livello giurisprudenziale – ripeto, su casi non riconducibili all'art. 37 *bis* del d.P.R. n. 600/73 (per esempio, le fattispecie affrontate dalle Sezioni Unite con le sentenze n. 30055, 30056 e 30057 del 2008 riguardavano operazioni di *dividend washing* e *dividend stripping* trattate con lo strumento dell'interposizione) ci sia stata anche una contestuale manipolazione del principio. C'è stata una manipolazione del principio perché, a un certo punto, in molte sentenze della Sezione Tributaria comincia ad allargarsi la nozione di abuso del diritto: ci sono casi che sono di evasione fiscale, ma che la Corte tratta come casi di abuso.

Qui le conseguenze dal punto di vista sanzionatorio si possono individuare con estrema facilità: se hai una controversia di evasione e la tratti come controversia di abuso o elusione è naturale che anche le conseguenze sanzionatorie saranno di un certo tipo perché la fattispecie di riferimento è, per l'appunto, di evasione, non di abuso; ma se tu dici che l'evasione è uguale all'elusione e l'elusione è l'abuso, è evidente che poi sarai costretto a concludere il tuo ragionamento e ad affermare che anche l'elusione o anche l'abuso dovrebbero essere sanzionati dal punto di vista penale, perché la fattispecie di fondo è sempre quella – se parliamo di reddito – della infedele dichiarazione.

Per esempio, c'è stato il caso di un calciatore professionista, il quale aveva costituito una società all'estero, in Lichtenstein, accordandosi con la società sportiva per l'erogazione di una parte dello stipendio a favore della società appena citata. Una classica fattispecie di interposizione e, dunque, di evasione. C'era una dichiarazione infedele perché, attraverso l'interposizione, una parte del reddito è stata nascosta. Non siamo per nulla nel contesto dell'elusione come tassazione differenziale: quel giocatore non è tassato per una fattispecie che non ha realizzato. Al contrario, viene recuperato a tassazione il reddito che quel contribuente avrebbe dovuto dichiarare. *Ergo* – lo ribadisco – un caso di evasione. La Cassazione ha risolto però la controversia impiegando il principio del divieto di abuso del diritto e, quindi, sporcando la nozione di abuso.

Ci fu anche un caso in cui bisognava decidere se il costo di un determinato bene strumentale (un automezzo) doveva essere ammortizzato dal proprietario che, pur avendo sostenuto il costo, non utilizzava il bene oppure dal soggetto che, pur non avendo sopportato il costo di acquisto, impiegava in concreto il bene nell'esercizio dell'attività economica. Si trattava di una questione di evasione, perché se Tizio ha ammortizzato un costo che non si doveva dedurre, Tizio ha nascosto reddito al fisco. Eppure la sentenza risolve la controversia impiegando l'argomento dell'abuso del diritto.

Si capisce che se la nozione di abuso è sfocata, le conseguenze dal punto di vista sanzionatorio sono a loro svolta sfocate; infatti, anche dal punto di vista penale abbiamo avuto interventi, nel cui ambito ci si è chiesti se si dovesse sanzionare solo l'elusione oppure solo l'abuso oppure entrambe le fattispecie.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Quali sono allora le conseguenze dell'introduzione dell'art. 10 *bis* dello Statuto del contribuente nell'ordinamento tributario?

L'abuso del diritto non ha più rilevanza dal punto di vista penale. Però rimangono ferme – stabilisce l'art. 10 *bis* cit. – le sanzioni di tipo amministrativo. Il punto è proprio questo: la sanzione amministrativa, come quella penale, richiede un'infedele dichiarazione; perché ci sia un'infedele dichiarazione è necessario che il contribuente abbia l'obbligo di sussumere nella propria scheda la fattispecie abusiva, attribuendole valenza sostanziale (punto d'appoggio per l'applicazione del tributo). Si tratta perciò di stabilire se la disciplina sull'abuso abbia carattere sostanziale o procedimentale. In altre parole, se si afferma che la disposizione sull'abuso del diritto è sostanziale vuol dire che il contribuente, nel momento in cui predispone la dichiarazione, è obbligato a riportare in essa la fattispecie abusiva, segnalandola così all'amministrazione finanziaria: vuol dire che – tornando al caso della scissione elusiva – se hai realizzato l'operazione di scorporo e poi hai venduto le partecipazioni nella scissa o nella beneficiaria, devi registrare nella dichiarazione la vendita dell'azienda o degli immobili. Si tratta quindi di un obbligo che grava sul soggetto che compila la dichiarazione. Per contro, qualora si affermi che la disposizione sull'abuso è di natura procedimentale, vuol dire che la configurazione dell'operazione come abusiva o non abusiva dipende da un intervento dell'amministrazione.

Dalla lettura dell'art. 10 *bis* cit., a mio modo di vedere si evince che l'abuso del diritto dipende da un intervento dell'agenzia delle entrate. Per conseguenza, sembra che non gravi affatto sul contribuente l'obbligo di incorporare nella dichiarazione la fattispecie abusiva.

Segnalo al riguardo come il sesto comma del 10 *bis* stabilisca che l'abuso del diritto è accertato con apposito atto dell'amministrazione – e non già nella dichiarazione – preceduto, a pena di nullità, dalla richiesta di chiarimenti: quindi è un accertamento della fattispecie che richiede addirittura un contraddittorio anticipato all'agenzia a pena di nullità dell'atto impositivo. Ritengo che questa sia la configurazione tipica di una norma che dà il potere all'agenzia di comporre un accertamento speciale e che non ponga, invece, obblighi in testa al contribuente.

E allora la conclusione è che la sanzione amministrativa potrebbe non essere irrogata non soltanto per le ragioni esposte dal relatore che mi ha preceduto, ma anche perché il contribuente, in assenza di obblighi specifici, non può essere considerato responsabile del contenuto della propria dichiarazione. In breve: l'infedeltà della scheda dichiarativa richiede che esista, a monte, un obbligo di compilazione della scheda stessa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Andrea Perini

Il «ravvedimento» del contribuente nel nuovo sistema penale tributario

Sommario: 1. Premessa: il ravvedimento del contribuente nella legislazione penale tributaria. – 2. Le cause di non punibilità previste dall'art. 13 del d. lgs. n. 74/2000. – 3. Profili comuni alle cause di esclusione della punibilità di cui all'art. 13. – 4. Il ravvedimento come circostanza attenuante: l'art. 13 *bis* del d. lgs. n. 74/2000. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa: il ravvedimento del contribuente nella legislazione penale tributaria

L'art. 11 del d. lgs. 24 settembre 2015, n. 158, ha introdotto il profilo di maggiore innovazione, in punto di politica criminale, di quella che – nonostante il diverso avviso del legislatore, il quale si è limitato a qualificarla, nella relazione accompagnatoria al Decreto, alla stregua di una mera «revisione» – può essere considerata una vera e propria riforma del diritto penale tributario.

Qualificazione, questa, che scaturisce non solo dalle modifiche apportate alle disposizioni normative[1], ma anche dalle – significative – scelte di fondo sottese all'intervento legislativo, imperniate, per l'appunto, sul ruolo attribuito al «ravvedimento» del contribuente.

Semplificando ai minimi termini la questione, il pagamento di una somma di denaro pari all'imposta evasa, alle sanzioni amministrative ed agli interessi, assume efficacia estintiva o, perlomeno, attenua in misura sensibile la punibilità dei reati tributari.

Approfondendo un poco il tema, occorre precisare, in prima battuta, che il riferimento al termine «ravvedimento» è da intendersi in senso atecnico in una

[1] Illustrate dal Cons. Andreazza, al cui contributo sia consentito rinviare per gli opportuni approfondimenti.

File riservato ad esclusivo fine di studio

prospettiva penalistica, in quanto non si tratta dell'istituto previsto dall'art. 56 c.p.: non siamo, in questa sede, al cospetto di delitti tentati, quanto piuttosto di reati consumati, da un lato, e di condotte[2] che incidono, in una qualche misura, sulla punibilità, dall'altro.

Nel dettaglio, queste si configurano come cause di estinzione della punibilità, *rectius* come cause sopravvenute di esclusione della punibilità[3], alle quali il diritto penale tributario non è per nulla estraneo.

Se negli anni '50 la materia era caratterizzata dall'equiparazione tra delitto tentato e delitto consumato, nel tempo le ragioni di «cassa» si son fatte via via più impellenti, sino alle disposizioni dell'art. 14, co. 5, l. 29 dicembre 1990, n. 408[4], laddove si prevedeva la non punibilità per molte fattispecie penali disciplinate dal d.l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito, con modificazioni dalla legge 7 agosto 1982, n. 516, (c.d. Legge «manette agli evasori»), in caso di «ravvedimento operoso» del contribuente. Successivamente, l'art. 2, co. 3, d. lgs. 19 giugno 1997, n. 218[5], aveva attribuito analoga efficacia in termini di esclusione della punibilità anche all'accertamento definito con adesione, un particolare strumento deflativo del contenzioso con cui – in estrema sintesi – il contribuente aderisce alle risultanze dell'accertamento condotto dall'Agenzia delle Entrate.

In seguito, con il d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, il legislatore ha abbandonato il sentiero sino ad allora tracciato, degradando a circostanza attenuante ad effetto speciale il risarcimento del danno subito dall'Erario[6]; circostanza ulteriormente depotenziata nel 2011[7], allorquando la riduzione della pena è stata ricondotta

[2] Da individuarsi, in definitiva, nell'adempimento tardivo dell'obbligazione tributaria, comprensivo di interessi e sanzioni.

[3] V., in particolare, l'art. 13 del d. lgs. n. 74/2000, così come modificato dalla riforma del 2015.

[4] Recante «*Disposizioni tributarie in materia di rivalutazione di beni delle imprese e di smobilizzo di riserve e fondi in sospensione di imposta, nonché disposizioni di razionalizzazione e semplificazione. Deleghe al Governo per la revisione del trattamento tributario della famiglia e delle rendite finanziarie e per la revisione delle agevolazioni tributarie*».

[5] Avente ad oggetto le «*Disposizioni in materia di accertamento con adesione e di conciliazione giudiziale*».

[6] L'art. 13, co. 1, d. lgs. n. 74/2000, così recitava, nella sua versione originaria: «*le pene previste per i delitti di cui al presente Decreto sono diminuite fino alla metà e non si applicano le pene accessorie indicate nell'articolo 12 se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei delitti medesimi sono stati estinti mediante pagamento, anche a seguito delle speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie*». Come illustrato dal dott. Bruno Tinti – procuratore aggiunto a Torino e tra gli artefici della riforma del 2000 – si era inteso abbandonare la logica in forza della quale il pagamento *a posteriori* consentiva di estinguere il reato, trattandosi di condotte criminose realizzate prevalentemente da imprenditori, ovverosia da contribuenti in grado di bilanciare i «costi» ed i «ricavi» dell'evasione fiscale, valutandola in termini squisitamente economici. Sicché, occorreva sanzionare con pene incidenti sulla libertà personale gli evasori impenitenti e quelli che non provvedevano a risarcire il danno.

[7] Le modifiche sono state apportate dall'art. 2, co. 36 *vicies semel*, lett. *i*), d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

File riservato ad esclusivo fine di studio

all'ordinaria misura di non più di un terzo del limite edittale[8].

Con la riforma del 2015, numerosi sono stati i «ripensamenti» sulla repressione delle condotte punite dal d. lgs. n. 74/2000: da un lato, l'innalzamento delle soglie di punibilità, ridimensionate nel 2011 ed oggi incrementate a livelli superiori a quelli originariamente previsti nel 2000. Dall'altro lato, la re-introduzione delle cause di esclusione della punibilità a fronte del ravvedimento del reo: una scelta, questa, destinata ad incidere profondamente sui procedimenti penali aventi ad oggetto reati tributari.

Al riguardo, si rivelano particolarmente significativi i dati emergenti dal bilancio di responsabilità sociale predisposto dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, un osservatorio privilegiato, le cui rilevazioni sono rivestite di notevole significatività: su 3.173 procedimenti pervenuti nei primi dieci mesi del 2015 per fattispecie penali disciplinate dal d. lgs. n. 74/2000, circa l'80% verte su reati previsti dagli artt. 4, 5, 10 *bis*, 10 *ter* e 10 *quater*[9], per i quali la novella ha riconosciuto efficacia esimente al pagamento del debito tributario da parte del contribuente.

Sicché, il *revirement* del legislatore sulle conseguenze, a livello penale, del ravvedimento del reo assume considerevole rilevanza non solo e non soltanto in una prospettiva di politica criminale, ma anche – e, forse, soprattutto – sotto un profilo pratico.

Uno scenario, questo, in cui, in raffronto alla previgente formulazione della circostanza attenuante racchiusa all'art. 13 del Decreto – laddove l'abbattimento sino ad un terzo della pena era correlato all'estinzione dei debiti tributari anche mediante «*speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie*» – si accoda l'inserimento, nel dettato normativo, del ravvedimento operoso. Un'inclusione che – come si avrà modo di approfondire – ha innescato alcune aporie, non agevolmente colmabili in via interpretativa.

2. Le cause di non punibilità previste dall'art. 13 del d. lgs. n. 74/2000

Il 1° comma dell'art. 13 menziona, tra le cause di non punibilità previste per i reati di cui agli artt. 10 *bis*, 10 *ter* e 10 *quater*, co. 1[10], il ravvedimento operoso,

[8] Ponendosi così in rapporto di specialità rispetto alle previsioni dell'art. 62, n. 6, c.p.

[9] Trattasi segnatamente, di 2.517 procedimenti, così ripartiti: 371 per l'art. 4; 440 per l'art. 5; 612 per l'art. 10 *bis*; 962 per l'art. 10 *ter*; 132 per l'art. 10 *quater*.

[10] Trattasi, come noto, delle disposizioni dedicate a «*Omesso versamento di ritenute dovute o certificate*» (art. 10 *bis*); «*Omesso versamento di IVA*» (art. 10 *ter*); «*Indebita compensazione*» (art. 10 *quater*), il quale, al comma 1, si riferisce ad un'ipotesi di compensazione tra debiti tributari e «*crediti non spettanti*». Il comma 2 dell'art. 10 *quater* sanziona le compensazioni con «*crediti inesistenti*», colorando così la fattispecie di sfumature fraudolente che impediscono di usufruire del trattamento – in senso lato premiale – di cui all'art. 13, co. 1, d. lgs. n. 74/2000.

File riservato ad esclusivo fine di studio

il quale si va ad aggiungere alle «*speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie*» della previgente formulazione.

Il ravvedimento – in senso atecnico – del contribuente, rilevante ai sensi del 1° comma dell'art. 13, può anche non essere spontaneo e verificarsi successivamente alla notizia dell'avvio delle indagini amministrative o penali: una precisazione, questa, che – come si avrà modo di approfondire *infra* – differenzia le previsioni del comma 1 da quelle del susseguente comma 2.

Nondimeno, sussiste un limite temporale entro il quale deve intervenire l'estinzione del debito tributario – comprensivo, lo si anticipa, di imposte, sanzioni amministrative ed interessi – affinché operi la causa di esclusione della punibilità: trattasi della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.

Sicché, ai sensi del comma 1 dell'art. 13, è sufficiente che il contribuente proceda, anche non spontaneamente ed entro un termine alquanto ampio, al pagamento del *quantum debeatur*, al fine di assicurarsi la non punibilità.

Per quanto concerne gli strumenti che consentono al reo di ravvedersi, la norma – come visto – ha mantenuto il riferimento alle «*speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie*», alle quali la riforma del 2015 ha aggiunto il ravvedimento operoso.

Una formulazione, questa, probabilmente ridondante, atteso che le fattispecie elencate al comma 1 dell'art. 13 si sostanziano in omessi versamenti che, verosimilmente, verranno sanati tramite i c.d. avvisi bonari di cui agli artt. 36 *bis*, co. 3, d.P.R. n. 600/1973 (in materia di imposte dirette) e 54 *bis*, co. 3, d.P.R. n. 633/1972 (in materia di IVA).

Omessi versamenti in relazione ai quali il ravvedimento operoso vero e proprio dovrebbe intervenire, ai sensi del novellato art. 13 del d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, entro trenta giorni: una situazione che, a ben vedere, pare difficilmente riscontrabile nella prassi, specie per le sue ricadute penali, pur rimanendo astrattamente configurabile. È infrequente, per il vero, che il contribuente ometta di effettuare il versamento per poi porvi rimedio trascorsi trenta giorni; più probabilmente, ci si troverà al cospetto di avvisi bonari, cui il debitore dovrà dare seguito prima dell'apertura del dibattimento di primo grado.

Differente la causa di esclusione della punibilità delineata dal comma 2 dell'art. 13 del d. lgs. n. 74/2000, laddove il ravvedimento penalmente rilevante[11] – per estinguere i reati di cui agli artt. 4 («*Dichiarazione infedele*») e 5 («*Omessa dichiarazione*») del d. lgs. n. 74/2000 – deve essere spontaneo, dovendo intervenire «*prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali*».

[11] Mediante ravvedimento operoso o altre forme di conciliazione, inclusi l'accertamento con adesione e la conciliazione giudiziale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

La distonia tra le due cause di esclusione – definite dal legislatore nei primi due commi dell'art. 13 – scaturisce dalla differente connotazione di fraudolenza che, in misura più o meno incisiva, contraddistingue i reati di cui agli artt. 4 e 5 del Decreto, in raffronto agli omessi versamenti elencati al comma 1 dell'art. 13, dotati di un minor grado di decettività.

Sicché l'accesso al regime premiale è circoscritto al ravvedimento operoso (in presenza, ragionevolmente, di una fattispecie prevista dall'art. 4) o alla presentazione della dichiarazione omessa (in caso di contestazione ai sensi dell'art. 5).

Ciò con conseguenti, diversificati, limiti temporali, in quanto il generico riferimento all'istituto del ravvedimento operoso – recentemente riformato dalla Legge di stabilità 2015 (l. 23 dicembre 2014, n. 190) e, in ultimo, dal d. lgs. n. 158/2015 – consente, in definitiva, un adempimento fintantoché non decade l'azione di accertamento[12], con una significativa estensione del lasso temporale in cui è possibile ravvedere una dichiarazione infedele.

Diversamente – e la disomogeneità è tutt'altro che irrilevante[13] – per la dichiarazione omessa l'estinzione del reato si verifica con la presentazione della stessa «*entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo*» (così l'art. 13, co. 2, d. lgs. n. 74/2000).

La causa di non punibilità tratteggiata al comma 2 dell'art. 13, giusto quanto sinora osservato – pur richiedendo l'estinzione «*mediante integrale pagamento degli importi dovuti*», da intendersi comprensivi di tributi, interessi e sanzioni – impone la spontaneità della condotta «riparatoria», circoscritta entro confini temporali ben definiti e corredata da un elenco di ulteriori limitazioni, rappresentate dalla formale conoscenza di «*qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali*».

Sul versante delle cause ostative di derivazione amministrativa, possono individuarsi, a titolo esemplificativo, l'avvio di controlli amministrativi, la notifica di un invito a comparire, di una richiesta di documentazione o di un questionario; laddove, sul versante penale, a rilevare è l'assunzione della condizione di indagato.

Occorre, come si è detto, la «*formale conoscenza*», da parte del contribuente, del verificarsi di una delle suddette situazioni: con la conseguenza che, ad esem-

[12] V. art. 43 del d.P.R. n. 600/1973.

[13] Questa parrebbe l'interpretazione preferibile della lettera del comma 2 dell'art. 13 che, per il vero, ha prestato il fianco a differenti letture, con attribuzione del limite temporale espresso anche al ravvedimento operoso. La norma in questione dispone che «*i reati di cui agli articoli 4 e 5 non sono punibili se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali*»

File riservato ad esclusivo fine di studio

pio, la semplice iscrizione nel registro degli indagati della quale il reo non sia al corrente non sarebbe sufficiente ad impedire l'estinzione del reato, ferme restando le altre condizioni previste dal comma 2 dell'art. 13. Ad analoghe conclusioni dovrebbe addivenirsi qualora si verifichi il caso previsto dall'art. 335 c.p.p., dovendosi ritenere, per converso, che occorra la notifica di un'informazione di garanzia o dell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., affinché si verifichi una causa ostativa rilevante ai sensi dell'art. 13, co. 2, d. lgs. n. 74/2000. Di talché, nella maggioranza dei casi, il ravvedimento del contribuente sarà ostacolato, verosimilmente, da impedimenti di natura amministrativa.

La lettera della norma, inoltre, solleva alcune delicate questioni interpretative in relazione all'oggetto della causa ostativa, non essendo esplicitato a cosa debbano riferirsi l'avvio dei controlli amministrativi o l'assunzione della qualifica di indagato.

Per i periodi di imposta ed i tributi interessati dalla causa ostativa non vi sarebbe, pianamente, la possibilità di procedere a ravvedimento. Viceversa – ma il terreno è quanto mai scivoloso[14] – vi sono spiragli di apertura nel caso in cui l'avviso di accertamento sia relativo ad una determinata annualità e la resipiscenza del contribuente attenga ad un'altra; lo stesso dicasi per attività di controllo esclusivamente in materia di IVA e l'effettuazione di un ravvedimento concernente l'imposizione diretta.

Trattasi di un profilo affatto marginale, in ragione delle incertezze applicative che comporta, non essendo irrealistico il caso di un contribuente che, alla richiesta di fornire informazioni su certe operazioni o al ricevere su queste un accertamento, tenti un ravvedimento su altre situazioni limitrofe non ancora disvelate ma che, ragionevolmente, potrebbero esserlo in breve tempo.

3. Profili comuni alle cause di esclusione della punibilità di cui all'art. 13

Spostando l'attenzione sui profili comuni alle cause di esclusione della punibilità disciplinate dai primi due commi dell'art. 13 d. lgs. n. 74/2000, si rileva, in primo luogo, che – in punto di applicabilità[15] – entrambe possono operare

[14] In proposito, si segnala come la legge sulla cd. *voluntary disclosure* (l. 15 dicembre 2014, n. 186) non dia adito ad analoghe incertezze interpretative, essendo presente un chiaro riferimento, nella formulazione della causa ostativa, alla medesima situazione oggettiva per la quale ci si è avvalsi della procedura di collaborazione volontaria. Così dispone, il comma 2 dell'art. 1 della l. n. 186/2014: «*la collaborazione volontaria non è ammessa se la richiesta è presentata dopo che l'autore della violazione degli obblighi di dichiarazione di cui all'articolo 4, comma 1, abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, per violazione di norme tributarie, relativi all'ambito oggettivo di applicazione della procedura di collaborazione volontaria indicato al comma 1 del presente articolo*».

[15] Le cause di esclusione della punibilità in questione presentano, a ben vedere, una natura «mista», comportando tanto ricadute di carattere sostanziale quanto rilevanti riflessi di tipo proce-

File riservato ad esclusivo fine di studio

per i fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 158/2015, ovverosia in epoca antecedente al 22 ottobre 2015, nonché per quelli oggetto di procedimenti attualmente in corso, a condizione che – naturalmente – non sia già stata dichiarata l'apertura del dibattimento di primo grado. In quest'ultima situazione, per il vero, in mancanza di una norma transitoria *ad hoc*, non pare si possa verificare una rimessione in termini[16].

Tema parimenti controverso è, poi, quello dell'applicabilità della causa di esclusione ai concorrenti nel reato, atteso che ben potrebbe proporsi il caso in cui soltanto uno dei soggetti che hanno concorso alla realizzazione di un illecito penale-tributario abbia provveduto al ravvedimento, versando le somme dovute. Sorge spontaneo domandarsi, in una situazione di tal fatta, se il pagamento torni a vantaggio di tutti i concorrenti o sia appannaggio esclusivo di colui che ha concretizzato la causa di non punibilità.

Al riguardo, vi sono due disposizioni che, in qualche modo, si contendono il campo: da un lato, la regola di cui all'art. 119, co. 2, c.p.[17], che vorrebbe la causa applicabile a tutti i concorrenti, e dall'altro, l'art. 182 c.p.[18], in forza del quale le cause estintive hanno effetto unicamente per la persona cui si riferiscono.

La questione potrebbe essere risolta muovendo, in prima battuta, dall'argomento storico, constando di tre differenti situazioni in cui a prevalere è stata la prima delle due soluzioni prospettabili. Trattasi, in breve, della c.d. «amnistia a pagamento» del 1992[19], dei condoni previsti nel 2002[20], nonché – in epoca più

durale.

[16] Sul punto, vale la pena rammentare la precisa indicazione ermeneutica fornita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 240/2015 in relazione all'istituto della messa alla prova (artt. 464 *bis* e ss. c.p.p.) – analogamente privo di una disciplina transitoria – laddove il Giudice delle leggi ha ritenuto che esso non possa trovare applicazione in quei processi per i quali è già stata scavallata la fase di apertura del dibattimento. Cfr. C. cost., 26 novembre 2015, n. 240, in *Giur. Cost.*, 2015, n. 6, p. 2189; in *Riv. pen.*, 2016, n. 4, p. 313; in *Cass. pen.*, 2016, n. 4, p. 1482.

[17] Laddove si dispone che «le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato».

[18] Il quale prevede che, «salvo che la legge disponga altrimenti, l'estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce».

[19] V. d.P.R. 20 gennaio 1992, n. 23.

[20] V. l. 27 dicembre 2002, n. 289, successivamente modificata dalla l. 21 febbraio 2003, n. 27, di conversione del d.l. 24 dicembre 2002, n. 282. Inizialmente, il legislatore non si occupò di disciplinare la questione e, solo all'esito di un dibattito sulla possibilità di estendere il condono anche a soggetti diversi dal concorrente che lo avesse perfezionato, venne approvato un decreto correttivo che espressamente introdusse tale regola. Trattasi dell'art. 1 del d.l. 24 giugno 2003, n. 143, convertito con modificazioni dalla l. 1° agosto 2003, n. 212, ove si è stabilito al comma 2 *septies* (aggiunto in sede di conversione) che «le disposizioni di cui agli artt. 8, co. 6, lett. c), 9, co. 10, lett. c), e 15, co. 7, della l. 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni, si intendono nel senso che la esclusione della punibilità opera nei confronti di tutti coloro che hanno commesso o concorso a commettere i reati ivi indicati anche quando le procedure di sanatoria, alle quali è riferibile l'effetto di esclusione della punibilità, riguardano contribuenti diversi dalle persone fisiche e da questi sono perfezionate».

File riservato ad esclusivo fine di studio

recente – della *voluntary disclosure* del 2014[21].

Ad analoga conclusione conduce anche l'argomento logico: diversamente opinando, quante volte sarebbe sostenuto il costo del ravvedimento da parte della società-contribuente? Si pensi, ad esempio, al caso in cui vi siano più soggetti concorrenti nel reato e la società – soggetto terzo nella vicenda penale – proceda al pagamento ed alla conseguente estinzione del debito tributario: quale, tra i concorrenti, potrebbe avvalersi della causa di non punibilità? Si rivela pressoché impossibile addivenire ad una risposta che presenti un qualche, seppur minimo, grado di solidità.

Sicché, si propende per estendere le cause di esclusione della punibilità di cui all'art. 13 d. lgs. n. 74/2000 a tutti i soggetti concorrenti, a prescindere da chi, in concreto, le abbia realizzate.

Ulteriore profilo di particolare rilevanza attiene al rapporto che sussiste tra le suddette cause di non punibilità ed il reato di autoriciclaggio: senza entrare, in questa sede, sul più generale legame tra i reati tributari ed i reati di riciclaggio ed autoriciclaggio[22], affiora, nondimeno, una questione di non poco momento. *Quid iuris* in caso di reimpiego di fondi derivanti da un reato fiscale per il quale si è, *medio tempore*, perfezionata una causa di esclusione della punibilità?

In una situazione così delineata, parrebbe venir meno la possibilità di contestare un reato di autoriciclaggio, ancorché un tale approdo interpretativo non sia privo di insidie, costituite dal dettato dell'art. 170, co. 1, c.p., ove si dispone che, «*quando un reato* è il presupposto di un altro reato, la causa che lo estingue non si estende all*'altro reato*».

Norma sulla quale consta di un – isolato – precedente del Tribunale di Milano in tema di ricettazione, in cui i Giudici hanno stabilito[23] che «*non sussiste il reato di ricettazione quando si sia estinto per prescrizione il delitto presupposto, non permanendo istanza punitiva da parte dello Stato in relazione ad un reato quando per quello presupposto, ed elemento costitutivo della fattispecie, la stessa istanza punitiva si sia prescritta, con estinzione dello stesso*».

Nondimeno, sul punto non è superfluo ricordare quanto illustrato nella Relazione al Re sul progetto del Codice penale, laddove – trattando della norma dalla quale sarebbe derivato l'attuale art. 170 c.p., concepito, in allora, proprio

[21] V. la già ricordata l. 15 dicembre 2014, n. 186.

[22] Pare arduo sostenere vi sia autoriciclaggio al cospetto di una dichiarazione infedele, mancando un flusso di denaro che possa essere oggetto di occultamento.

[23] Trib. Milano, 28 gennaio 2000, in *Foro ambrosiano*, 2000, p. 321, in cui si è aggiunto che, nello specifico, «*una diversa conclusione basata sul richiamo interpretativo all'art. 648 comma 3 c.p., che stabilisce la sussistenza della ricettazione anche quando l'autore del delitto presupposto non sia imputabile o punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità rispetto a tale delitto, non sarebbe comunque applicabile ai fatti di ricettazione commessi prima dell'introduzione del comma 3 dell'art. 648 c.p., avvenuta nel 1993, e ciò in virtù del principio del* favor rei *in tema di applicazione delle leggi penali nel tempo*».

File riservato ad esclusivo fine di studio

con precipuo riferimento alla ricettazione – si rilevava come occorresse introdurre una disposizione di tal fatta onde evitare che l'estinzione del reato presupposto potesse travolgere la ricettazione.

Sicché, leggendo l'art. 170 c.p. in questa prospettiva, continuerebbe a costituire autoriciclaggio la condotta avente ad oggetto il profitto di un reato già prescritto nel momento in cui si verifica il delitto presupponente.

Una conclusione, questa, dai risvolti dirompenti, con riflessi anche sul tema che qui ci occupa: la causa sopravvenuta di cui all'art. 13 d. lgs. n. 74/2000, che esclude la punibilità del reato tributario, sarebbe tale da incidere anche sulla punibilità del reato di autoriciclaggio costituito dal reimpiego di quei beni, asseritamente provenienti, a titolo esemplificativo, da un omesso versamento dell'IVA?

Trattasi di una questione complessa e, per certi versi, ancora da dissodare, sulla quale non mancheranno di pronunciarsi e la giurisprudenza e la dottrina. Se la soluzione negativa parrebbe imporsi nel caso verosimilmente più frequente, ovverosia nella sequenza cronologica reato fiscale-ravvedimento-reimpiego, un esito più incerto attende la situazione più spinosa, vale a dire il susseguirsi di reato fiscale-reimpiego-ravvedimento, sul quale – allo stato – l'interrogativo permane privo di risposta.

Infine, in relazione all'art. 13 d. lgs. n. 74/2000, vale la pena rammentare che la previgente formulazione prevedeva, all'ultimo comma, una disposizione – per così dire – un po' afflittiva per il contribuente: non si doveva tener conto dell'allora diminuzione di pena prevista dal 1° comma a seguito del ravvedimento del contribuente «*ai fini della sostituzione della pena detentiva inflitta con la pena pecuniaria a norma dell'art. 53 della l. 24 novembre 1981, n. 689*».

Una previsione, questa, depennata dalla riforma del 2015 e sostituita con alcune indicazioni in materia di rateizzazione, essendo possibile, in ambito tributario, dilazionare nel tempo il pagamento, frazionandolo in più anni[24].

Il legislatore, al novello ultimo comma dell'art. 13[25], ha regolato un tale profilo con particolare severità: l'estinzione del debito tributario mediante rateizzazione, che consente di escludere la punibilità, deve verificarsi in tempi estremamente rapidi se raffrontati alle possibilità consentite in sede amministrativa. La norma penale individua, infatti, un termine di tre mesi per l'estinzione del debito residuo, con facoltà, per il Giudice, di concedere una sola proroga «*per non oltre tre mesi, qualora lo ritenga necessario*» – e così per complessivi sei mesi

[24] Per l'accertamento con adesione, l'art. 8, co. 2, d. lgs. 19 giugno 1997, n. 218, come da ultimo modificato dall'art. 2, co. 2, d. lgs. 24 settembre 2015, n. 159, consente, a certe condizioni, una rateizzazione fino a quattro anni; mentre l'art. 19, co. 1 *quinquies*, d.P.R. n. 602/1973, prevede un arco temporale di dieci anni per la rateizzazione nei confronti dei concessionari della riscossione.
[25] Trattasi di disposizioni che permangono valide anche ai fini dell'applicabilità dell'art. 13 *bis*, sul quale ci si soffermerà *infra*.

File riservato ad esclusivo fine di studio

– ferma restando, nel frattempo, la sospensione della prescrizione.

4. Il ravvedimento come circostanza attenuante: l'art. 13 bis *del d. lgs. n. 74/2000*

Il ravvedimento del contribuente, oltre ad integrare una causa di esclusione della punibilità *ex* art. 13 d. lgs. n. 74/2000, può altresì costituire una circostanza attenuante ai sensi del novello art. 13 *bis* del Decreto.

La norma, a ben vedere, presenta minori spunti innovativi, disciplinando un profilo in precedenza regolato, come si è visto, dal previgente art. 13.

L'art. 13 *bis* esordisce con la criptica formula «*fuori dai casi di non punibilità*», andando così a definire il perimetro dei reati «non sanabili», per i quali non è possibile azionare la causa di esclusione della punibilità.

Si tratta, in particolare, degli artt. 2 («*Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*»), 3 («*Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*»), 8 («*Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*»), 10 («*Occultamento o distruzione di documenti contabili*»[26]) e 11 («*Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*»[27]).

Inoltre, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 13 *bis* le dichiarazioni infedeli oppure omesse per le quali il ravvedimento non sia stato spontaneo, stante l'avvio – *medio tempore* – di una qualche attività di accertamento, nonché le dichiarazioni sanate con procedure conciliative o con adesione all'accertamento, che, in definitiva, consistono in una definizione transattiva del contenzioso non spontanea[28].

Sicché, in sintesi, si ricade nell'alveo dell'art. 13 *bis* qualora ci si trovi al cospetto di reati diversi da quelli sanabili o di reati rilevanti ai sensi del comma 2 dell'art. 13 sanati non spontaneamente o tempestivamente dal contribuente.

La circostanza attenuante di cui al 1° comma dell'art. 13 *bis* – operante laddove si provveda al pagamento degli importi dovuti «*anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie*», senza alcun riferimento al ravvedimento operoso – prevede una riduzione di pena sino alla metà (così come nella versione antecedente alle modi-

[26] In relazione a tale reato, risulta alquanto difficoltoso ipotizzare il risarcimento del danno, trattandosi di una fattispecie delittuosa che, a rigor di logica, non dovrebbe arrecare alcun nocumento.
[27] Si ripropongono, anche in questo caso, le considerazioni svolte in relazione all'art. 10 del Decreto, atteso che il reato di cui all'art. 11 è a consumazione anticipata e non presuppone vi sia un danno al fine dell'integrazione della fattispecie. Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui un contribuente, per sottrarsi alla procedura di esecuzione, costituisca un fondo patrimoniale, ritenuto inefficace, e l'Agenzia delle Entrate, conseguentemente, riesca a soddisfare le proprie pretese aggredendone il patrimonio: ipotesi, questa, in cui potrebbe sorgere spontaneo domandarsi se si è o meno di fronte ad un risarcimento del danno patito dall'Erario.
[28] È banale constatare che, se vi è stato un accertamento con adesione, evidentemente non vi è stato, in epoca anteriore, un ravvedimento spontaneo del contribuente.

File riservato ad esclusivo fine di studio

fiche apportate nel 2011) e la mancata applicazione delle pene accessorie.

Un profilo alquanto delicato emerge dalle disposizioni del comma 2 dell'art. 13 *bis*, relative al cd. patteggiamento, in quanto il perfezionamento del ravvedimento operoso, nonché il ricorso alle procedure conciliative – citate, queste sole, nel comma 1 – sono condizioni necessarie per poter accedere all'applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 c.p.p.

Si tratta di una previsione normativa già sottoposta al vaglio della Corte costituzionale[29], che ne ha confermato la piena legittimità, non ravvisando alcuna violazione del diritto di difesa.

A porsi è un problema di coordinamento di non agevole soluzione, determinato dal mancato richiamo, al comma 1 dell'art. 13 *bis*, del ravvedimento operoso, viceversa espressamente previsto dal comma 2 della norma.

Una tale aporia non può essere tradotta nella possibilità, mediante ravvedimento operoso, di accedere al solo patteggiamento ai sensi del comma 2, senza poter beneficiare, viceversa, dell'abbattimento di pena di cui al comma 1, a differenza di quanto consente una qualsivoglia procedura conciliativa. Una soluzione interpretativa, questa, a dir poco irragionevole, a maggior ragione considerando che solamente il primo, a differenza delle seconde, è spontaneo.

Soccorre, sul punto, la previgente formulazione dell'art. 13 del Decreto, la quale si riferiva unicamente alle «*speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie*», senza menzionare esplicitamente il ravvedimento operoso, pure unanimemente ritenuto *ivi* ricompreso[30], quasi *a fortiori*.

Sicché, nonostante l'attuale tenore letterale della norma – deteriore, in quanto a chiarezza, in raffronto al testo antecedente – in via interpretativa parrebbe opportuno concludere per la rilevanza del ravvedimento operoso anche al fine di beneficiare delle circostanze attenuanti previste dal 1° comma dell'art. 13 *bis*.

Diversamente opinando, una tale limitazione costituirebbe, indubitabilmente, un inasprimento della disciplina, applicabile solamente ai fatti commessi

[29] V. C. cost., 28 maggio 2015, n. 95, in *Giur. Cost.*, 2015, n. 3, p. 788; in *Cass. Pen.*, 2015, n. 9, p. 3112.
[30] Convergenti, sul punto, la Circolare n. 154 del Ministero delle Finanze del 4 agosto 2000, recante alcune osservazioni sull'allora novello «*Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 – Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto*», da un lato, e le riflessioni della dottrina, dall'altro. V., *ex multis*, G. Bellagamba, G. Cariti, *I nuovi reati tributari*, Giuffrè, Milano 2000, p. 130 ss.; E. Busson, in *La riforma del diritto penale tributario*, a cura di U. Nannucci, A. D'Avirro, Cedam, Padova 2000, p. 310; M. Di Siena, *La nuova disciplina dei reati tributari*, Giuffrè, Milano 2000, p. 191, in nt. n. 169, e 192; M. Giontella, *Il ravvedimento operoso e le carenze del decreto delegato*, in *Fiscalità d'impresa e reati tributari*, Giufrè, Milano 2000, p. 177 e 184; G. Izzo, *Commento* a Cass. 28 febbraio 2003, in *Il Fisco*, 2003, n. 28, p. 4446; V. Napoleoni, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Ipsoa, Milano 2000, p. 223; R. Pisano, *I reati tributari*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. VII, Cedam, Padova 2002, p. 276-277; G.L. Soana, *I reati tributari*, Giuffrè, Milano 2013, p. 443.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dopo il 22 ottobre 2015, ovverosia successivamente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 158/2015.

5. Osservazioni conclusive

Considerando, da un lato, i «costi» del ravvedimento operoso[31], e, dall'altro,

[31] Disciplinato dall'art. 13 del d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 – come visto, recentemente riformato – il quale recita:
"*1. La sanzione è ridotta, sempreché la violazione non sia stata già constatata e comunque non siano iniziati accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento delle quali l'autore o i soggetti solidalmente obbligati, abbiano avuto formale conoscenza:*
a) ad un decimo del minimo nei casi di mancato pagamento del tributo o di un acconto, se esso viene eseguito nel termine di trenta giorni dalla data della sua commissione;
a bis*) ad un nono del minimo se la regolarizzazione degli errori e delle omissioni, anche se incidenti sulla determinazione o sul pagamento del tributo, avviene entro novanta giorni dalla data dell'omissione o dell'errore, ovvero se la regolarizzazione delle omissioni e degli errori commessi in dichiarazione avviene entro novanta giorni dal termine per la presentazione della dichiarazione in cui l'omissione o l'errore è stato commesso;*
b) ad un ottavo del minimo, se la regolarizzazione degli errori e delle omissioni, anche se incidenti sulla determinazione o sul pagamento del tributo, avviene entro il termine per la presentazione della dichiarazione relativa all'anno nel corso del quale è stata commessa la violazione ovvero, quando non è prevista dichiarazione periodica, entro un anno dall'omissione o dall'errore;
b bis*) ad un settimo del minimo se la regolarizzazione degli errori e delle omissioni, anche se incidenti sulla determinazione o sul pagamento del tributo, avviene entro il termine per la presentazione della dichiarazione relativa all'anno successivo a quello nel corso del quale è stata commessa la violazione ovvero, quando non è prevista dichiarazione periodica, entro due anni dall'omissione o dall'errore;*
b ter*) ad un sesto del minimo se la regolarizzazione degli errori e delle omissioni, anche incidenti sulla determinazione o sul pagamento del tributo, avviene oltre il termine per la presentazione della dichiarazione relativa all'anno successivo a quello nel corso del quale è stata commessa la violazione ovvero, quando non è prevista dichiarazione periodica, oltre due anni dall'omissione o dall'errore;*
b quater*) ad un quinto del minimo se la regolarizzazione degli errori e delle omissioni, anche se incidenti sulla determinazione o sul pagamento del tributo, avviene dopo la constatazione della violazione ai sensi dell'articolo 24 della l. 7 gennaio 1929, n. 4, salvo che la violazione non rientri tra quelle indicate negli articoli 6, comma 3, o 11, comma 5, del d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 471;*
c) ad un decimo del minimo di quella prevista per l'omissione della presentazione della dichiarazione, se questa viene presentata con ritardo non superiore a novanta giorni ovvero a un decimo del minimo di quella prevista per l'omessa presentazione della dichiarazione periodica prescritta in materia di imposta sul valore aggiunto, se questa viene presentata con ritardo non superiore a trenta giorni.
1 bis*. Le disposizioni di cui al comma 1, lettere b* bis*), b* ter*) e b* quater*) si applicano ai tributi amministrati dall'Agenzia delle Entrate.*
1 ter*. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al presente articolo, per i tributi amministrati dall'Agenzia delle Entrate non opera la preclusione di cui al comma 1, primo periodo, salva la notifica degli atti di liquidazione e di accertamento, comprese le comunicazioni recanti le somme dovute ai sensi degli articoli 36* bis *e 36* ter *del Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, e 54* bis *del Decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni.*
1 quater*. Il pagamento e la regolarizzazione di cui al presente articolo non precludono l'inizio o la prosecuzione di accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di controllo e accertamento.*
2. Il pagamento della sanzione ridotta deve essere eseguito contestualmente alla regolarizzazione del

File riservato ad esclusivo fine di studio

il fatto che, verosimilmente, nella prassi, l'ipotesi più ricorrente dovrebbe essere quella in cui questo sia effettuato da contribuenti che abbiano commesso il reato di cui all'art. 2 del d. lgs. n. 74/2000[32], l'applicazione delle disposizioni dell'art. 13 del d. lgs. n. 472/1997 comporta la riduzione della sanzione ad un sesto del minimo edittale, pari, in questo caso, al 90%. Conseguentemente, si tratterebbe di un ridimensionamento delle sanzioni al 15% circa.

La riduzione è, poi, di un decimo del minimo edittale al cospetto di omessi versamenti, che, tuttavia, richiedono l'effettuazione del ravvedimento in tempi particolarmente celeri.

Non è peregrino ipotizzare, pertanto, il caso del contribuente che ritenga più conveniente non versare tempestivamente le imposte, per poi ravvedersi in un secondo momento, contando sul fatto che il ravvedimento effettuato assumerebbe rilevanza ai sensi dell'art. 13 del d. lgs. n. 74/2000 (si pensi, in particolare, ai casi di omesso versamento *ex* art. 10 *ter*).

In questo caso, il costo del ritardo sarebbe di poco superiore a quello di un normale finanziamento: è chiaro come questo sia un argomento dai risvolti a dir poco «pericolosi», che trova un primo riscontro concreto in un'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea da parte del Tribunale di Varese[33], avente ad oggetto, per l'appunto, l'art. 10 *ter* del d. lgs. n. 74/2000.

Tuttavia, una tale, potenziale, valenza criminogena della disciplina diviene particolarmente tangibile laddove vi siano le disponibilità finanziarie per estinguere tempestivamente il debito tributario – unitamente alle sanzioni amministrative ed agli interessi, ancorché di importo contenuto – così da evitare la sanzione penale.

È allora evidente come, in questo scenario, al Giudice penale venga attribuita – in sostanza – la veste di esattore, assegnando al diritto penale una funzione meramente servente non solo al diritto tributario, ma anche – e soprattutto – rispetto alle esigenze di «cassa».

pagamento del tributo o della differenza, quando dovuti, nonché al pagamento degli interessi moratori calcolati al tasso legale con maturazione giorno per giorno.
3. Quando la liquidazione deve essere eseguita dall'ufficio, il ravvedimento si perfeziona con l'esecuzione dei pagamenti nel termine di sessanta giorni dalla notificazione dell'avviso di liquidazione.
4. Abrogato.
5. Le singole leggi e atti aventi forza di legge possono stabilire, a integrazione di quanto previsto nel presente articolo, ulteriori circostanze che importino l'attenuazione della sanzione».

[32] Medesime considerazioni valgono altresì per i reati di cui agli artt. 3, 4 e 8 del d. lgs. n. 74/2000.

[33] V. Trib. Varese, ord., 30 ottobre 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Temi di diritto penale delle procedure concorsuali

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Matteo De Poli

*Azioni di responsabilità nell'ambito delle procedure concorsuali tra opportunità e criticita**

V'intrattengo sul tema della responsabilità civilistica degli amministratori. Vi parlerò, dunque, di *azione di responsabilità*, ma accennerò ad una sorta di «*responsabilità al di fuori dell'azione*»: privata – l'azione civile – del carattere di necessarietà proprio di quella penale – essa, meglio: la minaccia di essa – può assumere le vesti di mezzo di negoziazione di una migliore soddisfazione del ceto creditorio in una procedura concorsuale.

E quanto detto impone di vedere subito il contesto nel quale calare il tema che mi è stato affidato. Cercherò di utilizzare il tempo che mi è stato concesso per presentare la materia più in senso pratico-professionale che strettamente teorico-giuridico. Mi avvarrò, in ciò, di qualche personale esperienza professionale che spero possa portare chi mi sta ascoltando – quale sia la veste nella quale vi troverete: curatore fallimentare, avvocato, consulente di un consiglio di amministrazione – a penetrare nelle correnti dinamiche che «circondano» questo delicato momento.

Il presidente Toppan ci ha ricordato che, dalla riforma del diritto fallimentare a oggi, la procedura concorsuale per antonomasia, il fallimento, ha perso sicuramente importanza, ha assunto valore recessivo rispetto al concordato preventivo. E così come, lo abbiamo sentito poco fa, i penalisti si sono interrogati sulla contestabilità dei reati fallimentari all'interno del concordato, così anche noi civilisti ci siamo interrogati su quali possibilità di utilizzo aveva l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, dei componenti del collegio sindacale, dei direttori generali all'interno di un concordato. Richiamo, pur note, le due disposizioni che la regolano, che sono l'art. 2394 *bis* c.c. e l'art. 146 l. fall. L'art. 2394 *bis* c.c. è intitolato «azioni di responsabilità nelle procedure

* Trascrizione rivista e corredata delle note essenziali della relazione tenuta al Convegno «Temi di diritto penale delle procedure concorsuali» svoltosi a Padova il 25 gennaio 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

concorsuali» e ci dice che in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli spettano rispettivamente al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario; non viene dunque citato il concordato. L'art. 146 l. fall., al suo secondo comma, dispone che sono esercitate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori e l'azione di responsabilità contro i soci della S.r.l. nei casi stabiliti dall'art. 2476 c.c.

L'azione esercitata dal curatore fallimentare fonde in sé le due azioni della responsabilità del socio e l'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali. Invero, il curatore fallimentare – lo si vede anche quando questi subentra ad azioni avviate prima della dichiarazione di fallimento – assume il compito di tutelare gli interessi della società – pertanto dei soci – e dei creditori sociali, con l'effetto che vediamo fuse nell'azione di responsabilità promossa o proseguita dal curatore le due azioni: l'azione sociale di responsabilità[1] e quella di responsabilità esercitata dai soci.

Detta azione di responsabilità colpisce i componenti dell'organo amministrativo – di fatto o di diritto –, i direttori generali e i componenti dell'organo di controllo.

Ho prima citato l'art. 2394 *bis* c.c., che è una norma contenuta all'interno della disciplina per la S.p.A.; sappiamo che buona parte delle disposizioni in materia di responsabilità contenuta nella disciplina delle S.p.A., si applicano analogicamente alle S.r.l., ove per esse non sia preveduta una specifica disciplina. Ma la disciplina codicistica della S.r.l. – *in bonis* o fallita non pare qui rilevante – prevede un'eccezionale consacrazione della possibilità di agire in via risarcitoria anche nei confronti del socio «tiranno». Eccezione, questa ora citata, alla regola della irresponsabilità del socio di S.p.A. e di concentrazione delle ipotesi di responsabilità sugli amministratori di diritto, *de facto* o occulti, sui componenti degli organi di controllo, sul direttore generale (non sulla «direzione», espressione sovente usata in numerosi statuti bancari per individuare – fallacemente, però – un organo sociale).

La disciplina della S.r.l. consente dunque l'esercizio di un'azione risarcitoria nei confronti del socio che abbia compartecipato ad un atto dannoso. Per cui, riassumendo, nella S.r.l. troviamo una responsabilità «gestoria», che colpisce i soggetti definiti come amministratori e tra questi anche quelli di fatto; poi,

[1] Con la sua variante data dall'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza. Caso classico: il C.d.A. decide di non portare all'osservazione dell'assemblea la proposta di azione di responsabilità contro i precedenti amministratori; la minoranza qualificata può così esercitare, ai sensi dell'art. 2393 *bis* c.c., un'azione sociale di responsabilità, il che significa che il ricavato va a ricostituire il patrimonio sociale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

al di là di questo tipo – canonico di responsabilità –, abbiamo anche quella del socio che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di un atto dannoso. È a questo punto naturale porsi la domanda se anche questi sia un «amministratore di fatto». Direi – assieme ad altri – di no, perché è amministratore colui che partecipa alla gestione, ossia ad un'attività tendenzialmente (salvo il caso eccezionale dello *unius acti*) ripartita nel tempo o comunque tradottasi nel compimento di un'*attività*, che vuol comunque dire *pluralità di atti*, non *atto*. In questo particolare caso si riesce a colpire quella figura che troviamo frequentemente in quelle società di capitale a struttura «personale», come sono tipicamente le S.r.l., che condiziona dall'esterno, l'amministrazione formale e ufficiale.

Nei fallimenti di S.r.l., dunque, l'ambito dei destinatari di un'azione recuperatoria poggiante su una responsabilità da gestione è più ampio di quello delle S.p.A.

Quella che sto trattando è materia che vive tanto di regole del diritto scritto quanto del c.d. «diritto vivente», di quello emergente dai responsi giurisprudenziali. Segnalo, tra le posizioni giurisprudenziali più recenti ed importanti, Cass., Sez. Un. 9100/2015 che, pare, abbia composto definitivamente il contrasto tra orientamenti a proposito della possibilità del curatore di fallimento, che non abbia trovato le scritture contabili dell'impresa fallita, di chiedere, a titolo di risarcimento danni, la differenza tra l'attivo e il passivo.

Quanto, in passato, noi avvocati ci siamo avvantaggiati di questa «semplificazione»…

E ciò anche se, da sempre, convincenti erano i segnali che non era più possibile fare questa semplificazione.

Vero è, però, che troppo spesso le scritture contabili non venivano trovate – perché avevano preso fuoco, o perché erano cadute in acqua e via così –; ed erano state queste frequenti vicende che avevano prodotto quella sorta di *fictio* di responsabilità per tutto il passivo. Con pazienza, però, si era giunti a dimostrare che essa era il frutto di un ragionamento inaccettabile, posto che raramente il passivo di una società fallita dipende sempre e solo da scelte gestionali colpose. Ad entrare in gioco ci sono anche circostanze di mercato, contingenze, che non permettono un'imputazione della perdita a titolo di danno agli amministratori.

La Cassazione ha confermato, dunque, che è inammissibile chiedere a titolo di risarcimento del danno la differenza tra attivo e passivo in caso di mancata tenuta delle scritture contabili. Semmai, questo rapporto può essere utilizzato come criterio per la liquidazione equitativa, ma devo qui dire – specie ai colleghi avvocati – che la liquidazione equitativa del danno è un criterio residuale del danno consentito solo quando non c'è la possibilità di appurare il danno,

File riservato ad esclusivo fine di studio

non quando non si ha voglia, non si riesce, è complesso, è tecnicamente difficile farlo.

Devo ora illustrare il rapporto tra azione di responsabilità e concordato preventivo. L'orientamento giurisprudenziale dominante afferma che né il commissario giudiziale, né il liquidatore hanno legittimazione a esercitare l'azione di responsabilità all'interno del concordato preventivo. L'azione di responsabilità potrà essere esercitata dai creditori sociali, ma anche un solo creditore sociale può esercitarla.

Se, dunque, non vi è legittimazione, vuol ciò forse dire che il tema della responsabilità dei vertici dell'impresa collettiva ricorsa alla procedura del concordato preventivo (dichiarato ammissibile) non può entrare in gioco in questa procedura concorsuale? Io direi di no. Direi di no perché, fondamentalmente, i commissari giudiziali il tema della responsabilità lo prendono assolutamente in attenta considerazione; lo prendono in considerazione nel corso delle prime fasi della procedura e lo tengono in considerazione nel giudicare la convenienza della proposta concordataria. Quando giunge l'ora del deposito della relazione ai sensi dell'art. 172 l. fall. – che è quella segnalazione di circostanze rilevanti e di giudizi, di opinioni di rettifica che il commissario giudiziale fa a favore del ceto creditorio, perché esso possa votare la proposta concordataria in modo informato – il tema emerge fragorosamente perché il giudizio di convenienza transita anche per una valutazione intorno alla possibilità di esercitare utilmente l'azione recuperatoria. Un giudice delegato attento, debitamente stimolato da un buon commissario giudiziale, tende, allora, a porre, nel suo dialogo istituzionale con gli *advisor* dell'impresa entrata in concordato, anche il tema della responsabilità degli amministratori e dei componenti del collegio sindacale.

Come?

Non vi è dubbio che il rapporto tra un giudice delegato e un *advisor* non è strettamente catalogabile tra quelli contrattualistici – intendo dire che non c'è spazio ufficiale per una «negoziazione» – ma, ugualmente, il tema della responsabilità dei vertici permea il rapporto tra essi.

Questo con che fine? Esso è chiaro: il miglioramento della proposta concordataria.

Io non ci vedo nulla di male: credo dunque che sia nell'interesse della stessa impresa in concordato sapere che il Tribunale, ritenendo che ci sia un *fumus* di responsabilità, stia indagando sulla composizione del patrimonio degli amministratori.

Da qui ad una discussione sulla possibilità di integrare la proposta concordataria in forza di una valutazione combinata dei seguenti elementi: *a*) probabile danno arrecato dagli amministratori e non impedito da parte dei sindaci; *b*)

File riservato ad esclusivo fine di studio

patrimonio aggredibile; *c*) alea di causa; da qui, dicevo, ad un invito ad integrare la proposta concordataria il passo è breve.

Concludo ribadendo che considero, questa, una sorta di «contrattualizzazione» dell'accertamento della responsabilità al di fuori dell'azione avente una propria dignità e capacità di soddisfare un interesse protetto come quello dei creditori.

Mi sia concesso, a questo punto, fare una digressione sull'azione di responsabilità esercitata nell'ambito di una particolare procedura concorsuale tipica, direttamente esercitabile nei confronti di banche, che è l'amministrazione straordinaria. Perché abbandonare l'alveo naturale, e rassicurante, della relazione assegnatami per percorrerne altro, distante ed incerto?

Perché, a voler rispettare l'invito ad intrattenermi sulle «criticità» della materia richiamate nel titolo della relazione che mi è stata assegnata, quelle criticità io le vedo proprio nell'esercizio dell'azione di responsabilità promossa dal commissario di un'amministrazione straordinaria di una banca contro gli amministratori, i sindaci e il direttore generale; e ciò a causa di taluni aspetti che rendono molto complesso l'esercizio di quell'azione.

Per diritto italiano le procedure concorsuali nei confronti delle banche sono due: l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa. Ho detto «per diritto italiano» perché non si fa altro che sentir parlare in questi momenti di *bail in*. Nel 2014 è stata emanata la *Bank Recovery and Resolution Directive* (*BRRD*) che è la direttiva che contiene al suo interno la possibilità di *bail in* e che individua due momenti: la *recovery*, il risanamento della banca, e la *resolution*, che è la risoluzione.

Ma queste non sono procedure concorsuali. Le procedure concorsuali restano quelle due disciplinate, ora con importanti modifiche, dal TUB, ossia le già indicate amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa.

Ora, osservo che raramente, fino ad oggi, è stata esercitata un'azione di responsabilità con un cambio *in bonis* di management di una banca. Oggi, com'è noto, la situazione è cambiata, ma l'eccezione conferma la regola: l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei componenti dei collegi sindacali di banche le fanno più volentieri i commissari straordinari che i soci stessi.

Ho contribuito a predisporre un *audit* e una *due diligence,* preliminari all'esercizio di un'azione di responsabilità di una banca *in bonis* contro gli amministratori precedenti: l'assemblea l'ha bocciata, perché quando l'azionariato è frammentato gli amministratori riescono ad influenzare in modo significativo l'assemblea.

Questo non accade nell'azione di responsabilità proposta dal commissario: anzitutto, perché il commissario risponde solo alla Banca d'Italia, poi perché

File riservato ad esclusivo fine di studio

non vuole rispondere per non aver esercitato l'azione. Tanto, lo si capisce, egli, alla fine del suo incarico, esercita l'azione di responsabilità, convoca l'assemblea, l'assemblea ripristina gli organi e poi… saluta tutti e lascia la patata bollente ai nuovi organi.

Da quel momento, per esperienza, parte un *forcing* perché spesso i nuovi amministratori sono disinteressati a continuare quell'azione.

Entrano allora in gioco, con un ruolo fondamentale, le compagnie assicurative, da cui ci si attende il versamento della parte più significativa della posta risarcitoria.

L'azione promossa dal Commissario presenta spesso molti lati oscuri. Cosa fa un commissario di una banca in amministrazione straordinaria? Manda a perdita, tutto quello che gli passa per le mani, creando così, spesso, una perdita gigantesca.

Questa perdita viene consegnata al legale incaricato dell'azione che, per comodità, trasforma quella perdita nel danno di cui chiede il risarcimento. Importi giganteschi anche in banche dalle dimensioni abbastanza contenute.

Esse si basano fortemente su valutazioni condotte dal commissario, dai rilievi ispettivi dell'Autorità di vigilanza – cioè la Banca d'Italia – che ha messo in amministrazione straordinaria la banca di cui è disputata la capacità di costituire mezzi di prova; ma queste sono il sostegno, l'architrave di un'azione di responsabilità; non c'è nessuna valutazione critica. La valutazione critica che invece accompagna la normale dialettica tra un legale, un curatore fallimentare, lì manca completamente; c'è una presa di corpo totale delle conclusioni dei rilievi ispettivi di Banca d'Italia, una presa dell'importo del passaggio in sofferenza fatto dal commissario e la creazione di un'azione che si trova completamente fragile sui punti dell'*an* – la responsabilità – e del *quantum*.

I fallimenti hanno generalmente un attivo irrisorio e pertanto, e qui spunto il mio punto di vista sull'aspetto professionale e pratico, è chiaro che le azioni recuperatorie possono svolgere un ruolo fondamentale per l'aumento dell'attivo.

Venticinque anni fa l'azione recuperatoria principale era l'azione revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario; questa era la prima a cui si pensava, c'era forte concentrazione nell'esercizio di questa azione di revocatoria delle rimesse in conto corrente contro le banche; poi il cambiamento dell'impianto normativo, della disciplina sull'esercizio di quest'azione, ha ridotto moltissimo la possibilità pratica di conseguire risultati importanti pari a quelli che si conseguivano una volta con l'esercizio di questa azione; questo ha portato ad una progressiva revisione dalla convinzione di esercitare quell'azione, all'apertura di una negoziazione con gli istituti di credito, per cercare di ot-

File riservato ad esclusivo fine di studio

tenere risultati rinunciando all'azione, ma non esercitandola perché comunque è un'azione che introduce un procedimento di natura costitutiva, un procedimento le cui decisioni divengono esecutive solamente quando la sentenza va in giudicato: una qualsiasi banca teneva in piedi fino alla Cassazione la pronuncia di revocatoria delle rimesse, sfiancava un fallimento che aveva l'esigenza a un certo punto di chiudere la sua esistenza con la distribuzione del ricavato; questo era particolarmente complesso con il processo in piedi. Questo ha portato da un lato all'apertura di, più di prima, un dialogo, di una transazione per impedire una lite con gli istituti di credito che avessero ricevuto rimesse nel periodo sospetto, dall'altro lato ha fatto riprendere vigore alla possibilità di esercitare azioni di responsabilità. Azioni di responsabilità che, pertanto, sono una delle leve finanziarie di una procedura concorsuale di medio rilievo; una delle tematiche che vengono tenute in considerazione, su cui bisogna aprire un dialogo con il legale incaricato di esercitarla, perché questa azione richiede una preparazione molto attenta, perché è un'azione complessa, che molte volte non va esercitata per le sue astratte possibilità, ma per le sue ricadute concrete. Significa che senza un'adeguata valutazione di una concreta possibilità di aggressione del patrimonio di soggetti convenuti in giudizio, è inutile farla. È un'azione che ha anche altre leve di considerazione, per esempio la sussistenza di polizze assicurative, che si trovano generalmente più nei professionisti che siedono nei collegi sindacali che negli amministratori, anche perché qualora tra gli amministratori ci fosse un professionista, molto spesso la polizza non copre la responsabilità da gestione; non copre nemmeno sempre la responsabilità da svolgimento dei compiti e dei danni cagionati dal collegio sindacale, ma è frequente negoziare una clausola su quel punto. Non è infrequente fare delle riflessioni aperte tra curatore e legale sull'utilità di fare un'azione di responsabilità che tocca poi l'ultimo elemento della catena delle responsabilità, il collegio sindacale, tralasciando una valutazione concreta sulla possibilità di ottenere il risarcimento del danno in concreto, non la condanna, da parte dell'amministratore, perché per la consueta capacità privilegiata che hanno gli amministratori di sfruttare le informazioni relative all'andamento della società, da che mondo è mondo un amministratore si tutela o si tutela perfino a priori non avendo patrimonio o si tutela in periodo adeguatamente preventivato, precedente all'emersione pubblica dell'insolvenza, facendo delle attività di *assett protection*.

Apro vari fronti, ma sono assolutamente convinto che un professionista commetterebbe un errore limitandosi esclusivamente ad esercitare l'azione sulla base dell'accertamento in fase di analisi della responsabilità; bisogna guardare vari aspetti: cosa bisogna guardare? La composizione patrimoniale e, laddove questa non sia soddisfacente, fare un'adeguata analisi sulla precedente stesura o conclusione di quegli atti tipici di *assett protection* che sono tra i più sofisticati

File riservato ad esclusivo fine di studio

trust, tra i più banali fondi, tra i più rozzi la sottoscrizione di un preliminare con la trascrizione; c'è una sorta di *check list* anche di grossolanità. Naturalmente questo significa poi domandarsi quanto spazio ho per revocare un atto che ha sottratto beni alla garanzia dei crediti, pur se il credito non era ancora sorto; ma sappiamo bene che, se il credito non sia ancora sorto ma si sappia che può sorgere, non è preclusa la possibilità dell'esercizio dell'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901, co. 2., c.c. Ci sono atti sofisticati contro i quali è piuttosto complesso agire in azione revocatoria, *trust* che hanno come beneficiari i figli del soggetto, perché la causa qui di questo atto di destinazione patrimoniale non è semplicemente la protezione, ma anche un'anticipazione successoria, per cui non si può semplicemente dire che sono stati fatti per eludere la soddisfazione futura dei creditori; atti che ormai hanno perso la loro capacità di costituire validi scudi come il fondo patrimoniale; atti complessi, ma perché è complesso l'accertamento: per esempio la devoluzione di importanti somme di denaro all'interno di polizze assicurative di classe 1 o classe 2, cioè polizze assicurative che hanno anche finalità previdenziale. C'è tutto un florilegio di sistemi che però non deve assolutamente precludere una valutazione che il legale della procedura deve fare prima di dare il parere positivo al proprio curatore fallimentare sull'utilità concreta. Non mi stanco mai di dire che, in gran parte dei casi, tantissimi giudici con cui ho lavorato, hanno accettato la frequente esposizione del parere negativo che davo sull'utilità concreta di esercitare l'azione in assenza di una possibilità di aggressione; in taluni casi ho visto scelte di procedere comunque, perché tanto qualcosa comunque sarebbe venuto fuori; questo qualcosa non è venuto quasi mai fuori perché c'è ormai una predisposizione alla protezione del patrimonio che è quasi diventata scientifica; difficile pensare che persone che hanno portato una società al fallimento e che prima si sono «scudate», si spaventino di fronte all'esercizio dell'azione di responsabilità, ma affido a voi, alla vostra sensibilità, ma fondamentalmente al dialogo, la relativa valutazione. Ma la cosa più importante che vorrei dire è di non concentrarvi mai esclusivamente sugli aspetti tecnici; credo che sia molto apprezzato ora dal comitato dei creditori, dal giudice delegato con cui discuterete, anche una valutazione di concreta, possibile aggredibilità; perché sono azioni complesse, sono azioni costose, sono azioni che passano generalmente attraverso la possibilità di consulenze tecniche e comunque lungaggini che impediscono una rapida chiusura della procedura concorsuale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Riccardo Bonivento

*Nuovi profili delle crisi d'impresa: il ruolo del Commissario giudiziale nel concordato preventivo e la responsabilità del professionista attestatore**

Il tema che tratterò riguarda due figure professionali che svolgono un ruolo chiave nell'ambito dei processi di composizione della crisi, con particolare riferimento agli aspetti penali: il primo è quello dell'attestatore e il secondo è quello del Commissario giudiziale.

Per quanto concerne il primo, egli interviene sia nelle composizioni «stragiudiziali» della crisi (piani di risanamento ed accordi di ristrutturazione), sia in quelle «giudiziali» di concordato preventivo; l'attestatore, infatti, assume una funzione centrale, che si potrebbe qualificare fidefacente della veridicità dei dati aziendali e della realizzabilità dei piani economico-finanziari, a tutela dei creditori, nell'ambito dei piani attestati di risanamento di cui all'art. 67, co. 3, lett. *d*), l. fall., degli accordi di ristrutturazione del debito *ex* art. 182 *bis* l. fall., dei nuovi accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari *ex* art. 182 *septies* l. fall., ed interviene, poi, nel concordato preventivo con la relazione *ex* art. 161, co. 3, l. fall. e nel concordato preventivo in continuità con una speciale attestazione *ex* art. 186 *bis* l. fall.; vi sono, poi, attestazioni minori su cui non mi soffermo.

Il Commissario giudiziale, invece, viene nominato nell'ambito della procedura di concordato preventivo; con le recenti riforme, in particolare con il decreto-sviluppo, dal 2012 è prevista la figura del Commissario giudiziale fin dalla fase prenotativa – ossia il c.d. concordato «in bianco».

Il Commissario svolge prevalentemente un compito di verifica e di controllo rispetto all'attività del debitore concordatario, nonché di supporto alle decisioni di natura autorizzativa che devono essere assunte dal Giudice.

Negli anni, vi è stata una profonda evoluzione delle due diverse figure e dei loro ruoli, anche con riferimento agli aspetti aventi rilevanza penale.

* Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Temi di diritto penale delle procedure concorsuali» svoltosi a Padova il 25 gennaio 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Se, da un lato, per quanto concerne la figura dell'attestatore vi è stata un'accentuazione delle sue responsabilità ed, in particolare, proprio di quelle penali, con l'introduzione di una specifica fattispecie di reato prevista dall'art. 236 *bis* l. fall., dall'altro lato, al Commissario giudiziale sono stati affidati compiti sempre più pregnanti in merito all'obbligo di denunciare fattispecie di reato o, comunque, fatti aventi una rilevanza di carattere penale.

A mio avviso, prima di trattare in modo specifico di tali figure, appare necessario svolgere un breve *excursus* sulle modifiche intervenute, a partire dall'ultimo decennio, nella Legge Fallimentare, con riguardo al concordato preventivo.

Nel corso dell'evoluzione delle procedure concorsuali, più in generale delle procedure di composizione della crisi, l'anno 2005 può rappresentare l'anno della svolta con l'entrata in vigore del decreto-competitività (d.l. n. 35/2005 convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80).

Vi è stata, in particolare, una profonda innovazione del concordato preventivo che, da quel momento, è diventato uno strumento assai diffuso per affrontare le situazioni di crisi aziendale; su tale procedura concorsuale c.d. «minore», ove l'autonomia privatistica assumeva e assume tuttora un ruolo ed un peso determinanti, si è concentrata una forte attenzione da parte del legislatore.

In questo contesto, dal punto di vista soggettivo, si è ritenuto ammissibile alla procedura di concordato preventivo l'imprenditore che si trovi in una situazione di crisi.

Ricordo che inizialmente vi erano alcuni Tribunali che, in presenza di un'acclamata insolvenza, non ammettevano l'imprenditore alla procedura di concordato ritenendo appunto che, facendo la norma espresso riferimento al concetto di crisi e non di insolvenza, si dovesse desumere che l'imprenditore insolvente (cioè in uno stato di decozione che si colloca ben oltre rispetto a quello di crisi) non potesse essere assoggettato ad una procedura di concordato preventivo; il legislatore ha poi specificato, con la modifica dell'ultimo comma dell'art. 160 l. fall., che nel concetto di crisi rientra anche l'insolvenza, ove l'insolvenza rappresenta la forma più aggravata della crisi, e quindi da questo punto di vista il concordato preventivo è stato esteso a tutti gli imprenditori fallibili, sia insolventi sia in crisi.

Rispetto al passato l'accesso al concordato preventivo non è stato più riservato all'imprenditore «onesto ma sfortunato», cioè all'imprenditore meritevole, in regola con le scritture contabili e che non presentasse situazioni di possibili commissioni di atti aventi rilevanza penale.

A titolo esemplificativo, ricordando anche un'esperienza professionale, una proposta di concordato, con la quale era stato previsto il pagamento integrale di tutti i creditori prededucibili e dei creditori privilegiati, nonché il pagamento del 40% (percentuale che allora era quella minima) dei creditori chirografari, il tutto

File riservato ad esclusivo fine di studio

garantito da una fideiussione bancaria a prima richiesta, non è stata ammessa. La mancata ammissione è dipesa dalle conclusioni di una consulenza tecnica contabile – disposta dal P.M. – che ipotizzava alcune fattispecie criminose in capo all'imprenditore (peraltro si trattava di una società di capitali e quindi il possibile addebito penale era in capo agli amministratori); su quel presupposto il Tribunale ha ritenuto non meritevole l'imprenditore e quel concordato preventivo non è stato ammesso. Successivamente le fattispecie criminose ipotizzate nella consulenza tecnica si sono rivelate insussistenti, ma nel frattempo la società è fallita con la conseguenza che nel successivo fallimento i creditori chirografari hanno visto ridurre, rispetto al 40% garantito, allo 0% le previsioni concrete di riparto.

Questo poteva accadere ante riforma «2005», anno in cui è stato profondamente modificato l'istituto del concordato, con un *favor* del legislatore che si è sostanzialmente concretizzato in una serie di vantaggi che, appunto, derivano dalla procedura di concordato preventivo.

Quali sono questi elementi di «favore» che abbiamo visto adottare a favore delle procedure concordatarie rispetto a quelle fallimentari?

Innanzitutto il venire meno, ai fini dell'ammissione alla procedura, del requisito della meritevolezza: possono essere, infatti, ammessi alla procedura di concordato anche gli imprenditori non meritevoli; inoltre, non è più prevista come condizione di ammissibilità la regolare tenuta delle scritture contabili nell'ultimo biennio.

Nell'ambito del «nuovo» concordato è possibile, altresì, ipotizzare un pagamento dei creditori privilegiati non integrale; fino alla recente miniriforma del 2015 non vi erano soglie minime per quanto riguarda il pagamento dei creditori chirografari (dal 2015 è stata introdotta la soglia minima del 20% prevista per i concordati liquidatori).

A questi elementi favorevoli alla procedura se ne aggiungono altri come la prededucibilità dei finanziamenti in funzione o in esecuzione delle procedure concordatarie, l'effetto protettivo rispetto alle azioni esecutive o cautelari dei creditori individuali, l'esimente *ex* art. 217 *bis* l. fall. di una serie di operazioni o atti che potrebbero avere rilevanza penale; ed ancora le esimenti da revocatoria *ex* art. 67, co. 3, lett. *e*), l. fall., con riferimento agli atti posti in essere nell'ambito del concordato, ivi compresi quelli posti in essere dopo la presentazione della domanda di concordato in bianco.

Quindi abbiamo assistito nel corso degli anni, a partire dal 2005, ad un sovrapporsi di norme che di fatto hanno favorito l'applicazione del concordato, fino, possiamo dire, all'apice del *favor* nel 2012 con l'introduzione nel meccanismo di voto dei creditori del «silenzio-assenso», che aveva modificato la precedente struttura di voto «silenzio-rifiuto» o del voto favorevole solo se espresso

File riservato ad esclusivo fine di studio

(chi non esprimeva il proprio voto si intendeva non favorevole), meccanismo quest'ultimo che è stato però reintrodotto a partire dal 2015.

L'elevata diffusione di tale procedura concorsuale, con percentuali minime offerte ai creditori, peraltro spesso promesse ma poi effettivamente non realizzate, ha indotto a parlare di abuso dello strumento concordatario.

Peraltro, a fronte di questa attenzione del legislatore volta a favorire l'applicazione della procedura concordataria, non vi è stata una correlativa attenzione alle norme di carattere penale, perché pur essendo sempre vigente l'art. 236 l. fall. in tema di applicabilità delle norme penali fallimentari nell'ambito della procedura di concordato preventivo, di fatto le iniziative poste in essere dalle Procure della Repubblica con riguardo ai reati di bancarotta (semplice o fraudolenta) in presenza di procedure di concordato sono state estremamente limitate, rispetto a quelle, invece assai diffuse, nei confronti di procedure fallimentari.

Ecco quindi che, da questo punto di vista, l'accesso alla procedura di concordato preventivo è diventato una sorta di «rifugio», uno strumento attraverso il quale l'imprenditore/amministratore di società di capitali tentava di tutelarsi non solo rispetto alle possibili azioni di responsabilità da parte del Curatore fallimentare, ma anche da addebiti di natura penale per fatti di *mala gestio* su iniziativa del Pubblico Ministero.

Il decreto di ammissione del concordato preventivo è finito così per diventare un lasciapassare per cercare di evitare sia le azioni civilistiche sia le azioni penali.

Qualcosa evidentemente è cambiato, e tale cambiamento si è concretizzato, innanzi tutto, con la previsione di specifiche conseguenze penali che derivano in capo all'attestatore laddove le dichiarazioni e le relazioni che egli rilascia contengano fatti non rispondenti al vero – quindi fatti di tipo commissivo – oppure omettano la rappresentazione di fatti rilevanti che invece dovrebbero essere rappresentati.

Infatti il decreto sviluppo (d. lgs. n. 83/2012) ha introdotto l'art. 236 *bis* l. fall., e quindi la previsione di un reato specifico collegato alla falsa attestazione, o meglio al falso in attestazioni e relazioni.

Vale la pena ripercorrere le fattispecie che prevedono un intervento dell'attestatore.

Una prima fattispecie è la relazione *ex* art. 67, co. 3, lett. *d*), l. fall., laddove l'attestatore deve rilasciare una relazione che attesti, da un lato, la veridicità dei dati aziendali e, dall'altro, la fattibilità intesa come idoneità del piano a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'azienda e la sua assicurazione al riequilibrio in ordine alla situazione finanziaria.

Nel piano attestato *ex* art. 67 l. fall. si parla di idoneità del piano, mentre prima ci si riferiva alla sua ragionevolezza; nell'accordo di ristrutturazione *ex*

File riservato ad esclusivo fine di studio

art. 182 *bis* l. fall. si parla di attuabilità dell'accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale – mentre prima si diceva il «regolare» – pagamento dei creditori estranei nei 120 giorni dall'omologa dell'accordo se si tratta di debiti che siano già scaduti o entro 120 giorni dalla scadenza se, invece, si tratta di debiti non scaduti al momento dell'omologazione.

Qui faccio un primo passaggio importante, perché prima della riforma del 2012, sia l'art. 67, co. 3, lett. *d*), l. fall., sia l'attestazione di cui all'art. 182 *bis* l. fall., non si estendevano alla veridicità dei dati aziendali.

Quindi l'entrata in vigore dell'art. 236 *bis* l. fall., accompagnata dall'estensione del campo di indagine dell'attestatore alla veridicità dei dati aziendali, pone evidentemente l'accento su una maggiore responsabilità dell'attestatore stesso.

Nel piano di concordato invece, ai sensi dell'art. 161, co. 3, l. fall., l'attestazione ha per oggetto – e ce l'aveva anche prima della riforma del 2012 – la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano.

A mio avviso è importante mettere in evidenza questo doppio campo di indagine dell'attività dell'attestatore.

Infatti, laddove l'ambito di analisi dell'attestatore riguardi la veridicità dei dati aziendali, essa ha per oggetto un campo di verifica sostanzialmente statico, nel senso che l'attestazione è rappresentata da una dichiarazione di scienza in ordine alla natura veritiera, piuttosto che non veritiera, dei dati aziendali su cui si fonda il piano.

Laddove, invece, si parli di fattibilità, di idoneità od ancora di attuabilità, si tratta di concetti tutti di carattere valutativo e prognostico, di giudizi che vengono rimessi all'attestatore in ordine ad una capacità del piano di far fronte agli scopi per cui quel piano stesso è stato redatto: con il piano attestato *ex* art. 67 l. fall. la capacità di ricollocare l'azienda in equilibrio economico e finanziario, con il concordato preventivo la fattibilità del piano di assicurare il pagamento dei creditori secondo la proposta formulata e nei termini temporali prestabiliti, con l'accordo di ristrutturazione *ex* art. 182 *bis* l. fall. l'idoneità del piano a pagare i creditori non aderenti (c.d. «estranei») all'accordo.

Si tratta di campi di analisi estremamente variegati; in termini di responsabilità penale dell'attestatore, l'art. 236 *bis* l. fall. ha per soggetto attivo del reato il professionista e come fatto tipico una condotta commissiva che è rappresentata dall'aver esposto informazioni false, nonché una condotta omissiva che è rappresentata dall'aver omesso delle informazioni rilevanti, in questo caso si tratta di una condotta omissiva qualificata, mentre non è qualificata quella commissiva.

Il tipo di condotte delineate dalla norma incriminatrice lascia delle perplessità in ordine alla sua concreta applicazione, soprattutto se si tratta di attuarla

File riservato ad esclusivo fine di studio

nel contesto di elementi di tipo valutativo: cioè tutte le volte in cui vi è un giudizio, in particolare di natura prognostica, circa il verificarsi di un evento, il binomio «falso-vero» su cui si basa poi la conseguenza del reato, e quindi il fatto tipico del reato stesso, non è così facile, a mio avviso, da dimostrare. Come vedremo, però, anche la valutazione prognostica basata su dati falsi od inesistenti può essere fonte di responsabilità penale.

Ritengo che la condotta che possa portare all'esposizione di informazioni false ovvero all'omissione di informazioni rilevanti, sia in qualche modo riconducibile più in generale al concetto di falsità ideologica nell'ambito di atti privati.

A queste condotte, peraltro commissive ed omissive, sono ricollegate anche delle circostanze aggravanti.

Innanzi tutto quella di aver conseguito un ingiusto profitto per sé o per altri e qui pensiamo all'ipotesi dell'eventuale compenso che venga riconosciuto all'attestatore che potrebbe, già di per sé, costituire un ingiusto profitto e, quindi, l'avere rilasciato un'attestazione infedele e l'aver percepito un compenso potrebbe costituire una circostanza aggravante.

Un'ulteriore circostanza aggravante è rappresentata dal fatto che dalla falsa attestazione consegua un danno per i creditori; pensiamo alle banche che abbiano erogato nuovi finanziamenti sulla base di un'attestazione che si è poi rivelata falsa, con successivo fallimento dell'impresa finanziata ed incapacità delle banche di recuperare le somme finanziate.

In effetti, a me sembra che queste due circostanze aggravanti (l'ingiusto profitto e l'aver arrecato un danno) siano, laddove venga dimostrata la sussistenza dell'ipotesi di reato, il più delle volte presenti.

Ci domandiamo, dunque, quale sia il bene giuridico oggetto della tutela: esso è l'affidamento che i terzi ripongono sulla validità dell'attestazione in funzione al suo contenuto.

Se si pensa, ad esempio, alla procedura di concordato preventivo, nella quale è molto rilevante la componente privatistica, con effetti assai considerevoli rispetto ai creditori e con la possibilità di ottenere lo stralcio di posizioni creditorie, a volte per svariati milioni di euro, è evidente che il bene giuridico oggetto di tutela è proprio l'affidamento che questo tipo di relazioni deve dare in ordine alla veridicità dei dati aziendali su cui si poggia il piano ed alla sua prospettiva di effettiva fattibilità.

Ecco che allora il legislatore ha voluto ulteriormente circostanziare la figura dell'attestatore a soggetti particolarmente qualificati dal punto di vista professionale.

L'attestatore deve possedere i requisiti per la nomina a Curatore *ex* art. 28, lett. *a*) e *b*), l. fall., e quindi essere un professionista iscritto all'albo degli av-

File riservato ad esclusivo fine di studio

vocati o dei commercialisti, ed al tempo stesso deve essere anche iscritto nel registro dei revisori contabili; deve essere indipendente rispetto al soggetto che lo incarica; non deve aver svolto rapporti di lavoro negli ultimi 5 anni neppure per il tramite di associati; non deve aver partecipato ovviamente agli organi di amministrazione o di controllo.

Dal punto di vista operativo, nello svolgimento concreto della funzione di verifica, fatto salvo appunto l'imprescindibile possesso dei requisiti soggettivi in capo all'attestatore, in particolare l'indipendenza e l'autonomia rispetto all'imprenditore, ciò che si rende necessaria è un'attività di analisi molto approfondita, che non può dunque essere sommaria.

Essa richiede un sostanziale riferimento alle c.d. «*best practices*» previste dalla dottrina aziendale; esistono delle linee guide adottate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e su cui probabilmente dobbiamo cercare di essere, di adottarle come se fossero una sorta di «*tableau de bord*» da seguire in modo molto rigoroso e non soltanto in modo apparente.

A titolo esemplificativo e portando degli esempi operativi, è necessario effettuare la circolarizzazione ai fini del riscontro delle singole posizioni creditorie e debitorie, con il conseguente riscontro con le controparti; devono essere assunti i certificati dei carichi pendenti presso gli enti di riscossione e presso gli enti previdenziali; va effettuato l'accesso alla centrale rischi presso la Banca d'Italia; vanno consultati tutti i consulenti della società facendosi rilasciare dichiarazioni e relazioni scritte per evidenziare possibili passività, anche latenti, e possibili rischi; vanno verificati e accertati possibili rischi di natura ambientale – molto spesso nelle situazioni di crisi aziendale ci sono delle vere e proprie «bombe ecologiche» –, si pensi al caso della ristrutturazione del debito *ex* art. 182 *bis* l. fall. di una rilevante società immobiliare, dove, come poi è apparso nelle cronache nazionali, la questione dell'inquinamento dei terreni è sfociata in addebiti di carattere penale.

Occorre verificare se sia istituito l'O.d.v. o se vi siano fattispecie già in corso in relazione alle quali le società possano incorrere in responsabilità amministrativa *ex* d. lgs. n. 231/2001, perché da questa responsabilità potrebbero conseguire rilevanti passività sanzionatorie in capo alla società.

Cioè, in sostanza, l'attività che fa l'attestatore dev'essere molto approfondita e, a tal fine, è necessario che non sia concentrata in tempi eccessivamente ristretti.

Avrei dato come suggerimento ai redattori delle «*best practice*» una linea guida essenziale: l'obbligo di consegna del piano definitivo e non più modificabile all'attestatore almeno 15 giorni di tempo prima della scadenza, per consentirne l'esame e la verifica, senza la possibilità che, come talvolta accade, il piano venga predisposto definitivamente nell'imminenza della scadenza ed

File riservato ad esclusivo fine di studio

all'attestatore restino poi pochi giorni per concludere il proprio lavoro; cioè è importante, a mio avviso, che l'attestatore, da un certo momento in poi, lavori «a bocce ferme».

Volevo richiamare la decisione del G.I.P. di Torino del 12 aprile 2014, invero una delle poche pronunce in tema di responsabilità penale dell'attestatore, che ha, tra l'altro, disposto in via temporanea l'interdizione dai pubblici uffici dell'esperto attestatore del piano, iscritto all'Ordine dei Dottori Commercialisti.

Richiamo qualche passaggio: siamo in un'ipotesi di concordato preventivo con un'attestazione che si estende al rilascio di una fideiussione; in questo caso vi era un'ipotesi di acquisto di azienda nella quale era previsto il rilascio di una fideiussione a garanzia del pagamento del prezzo, che sarebbe stata depositata nei 20 giorni precedenti all'adunanza dei creditori.

Nella fattispecie il professionista avrebbe attestato la fattibilità del piano di concordato in termini di ragionevole certezza, in quanto appunto si diceva che la maggior parte dell'attivo proposto, pari a 14,5 milioni di euro, sarebbe stato garantito dalla consegna, entro il ventesimo giorno che precede l'adunanza dei creditori, di fideiussione bancaria a prima richiesta rilasciata dall'istituto di credito e, quindi, con tale consegna il realizzo dell'attivo non avrebbe potuto che risultare incontrovertibile.

In questo caso l'attestatore – dice poi il G.I.P. – avrebbe omesso di precisare che in realtà nessun serio impegno in relazione al rilascio della fideiussione sarebbe stato assunto dall'offerente, essendo il rilascio della fideiussione bancaria desunto solo da una mera dichiarazione di impegno sottoscritta, peraltro su carta non intestata, da una persona della quale non erano noti i poteri di rappresentanza, che dichiarava di agire quale legale rappresentante della società.

Altresì, in assenza di qualsiasi documentazione bancaria attestante la disponibilità a rilasciare la fideiussione, il professionista avrebbe omesso di effettuare una valutazione sulla consistenza e sulla solvibilità della società offerente; sostanzialmente, dice poi il G.I.P., appariva possibile osservare che l'indagato ha fornito un'attestazione di fattibilità basata, con riguardo alla proposta di acquisto, sul «nulla». Perché nulla di serio e concreto, in quanto fonte di impegno giuridicamente rilevante, sulla base dei documenti sui quali si era formato.

Questo provvedimento del G.I.P. ci impone una seria riflessione perché sgombra un po' il campo rispetto a quella facile conclusione che da taluni si sente affermare, secondo la quale l'eventuale responsabilità penale dell'attestatore riguarderebbe soltanto la prima parte dell'attestazione – cioè quella che attiene alla veridicità dei dati aziendali – e non anche ai giudizi prognostici; qui, invece, siamo di fronte ad una contestazione che riguarda proprio la prognosi di fattibilità del piano. La conclusione a cui possiamo arrivare è che la responsabilità del professionista può essere ravvisata non solo nell'omissione o nell'esposizione

File riservato ad esclusivo fine di studio

di fatti riguardanti la veridicità dei dati – che pure è fondamentale –, ma anche in ordine alla correttezza e alla razionalità dei parametri di previsione adottati dall'esperto, cioè su quello che è un concetto sostanzialmente di ragionevolezza. E quindi, laddove questi dati, questi parametri e questi giudizi prognostici siano assunti senza nessuna ragionevolezza, possiamo dire in modo arbitrario, che ci potrebbe essere materiale per ravvisare la responsabilità penale dell'attestatore.

Sul punto riporto anche l'estratto di una notizia pubblicata sulla stampa in cui si legge: «la Procura insiste sulla richiesta di custodia cautelare per alcuni indagati. Tre ore e mezza di battaglia in aula davanti al giudice del riesame, da un lato, il P.M. titolare dell'inchiesta vuole che i giudici modifichino in parte la decisione del G.I.P. e dispongano la custodia cautelare in carcere per quattro indagati e gli arresti domiciliari per gli altri professionisti indagati. […] Un'inchiesta che era approdata proprio in quelle ore con la notifica di sette misure interdittive nei confronti degli altrettanti professionisti che a vario titolo si erano occupati delle vicende, tra le accuse contestate agli indagati ci sono la bancarotta fraudolenta, le false attestazioni, la corruzione in atti giudiziari». In questo caso si sarebbe dimostrato, anche attraverso il ricorso alle intercettazioni, che erano stati assunti sostanzialmente degli attestatori che avrebbero rilasciato delle attestazioni di comodo – quindi delle attestazioni la cui falsità sarebbe stata preordinata a favorire l'accesso alla procedura di concordato – e da questo punto di vista vi è stata poi la richiesta di incriminazione e di interdizione, come misura cautelare, dai pubblici uffici.

Per quanto concerne, poi, la riforma recente mi soffermo in particolare sulla speciale e rafforzata attestazione che dev'essere rilasciata laddove con il d.l. n. 83/2015 convertito nella l. n. 132/2015 è previsto che la proposta di concordato debba assicurare il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei creditori chirografari; questa previsione è stabilita per il concordato di natura liquidatoria e non invece per il concordato in continuità.

Vi è chi ha già sottolineato come questa speciale formulazione e questa rigorosità adottate dal legislatore in ordine all'assicurazione che la proposta di concordato debba offrire ai creditori, non solo per il limite del 20%, sia vista come una vera e propria forma di garanzia che la proposta di concordato deve dare ai creditori e, da questo punto di vista, ciò vada ulteriormente a rafforzare anche la responsabilità in capo all'attestatore; infatti, spetta all'attestatore verificare che la proposta assicuri il pagamento di almeno il 20% ai creditori chirografari.

L'attestatore è una figura attuale, ma forse anche in via di estinzione. La relazione della commissione Rordorf, sulla riforma organica delle procedure concorsuali, pone in dubbio l'utilità di questa figura, soprattutto nei concordati preventivi; cioè si afferma che appare «dubbio se nel rinnovato quadro normativo che si intende disegnare conservi reale utilità la figura del professioni-

File riservato ad esclusivo fine di studio

sta indipendente, ma pure sempre designato dallo stesso debitore, chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario, quantomeno nell'ipotesi in cui la domanda di concordato sia lo sbocco di una precedente procedura stragiudiziale di composizione assistita della crisi, è ragionevole ipotizzare che la suddetta funzione attestatrice possa già essere stata adeguatamente assolta dal professionista designato a seguire tale procedura». Quindi, quantomeno laddove vi sia stata una precedente attestazione, suggerisce la relazione della commissione Rordorf, si pone in discussione l'utilità della funzione dell'attestazione; tale dubbio si ricollega alla possibile duplicazione dei costi che si verifica nelle procedure concorsuali. Infatti, soprattutto nei concordati preventivi di minor rilevanza, la figura dell'attestatore risulta sostanzialmente inutile quando il Commissario giudiziale nominato già nella fase prenotativa può già effettuare specifiche analisi in ordine alla veridicità piuttosto che alla fattibilità ed alla tenuta in genere del piano concordatario.

Per quanto concerne la figura del Commissario giudiziale il d.l. n. 83/2015 pone nuovi obblighi in capo ad esso: si tratta soprattutto di nuovi obblighi di comunicazione stabiliti in favore del P.M.

Prima della riforma del 2015 al P.M. doveva essere inviata esclusivamente la domanda di concordato *ex* art. 161, co. 1, l. fall., il che faceva sì che sul tavolo del Magistrato inquirente arrivassero informazioni tendenzialmente scarse; il P.M. difficilmente, dalla sola domanda di concordato, poteva assumere tutte quelle informazioni idonee a valutare se vi fossero o meno i presupposti per avviare un'azione penale.

Raramente, infatti, si assisteva all'applicazione di specifiche ipotesi di reato nell'ambito dei concordati preventivi.

Con la mini-riforma del 2015 viene ad essere rafforzato l'intervento del P.M. perché sul suo «tavolo» devono ora arrivare, per espressa previsione normativa, tutta una serie di ulteriori dati ed, in particolare, oltre alla domanda di concordato, deve essere consegnata al P.M. la copia degli allegati alla domanda – quindi la situazione patrimoniale, la relazione aggiornata, la relazione dell'attestatore, l'elenco dei creditori, ossia tutti i documenti che costituiscono il corpo completo della domanda stessa, nonché la relazione del Commissario giudiziale redatta ai sensi dell'art. 172 l. fall. Ancor prima, deve arrivare la domanda prenotativa di concordato, c.d. «in bianco», dopodiché sarebbe opportuno per il P.M. monitorare anche le relazioni informative periodiche di cui sono destinatari il Tribunale ed il Commissario giudiziale.

Infatti, dalle relazioni informative che vengono depositate da parte del debitore, possono desumersi elementi utili per capire se nella fattispecie specifica possano sussistere o meno fatti aventi rilevanza penale.

Si deve porre l'attenzione sulla circostanza che la domanda di concordato

File riservato ad esclusivo fine di studio

«in bianco» può sì sfociare in un concordato «pieno», ma può anche sfociare nel nulla.

Ci si domanda: quando ad una domanda «in bianco» non segua il deposito della proposta e del piano, quali sono le iniziative che il P.M. può assumere, compresa quella per la dichiarazione di fallimento.

Questo è un punto su cui andrebbero svolti approfondimenti, che non riusciamo però, per motivi di tempo, a svolgere in questa sede.

Con la mini-riforma del 2015, è altresì previsto, all'ultimo comma dell'art. 165 l. fall., che il Commissario giudiziale ha l'obbligo di comunicare alla Procura, senza ritardo, i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali egli venga a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni.

Il Commissario giudiziale, nominato nella fase del concordato in bianco, già in quella fase, laddove venga a conoscenza di fatti aventi rilevanza penale, è tenuto, in quanto Pubblico Ufficiale, a darne una segnalazione al P.M.

Peraltro, forse non serviva neppure una norma specifica per affermare detto obbligo, proprio perché il Commissario giudiziale è Pubblico Ufficiale e come tale è obbligato a comunicare la *notitia criminis* al Pubblico Ministero competente.

Inoltre, non credo che la relazione *ex* art. 172 l. fall. sia lo strumento più idoneo per essere deputato ad accogliere eventuali rilievi che il Commissario debba esprimere in ordine ai fatti aventi rilevanza penale. Ritengo, piuttosto, che le eventuali ipotesi di reato che possano essere ravvisate dal Commissario debbano formare oggetto di specifico esposto al P.M., anche in relazione ai doveri di riservatezza.

Anche l'invio, da parte della ricorrente, al Commissario delle scritture contabili su supporto informatico, nuova previsione prevista dal d.l. n. 83/2015, ha una sua logica in funzione degli accertamenti tempestivi che il Commissario giudiziale deve fare.

Insomma, al Commissario giudiziale, post d.l. n. 83/2015, il legislatore chiede una maggiore collaborazione rispetto alla Procura della Repubblica e una maggiore «sensibilità» oltre che tempestività nella segnalazione di ipotesi di reato.

Se ci domandiamo per quale motivo si sia voluto rafforzare questo specifico ruolo dell'organo giudiziario, una risposta la possiamo trovare nella circostanza che si sia voluto arginare l'abuso nel ricorso alla procedura di concordato preventivo, ove tale procedura non deve essere più vista come una sorta di via di fuga degli amministratori alla ricerca di un'immunità dalle responsabilità non solo civiliste, ma anche penali.

Sul punto, mi domando se tra le varie segnalazioni penali che debba fare il Commissario debba esservi anche quella, ravvisandone i presupposti, della

File riservato ad esclusivo fine di studio

falsa attestazione *ex* art. 136 *bis*, l. fall. e quindi se rientri tra i compiti del Commissario giudiziale contestare questa specifica previsione di reato, ricordando che l'omessa comunicazione potrebbe essere a sua volta fonte di responsabilità, anche penalmente rilevante, in capo allo stesso Commissario.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Quindici anni di responsabilità da reato degli enti

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Antonio Fiorella

I problemi fondamentali della responsabilità dell'ente da reato: un'introduzione[*]

1. Soprattutto oggi, a ormai quindici anni dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 231/2001, tra i problemi fondamentali che esso ha fatto emergere, occorre anzitutto chiedersi se, in qual misura e su quali presupposti la nuova disciplina della responsabilità degli enti da reato abbia imposto e imponga di *ridisegnare la cornice e il contenuto del diritto penale*. Ancor più impegnativo – ma è questa la prospettiva di maggior rilievo – è porsi lo stesso problema, ma guardando alla 'missione' più significativa del diritto penale contemporaneo, cioè all'integrazione dei sistemi *nell'ottica della globalizzazione*. Occorre cioè acquisire compiutamente il senso del problema in vista dell'importanza che la «pena-per-l'ente» riveste nella lotta alla criminalità internazionale e transnazionale nel mondo dell'economia; anzi, più in generale, per la *lotta globalizzata* alla criminalità.

2. In Italia il d. lgs. n. 231/2001 ha avuto il significato, da nessuno contestabile, di un *chiaro* rinnovamento *del sistema per l'indiscutibile «superamento» di una tradizione millenaria orientata secondo* il principio del *societas delinquere non potest*.

Ne è derivato un diritto penale più esteso.

Che si debba considerare diritto penale, almeno in senso ampio, il diritto che regola l'illecito dell'ente da reato, lo si evince ormai dalla stessa circostanza che la sanzione penale sia da intendersi in senso lato, almeno dal punto di vista delle garanzie, come ha stabilito la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Al di là delle formule positivizzate – tipo quella della «responsabilità amministrativa» impiegata dal d. lgs. n. 231/2001 – nessuno dovrebbe dubitare che le

[*] Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Quindici anni di responsabilità da reato degli enti» svoltosi a Padova il 4 marzo 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

sanzioni previste contro l'ente siano *sostanzialmente penali.*

Si tratta di un *tertium genus*?

Sembra preferibile parlare di diritto e di sanzioni *para-penali* proprio per segnalare in modo inequivoco che le garanzie sono fondamentalmente quelle penali, munite anche di rilievo costituzionale.

3. La natura sostanzialmente penale dell'illecito dell'ente da reato ha indotto il legislatore a render chiara la estensione del principio di stretta legalità, non ignorando il punto di vista della legge penale nel tempo e ogni garanzia formale caratteristica del diritto penale.

Nondimeno, dal punto di vista delle *garanzie sostanziali,* tale natura ha condotto a un sistema che non ignora il *controllo sulla effettiva meritevolezza della pena* dei fatti riferibili all'ente, tenendo conto:

– dell'*offensività* e *materialità* dell'illecito, qualità dell'illecito anzitutto espresse dal reato commesso dalla persona fisica (che figura al contempo quale *evento* dell'illecito dell'ente);

– nonché della *dominabilità* e *riprovevolezza* del comportamento tipico, da intendersi nel caso specifico quale condotta *collettiva degli esponenti dell'ente*; categorie contenutistiche e tecniche che, se correttamente intese, consentono di ricostruire i criteri di *ascrivibilità dell'illecito al soggetto «pluripersonale».*

4. Viene, al proposito dei criteri di imputazione, anzitutto in rilievo quella che possiamo chiamare «*inerenza* dell'illecito all'ente», per la quale occorre accertare la *condotta nell'interesse* dello stesso e la *particolare posizione significativa* degli autori del reato.

Si tratta cioè di tracciare il perimetro del «rilevante», ai fini della circoscrizione dell'ambito di responsabilità dell'ente, definendo al contempo i primi presupposti della ascrivibilità dell'illecito all'ente medesimo. In altri termini, se mancassero simili premesse, non avrebbe affatto senso immaginare una responsabilità dell'ente.

5. Il problema si fa molto più impegnativo quando si superi il limite segnato da quella che, dunque, abbiamo chiamato la «inerenza» del fatto all'ente.

In cosa consiste davvero l'illecito dell'ente: *cosa gli va contestato?*

In qual misura l'ente è riprovevole?

Alla base occorre una *connessione «causale» e «psicologica»* tra fatto di *reato* e *lacuna* organizzativa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Ma è proprio qui che si pone il grande dibattito con *un orizzonte globalizzato*!

Occorre la massima consapevolezza per cogliere e condividere il principio secondo il quale l'ente può considerarsi responsabile per il reato commesso nel proprio interesse solo se:

– *potesse dominare il fatto*;
– e *ne fosse rimproverabile*.

6. È questo il senso del sistema dei c.d. modelli organizzativi.

L'ordinamento chiede all'ente: cosa hai fatto per evitare l'illecito?

L'ente per uscirne indenne ha interesse a provare di *essersi organizzato al meglio* per *prevedere* il rischio di illecito; per *reagire* al rischio medesimo.

Ma, al contempo, anzi primo onere è quello del pubblico ministero che ha interesse a provare che l'organizzazione è lacunosa; *superando la convinzione di un'inversione dell'onere della prova che ormai anche la giurisprudenza più sensibile tende senz'altro ad emarginare. Questo nella pratica è senz'altro il problema fondamentale!* Chiarire da *cosa*, da quale *precisa accusa l'ente debba realmente difendersi!*

7. Ora, per chi sia consapevole che questa è l'unica via da seguire per rispettare i principi che governano la responsabilità personale, risulta parimenti chiaro che è su questo terreno che va studiato il percorso che dovrà condurre al ravvicinamento e alla armonizzazione, se non alla unificazione, delle legislazioni in materia nel mondo. Percorso che – nessuno dovrebbe dubitarne – è di essenziale rilievo per la lotta globalizzata alla criminalità.

Perché il sistema della responsabilità dell'ente da reato si affermi pienamente, perché l'opera di sensibilizzazione verso una autoregolamentazione virtuosa maturi efficacemente, occorre avere le idee chiare e applicarle coerentemente: *occorre che si riconoscano i diritti dell'ente. Tra questi il diritto di difendersi provando di aver fatto tutto quanto possibile per prevenire il reato, lo specifico reato* che venga contestato al suo esponente.

Soprattutto nel mondo globalizzato dell'economia il principio significa che nei diversi paesi il legislatore dovrebbe usare la necessaria severità, dovrebbe orientare l'azione delle imprese verso la maggiore attenzione possibile all'organizzazione preventiva. *Riconoscendo, però, al contempo alle stesse imprese gli sforzi fatti, favorendo la loro capacità di far valere sul piano pratico, sotto i diversi profili, ma eminentemente sul piano dell'accertamento penale, le ragioni che dimostrino la propria innocenza pur nel caso in cui il reato sia stato commesso, ma sen-*

File riservato ad esclusivo fine di studio

za che la volontà dell'ente nel suo complesso potesse dirsi in sintonia con l'illecito. In breve: occorre riconoscere con la massima chiarezza il principio di colpevolezza nell'illecito dell'ente da reato, dando compiuto risalto alla possibile divaricazione della volontà dell'ente da quella di chi (persona fisica) il reato abbia commesso.

8. Nei paesi anglosassoni la responsabilità dell'ente si è sviluppata a muovere dall'adozione di schemi civilistici di ascrizione, spesso di natura oggettiva.

Ma lì è al contempo emerso che il problema non può risolversi in termini di responsabilità oggettiva almeno tutte le volte in cui la legge costruisca il reato specifico, evento dell'illecito dell'ente, considerandone elemento essenziale la *mens rea*.

In quest'ultimo caso occorre stabilire cosa realmente renda identificabile l'autore del reato con l'ente. Sì da poter «trasferire» l'elemento psicologico della persona fisica all'ente collettivo. Ecco la necessità di radicarne la colpa nella riprovevolezza del comportamento ad esso direttamente ascrivibile *che altro non può essere se non il comportamento «collettivo», cioè dell'insieme degli esponenti dell'ente, per come si è organizzato per prevenire il reato.*

Per evitare pericolose astrazioni è necessario allora convenire sulla necessità di rapportare l'accertamento penale *all'aggregazione degli atteggiamenti delle particolari persone fisiche* che hanno gestito e controllato l'azione dell'ente per stabilire se nella loro «interazione» abbiano correttamente dato una risposta al precetto legislativo, o, al contrario, avendo disatteso le dovute cautele, possano dirsi in colpa.

9. È qui che l'attenzione dell'interprete e dell'operatore deve soffermarsi per cogliere tutta la portata di un problema di fondo che la pratica costantemente propone.

Soprattutto nei primi tempi dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 231/2001, ma spesso, molto spesso, anzi troppo spesso ancora oggi dopo quindici anni, la conoscenza del nuovo sistema si dimostra nella sua prassi applicativa del tutto epidermica. Il meccanismo dei modelli organizzativi viene concepito come un semplice «brogliaccio delle buone intenzioni»; lo stesso giudice tende a valutarli come se la legge rimettesse all'ente l'onere di un «bel compitino», da svolgere a casa, senza un vero e preciso collegamento con il fatto da giudicare, andando a spulciare profili del tutto irrilevanti per il caso concreto. Per lo più ignorando che la legge vuole considerare non la semplice forma di un «progetto d'azione» puramente generico, ma l'effettivo comportamento operativo dell'ente, con compiuta analisi delle procedure preventive predisposte, comunque denomina-

File riservato ad esclusivo fine di studio

te e ovunque classificate, promuovendo una verifica *che chiarisca se il complessivo telaio delle cautele adottate fosse sufficiente a prevenire il reato specificamente contestato.*

In breve: è dalla riprovevolezza del comportamento complessivo degli esponenti dell'ente, visto nel suo interagire, e in quanto specificamente rapportato al singolo fatto contestato, che occorre muovere per ascrivere la responsabilità all'ente.

Il che significa che occorre far attenzione al senso dell'accertamento. Il problema è il seguente: *quel che si giudica, il presupposto del giudizio sta proprio e soltanto nel rapporto che corre* tra il fatto contestato e il telaio delle cautele predisposte dall'ente o invece la valutazione slitta verso considerazioni inerenti *all'atteggiamento complessivo dell'ente nel tempo*?

Il quesito è centrale e di grande attualità.

In Germania il concetto di «colpa d'organizzazione» [*Organisationsverschulden* (coniato da Tiedemann)] viene spesso concepito in termini che rimandano decisamente alla sua generica *pericolosità criminale* o comunque al *modo d'essere dell'ente*! Occorre far attenzione, perché, sorprendentemente, potrebbero risorgere per l'ente visioni dell'illecito che almeno per la persona fisica sembrano definitivamente seppellite: quella di un *diritto (para-) penale dell'autore*, confezionato per il corpo dell'ente. Potrebbe formarsi l'idea di fondo che per l'ente non valgano i medesimi principi che operano per la persona fisica.

Il problema può avere una diversa caratura e differenti articolazioni di sviluppo in Germania e in Italia, per la diversità dei due sistemi dell'illecito dell'ente. Ma, rimanendo almeno al sistema italiano, sembra che pure per l'ente occorra evitare di costruire visioni che indulgano a ragionare in termini di pena-per-la-pericolosità-dell'autore, che rischierebbero di condurre a una ascrizione della responsabilità svincolata dall'accertamento dello specifico illecito omesso.

10. Questo tema ci avvia alla *valutazione della funzione della pena prevista per l'ente*, per chiarire le estensioni del quesito che abbiamo appena considerato e che, se ben compreso e risolto, consente di cogliere lo scheletro portante dell'intera struttura dell'illecito da reato.

La funzione della pena prevista per l'ente dal nostro sistema è sicuramente preventiva.

Con i limiti fissati all'idea della prevenzione e che derivano dalla valutazione della gravità del fatto e della colpevolezza dell'ente. In questo senso non scompaiono i profili retributivi. Ma rimangono essenzialmente per garantire la proporzione della conseguenza giuridica rispetto all'illecito commesso, con

File riservato ad esclusivo fine di studio

un'ampia gamma di disposizioni che perfezionano un sistema di aggravanti e attenuanti con forte similarità rispetto a quello concepito dal nostro codice penale per la persona fisica.

Disposizioni centrali illustrano anche il notevole rilievo che il d. lgs. n. 231/2001 riconosce al comportamento «riparatorio» dell'ente.

11. Riprendendo allora il filo dell'analisi che precede, ci si potrebbe chiedere se il meccanismo sanzionatorio concepito dal decreto per l'ente sia un sintomo o addirittura una prova della considerazione che ha l'ordinamento italiano per la pericolosità criminale dell'ente, che sarebbe smentita da un suo atteggiamento di resipiscenza che conduca al successivo intervento riparatore.

È qui che dovrebbe esser riproposto il punto fermo! Perché sembra di dover confermare la convinzione che quel che viene in rilievo non sia propriamente la pericolosità *dell'autore-ente e dunque del soggetto responsabile in quanto tale;* di conseguenza deve esser considerato come la sanzione non venga propriamente inflitta e misurata in ragione di una valutazione generale della capacità criminale dell'ente.

Tra gli elementi di attenuazione della responsabilità risulta per legge fondamentale il miglioramento dell'organizzazione preventiva dell'ente. Ma esso viene in considerazione sotto il profilo non propriamente della pericolosità in sé dell'ente medesimo, quale autore dell'illecito, *ma nell'ottica dell'incentivo a prevenire l'illecito che meglio si collega semplicemente alla visione politico-penale del ripristino del corretto comportamento.*

Quel che conta è, in altri termini, il «ritorno alla legalità».

Tanto che il sistema prevede l'esclusione della misura interdittiva quando l'ente si sia riorganizzato correttamente, consentendo di far valere la circostanza persino in fase esecutiva (art. 78, d. lgs. n. 231/2001).

Conclusivamente, sotto i profili esaminati, e facendo tesoro dell'esperienza acquisita nei quindici anni dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 231/2001 (rimanendo, tra l'altro, i problemi fondamentali, cui si è fatto cenno), può dirsi che il nostro sistema, mentre *guarda al fatto singolo per l'ascrizione della eventuale responsabilità*, sul piano sanzionatorio sviluppa ampiamente la proiezione verso una gestione dell'intervento punitivo che valga a prevenire nuovi illeciti incentivando nella misura più forte possibile il comportamento concretamente virtuoso dell'ente con riduzioni di pena molto significative.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Eugenio Fusco

Ridimensionare per rivitalizzare[*]

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'impatto dell'azione della magistratura sull'attività imprenditoriale. – 3. L'impulso dell'azione della magistratura alla diffusione della 231. – 4. Crisi della responsabilità amministrativa degli enti. – 5. Conseguenze della «disaffezione» delle imprese al sistema 231. – 6. La perdurante «disapplicazione» della 231. – 7. Possibili itinerari di riforma. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

L'introduzione della responsabilità da reato degli enti è stata avvertita come un'autentica rivoluzione copernicana ma anche come il tradimento del postulato *societas delinquere non potest*; e se in molti hanno salutato con favore l'introduzione del d. lgs. 231/2001, altri – per esempio il professor Riondato, qui presente – ancora sono perplessi sulla necessità di superare tale postulato.

In ogni caso, il dato di fatto è che la persona giuridica è oggi un ulteriore soggetto nel procedimento penale. Ciò ha richiesto e richiede, al giudice e al pubblico ministero, lo sviluppo di nuove competenze: il riferimento è anzitutto al giudizio di adeguatezza dei modelli organizzativi, così come imposto dagli artt. 6 e 7 d. lgs. 231/2001. Al contempo, è oggi richiesta una sensibilità alle dinamiche aziendali che tradizionalmente non apparteneva al bagaglio culturale del magistrato: basti pensare alla necessaria valutazione degli effetti sulla continuità aziendale provocati dalle misure interdittive e reali previste dal d. lgs. 231/2001.

[*] Trascrizione rivista, corredata delle note essenziali, della relazione tenuta al Convegno «Quindici anni di responsabilità da reato degli enti» svoltosi a Padova il 4 marzo 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

2. L'impatto dell'azione della magistratura sull'attività imprenditoriale

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, si è sostenuto che l'impatto dell'azione giudiziaria sull'attività imprenditoriale dovrebbe essere minimizzato. Il tema è diventato di grande attualità. Occorre tuttavia intendersi, posto che, nell'applicazione di misure interdittive e reali, l'autorità giudiziaria è sempre chiamata a prendere in considerazione interessi in conflitto.

Sul punto, peraltro, la stessa giurisprudenza di legittimità ha elaborato linee guida chiare, nell'ottica di un'adeguata considerazione della specifica attività svolta dall'ente. Così, il giudice, nel disporre la misura cautelare interdittiva o nel nominare il commissario giudiziale, deve limitare, ove possibile, l'efficacia del provvedimento alla specifica attività cui l'illecito si riferisce[1]. Quanto alla nomina del commissario giudiziale in luogo dell'applicazione di una misura cautelare interdittiva, si è sancito il dovere del giudice di indicarne specificamente i compiti e i poteri, che devono essere definiti tenendo conto della specifica attività svolta dall'ente[2].

Questa la cornice in cui deve muoversi il magistrato: soltanto la legge potrebbe individuare eventuali zone franche nell'attività d'impresa, ferma la possibilità di eventuale scrutinio ad opera della Corte costituzionale su tali eccezioni alla regola.

3. L'impulso dell'azione della magistratura alla diffusione della 231

L'avvio della fase applicativa del d. lgs. 231/2001 si è rivelato piuttosto macchinoso. Quando, tuttavia, a partire dal 2004-2005, sono stati adottati i primi significativi provvedimenti in sede cautelare, si è subito compreso che il sistema della responsabilità amministrativa degli enti contemplava misure e sanzioni assolutamente nuove e di straordinario effetto.

La vasta eco ricevuta da alcune vicende giudiziarie (come il caso SIEMENS) ha, in qualche modo, contribuito a convincere le imprese ad investire nei modelli organizzativi. Prima ancora delle sanzioni e delle misure cautelari, a preoccupare, almeno certe imprese, è stato il timore del danno reputazionale derivante dalla condanna e dalla stessa pendenza del procedimento. Il profilo era particolarmente evidente per le società quotate: si pensi, in particolare, al potenziale effetto sul corso del titolo di notizie riguardanti il procedimento.

[1] Cass. pen., sez. VI, sent. 25 gennaio 2010, n. 20560, *CED della Suprema Corte di Cassazione*, rv. 247043.
[2] Cass. pen., sez. VI, sent. 28 settembre 2011, n. 43108, *CED della Suprema Corte di Cassazione*, rv. 250846.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nella prassi si è altresì registrata una sostanziale coincidenza tra procedimento ed indagine preliminare nei confronti dell'ente; nel senso che se sussistono i presupposti per l'archiviazione, il pubblico ministero vi provvede autonomamente *ex* art. 58 d. lgs. 231/2001; in caso contrario, il procedimento si conclude di norma con un patteggiamento, posto che spesso è interesse dell'ente chiudere rapidamente la pendenza. Nella mia esperienza personale, credo di essere andato a dibattimento nel 10-15% dei casi: in particolare, se penso al processo Enipower, quasi tutte le persone giuridiche hanno patteggiato.

Peraltro, l'assoluta predominanza di tale rito dovrebbe essere salutata come del tutto fisiologica, stante il *favor* per i procedimenti speciali che ispira (anche) il sistema processuale 231. Il rovescio della medaglia è che, in considerazione dell'esiguo numero di pronunce all'esito del dibattimento, l'elaborazione giurisprudenziale, sul d. lgs. n. 231/2001, ha interessato pressoché esclusivamente le misure cautelari interdittive e reali.

4. Crisi della responsabilità amministrativa degli enti

Il sistema della responsabilità amministrativa dell'ente sembra tuttavia vivere oggi un periodo di grande crisi.

Una prima causa è individuabile nella continua e confusa proliferazione dei reati presupposto. Il fenomeno rende infatti necessario un continuo rimaneggiamento dei modelli organizzativi: ne consegue una crescente disaffezione da parte delle imprese verso il sistema di prevenzione dettato dal d. lgs. n. 231/2001, avvertito come troppo costoso anche dalle imprese realmente interessate.

Al contempo, l'incremento dei reati presupposto è foriero di difficoltà per gli uffici di procura, compresi quelli più attrezzati nella gestione dei processi agli enti.

Ma anche la crisi economica – anzi soprattutto la crisi economica – concorre a mettere a rischio l'applicazione del d. lgs. n. 231/2001[3].

In questi ultimi anni, abbiamo assistito ad una vera e propria legislazione della crisi, in cui si inserisce a pieno titolo la l. n. 183/2011, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, ma denominata – ed il nome è evocativo dei tempi – Legge di Stabilità 2012.

L'art. 14 della l. n. 183/2011, così come modificato dal d.l. n. 212/2011, intervenendo nell'ottica di contenere gli oneri della *compliance* per le imprese, ha aggiunto, all'art. 6, co. 4 *bis*, d. lgs. n. 231/2001: «*Nelle società di capitale, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1 lett. b)*».

[3] S.M. Bortone, *La 231 ai tempi della crisi*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2013, n. 1, p. 207.

File riservato ad esclusivo fine di studio

La scelta di concentrare le funzioni dell'organismo di vigilanza nel collegio sindacale si colloca chiaramente nel segno della *spending review*.

Anche la Banca d'Italia ha espressamente manifestato il proprio favore per l'opzione suggerita dal Legislatore: *«L'organo con funzioni di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza – eventualmente istituito ai sensi del Dlgs n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti – che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini del medesimo decreto legislativo. Le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito dandone adeguata motivazione»*[4].

In ogni caso, la riduzione dei costi – anche laddove effettivamente conseguibile – non sembra in grado di compensare le sicure e gravi criticità generate, sul piano giuridico, dalla concentrazione nel collegio sindacale dei compiti indicati all'art. 6, co. 1, lett. *b*), d. lgs. n. 231/2001.

A tacer d'altro, appare infatti quanto mai rischioso ampliare la sfera d'azione del collegio sindacale, stante la riconosciuta posizione di garanzia che grava sui suoi membri in relazione al mancato impedimento di determinate figure di reato.

Tutto questo concorre ad una minore attenzione delle imprese verso l'osservanza del sistema preventivo dettato dal d. lgs. n. 231/2001.

5. Conseguenze della «disaffezione» delle imprese al sistema 231

Si è di frequente discusso dell'effetto pedagogico che l'introduzione della responsabilità amministrativa degli enti ha esercitato sulla *compliance*, con un netto miglioramento della *governance* di molte società, specie se ad elevata capitalizzazione: i modelli organizzativi presuppongono, infatti, una corretta e trasparente pianificazione delle funzioni aziendali. Tuttavia, se le imprese cessano di predisporre ed aggiornare i modelli, il rischio è la perdita di autonomia dell'ente come soggetto del procedimento penale.

Infatti, l'ente sprovvisto di modelli organizzativi, o che abbia mancato di adeguarli, potrà evitare la condanna solo in caso di assoluzione dell'imputato. Perciò, non sarà minimamente interessato ad un'analisi critica del fatto-reato e del contesto nel quale è maturato, e meno che mai a porre in essere qualsivoglia forma di ravvedimento operoso, che pure consente, nel sistema del d. lgs. n. 231/2001, di ottenere significative premialità[5]. Persona giuridica ed imputato

[4] Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operative, 4 settembre 2012, disponibile in *www.bancaditalia.it*.

[5] Allargando l'orizzonte, anche nelle più recenti applicazioni dell'FCPA statunitense il ravvedimento della *corporation* può comportare il non esercizio dell'azione penale nei confronti dell'ente

File riservato ad esclusivo fine di studio

finiranno così per essere i «gemelli siamesi» del procedimento penale: la loro comune difesa sarà parametrata esclusivamente sul reato presupposto, con tutte le conseguenze del caso.

La sovrapposizione tra difese sarà poi ancora più marcata in caso di reato commesso da soggetto apicale: il che costituisce la normalità dei casi, non essendo frequenti nelle aule di tribunale le ipotesi di responsabilità *ex* art. 7 d. lgs. n. 231/2001.

6. La perdurante «disapplicazione» della 231

È corretto osservare che le misure cautelari sia interdittive che reali sono scarsamente applicate in questi ultimi tempi. Mi verrebbe da dire che questa potrebbe essere la dimostrazione – forse la più evidente – di un certo «disarmo dell'arsenale» del d. lgs. n. 231/2001; un disarmo legato ai fattori che sono stati sopra evidenziati, primo fra tutti la crisi economica.

La disapplicazione del sistema 231 emerge anche dai dati del bilancio sociale della Procura della Repubblica di Milano, forse quella più all'avanguardia in questa materia.

In ogni caso, a livello nazionale, il numero di procedimenti nei confronti degli enti iscritti nel registro delle notizie di reato è ancora estremamente esiguo. Ciò può essere dovuto anche a difficoltà logistiche: al sovraccarico di lavoro delle segreterie, deve infatti aggiungersi che fino a poco tempo fa il REGE non era neppure in grado di inglobare questi dati mentre il nuovo SICIP è in una fase di rodaggio. Tuttavia non si può nascondere l'invalsa tendenza a risolvere il problema alla radice, degradando l'iscrizione a carico dell'ente ad adempimento meramente facoltativo.

7. Possibili itinerari di riforma

A fronte di questo quadro, mi sembra che la rivitalizzazione della responsabilità amministrativa dell'ente debba necessariamente passare da un suo ridimensionamento.

In primo luogo, occorrerebbe ridurre l'elenco dei reati presupposto. La scelta iniziale del legislatore era stata tacciata da molti – me compreso – di eccessivo minimalismo: oggi, però, si è passati all'eccesso opposto.

Nel suo assetto originario, infatti, il d. lgs. 231/2001 era stato percepito con favore dalle imprese, che ne avevano riconosciuto la precipua finalità di tutela della concorrenza. Oggi, con il proliferare dei reati presupposto, questa finalità originaria non appare più riconoscibile.

o l'attuazione di una sorta di *probation.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

In secondo luogo, si potrebbe pensare ad una delimitazione dell'ambito soggettivo del d. lgs. n. 231/2001. Mi sembra, infatti, che la responsabilità amministrativa dell'ente funzioni – ed è stata secondo me un successo – per le società dotate di una *governance* strutturata, in cui il difensore dell'ente dovrebbe essere nominato dal consiglio di sorveglianza o dal c.d.a. nel suo complesso. Non funziona, invece, per società dalla struttura organizzativa semplice, in cui il difensore dell'ente finisce per difendere l'imputato insieme alla persona giuridica.

La situazione può essere illustrata con un esempio tratto dalla mia esperienza personale. Mi è capitato un procedimento per corruzione, coinvolgente una S.r.l. che generava provviste per pagare le tangenti attraverso frodi fiscali. L'imprenditore, imputato del reato presupposto, si era risolto a patteggiare, senonché si poneva la questione della responsabilità amministrativa dell'ente. Una volta esclusa l'applicazione della sanzione interdittiva attraverso l'art. 17 d. lgs. n. 231/2001, e dopo che l'ente aveva adottato il modello organizzativo in precedenza mancante, il difensore dell'imputato mi aveva chiesto se poteva difendere l'ente nel procedimento. A seguito della mia risposta negativa, il difensore dell'ente è stato scelto comunque dal difensore dell'imputato tra la cerchia dei suoi collaboratori: così non dovrebbe essere.

Occorrerebbe inoltre eliminare il doppio binario sanzionatorio: penso ad esempio alla disciplina sul *market abuse*, in corso di riforma. Nessuno può essere soddisfatto di una duplicazione di sanzione: ci troviamo in una situazione in cui anche la disciplina del d. lgs. n. 231/2001 è doppiata, cosa su cui si dovrebbe intervenire.

Un'altra riforma necessaria è l'eliminazione della zona franca delineata dall'art. 97 *bis* T.U.B. La disposizione in esame esautora di fatto l'autorità giudiziaria da quasi tutti i suoi poteri in materia di d. lgs. n. 231/2001 con riguardo alle banche. Queste ultime, tuttavia, sarebbero adatte ad essere giudicate con il sistema del d. lgs. n. 231/2001 in quanto soggetti estremamente strutturati sul piano della *compliance*.

Occorrerebbe poi affrontare il tema della responsabilità amministrativa degli enti secondo un orizzonte più ampio rispetto ai confini nazionali. In particolare, nel rivedere il sistema sanzionatorio *ex* d. lgs. n. 231/2001, potrebbe trarsi spunto dalle previsioni della direttiva 2014/57/UE in materia di *market abuse.* Quest'ultima individua, quali sanzioni interdittive:

a) l'esclusione dal godimento di contributi o sovvenzioni pubblici [corrispondente alla sanzione prevista dall'art. 9, co. 2, lett. *d*), d. lgs. n. 231/2001];

b) l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di attività d'impresa [riconducibile alla sanzione prevista dall'art. 9, co. 2, lett. *a*), d. lgs. n. 231/2001];

File riservato ad esclusivo fine di studio

c) l'assoggettamento a controllo giudiziario (che rinvia, in parte, all'ipotesi del commissariamento giudiziale previsto dall'art. 15, d. lgs. n. 231/2001);

d) l'adozione di provvedimenti giudiziari di liquidazione;

e) la chiusura temporanea o permanente dei locali usati per commettere il reato. Quest'ultima sanzione, utilissima, non è contemplata dal d. lgs. n. 231/2001, cosicché nell'esperienza giudiziaria si è costretti a ricorrere a sanzioni diverse per conseguire il medesimo effetto.

Messi in atto questi aggiustamenti, così delimitando l'ambito applicativo della responsabilità amministrativa degli enti, ritengo che l'iscrizione a registro (SICIP) dovrebbe essere, sempre, contestuale all'iscrizione per il reato presupposto.

L'archiviazione dovrebbe essere, inoltre, disposta dal Giudice per le indagini preliminari, quantomeno nel caso in cui la richiesta sia motivata in base all'insussistenza del reato a carico della persona fisica; meglio sarebbe, peraltro, che il Giudice per le indagini preliminari si occupasse dell'archiviazione anche nelle ipotesi di assenza dell'interesse o vantaggio in capo all'ente, ovvero di adeguatezza del modello ai sensi dell'art. 6, d. lgs. n. 231/2001.

Sul tema della confisca non intendo invadere il campo di altri relatori.

8. Conclusioni

Credo che siamo giunti davvero ad un capolinea. Se a fronte anche dell'alluvionale previsione di reati presupposto, poche sono le iscrizioni a registro ed ancora meno i processi arrivati a sentenza, c'è qualcosa che non va.

Non resta che sperare nella volontà del legislatore di porre mano a un sistema che a quindici anni dalla sua introduzione è oggi davvero in un momento di grave crisi.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Luca Pistorelli

Quindici anni di responsabilità da reato degli enti[*]

Preliminarmente vorrei soffermarmi su alcune delle questioni sollevate dai relatori che mi hanno preceduto. In particolare volevo sottolineare, anche nella prospettiva *de iure condendo*, l'affermazione del collega Fusco per cui la prassi applicativa avrebbe dimostrato l'efficacia del d. lgs. n. 231/2001 soprattutto nei confronti delle società di rilevanti dimensioni.

Mi sembra infatti condivisibile che l'introduzione della responsabilità degli enti abbia innescato con riguardo a questi soggetti un'implementazione della *compliance* e più in generale un approccio culturale alla trasparenza. Certo rimane molto da fare sotto questo aspetto, però la situazione è decisamente migliorata rispetto a com'era prima dell'entrata in vigore del decreto. Condivido altresì che il sistema punitivo degli enti riveli non tanto difficoltà applicative, quanto, piuttosto, la sua stessa inutilità laddove rivolto alle realtà d'impresa di modeste dimensioni.

È infatti arrivato il momento di chiedersi, ad esempio, se abbia ancora senso mantenere nell'ambito soggettivo di applicazione della 231 enti diversi da quelli strutturati in forma societaria, ma anche le stesse società di persone o quelle a responsabilità limitata in cui la titolarità del capitale e l'amministrazione sono concentrate nelle stesse mani.

Il problema semmai è quello di calibrare la definizione normativa della soglia di selezione dei soggetti utilmente candidabili a divenire destinatari del sistema punitivo di cui si tratta. Ad esempio, qualora volesse mutuarsi i meccanismi di selezione previsti dalla legge fallimentare – che pure si sono rivelati credibili – bisognerebbe interrogarsi sui pericoli di artificiose sottostrutturazioni funzionali ad evitare l'assoggettamento alle disposizioni del d. lgs. n. 231/2001 pur in presenza di una realtà imprenditoriale che invece richiederebbe l'attrazione nell'orbita dello stesso.

[*] Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Quindici anni di responsabilità da reato degli enti» svoltosi a Padova il 4 marzo 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Con vivissimo stupore ho sentito invece reclamare negli interventi precedenti un ridimensionamento oggettivo del parco del catalogo dei reati-presupposto ed addirittura attribuire alla progressiva espansione di tale catalogo la responsabilità per il rischio del fallimento o del declino del sistema di punizione degli enti. Mi sembra chiaro che se effettivamente un tale rischio sussiste, la principale responsabilità ricade sulla non uniforme e consapevole gestione dei poteri d'azione da parte dei soggetti che ne sono titolari e cioè i Procuratori della Repubblica.

In tal senso è fin troppo agevole ricordare, ad esempio, come qualunque infortunio sul lavoro cui conseguano lesioni gravissime al lavoratore o la sua morte è automaticamente, se realizzato in un ambiente che non sia una ditta individuale, un fatto idoneo a giustificare un approfondimento investigativo ai fini dell'accertamento dei presupposti della responsabilità dell'ente datore di lavoro e, quindi, l'apertura di un procedimento ai sensi del d. lgs. n. 231/2001. Certo non spetta al Procuratore della Repubblica una sorta di discrezionalità in proposito, men che meno se ispirata a valutazioni sull'opportunità di agire nei confronti dell'ente in ragione delle ricadute economiche sul territorio, preoccupazione questa di cui può farsi carico esclusivamente il legislatore.

Mi sia concessa una ulteriore osservazione su un profilo attinto dal Prof. De Vero. Convengo sul fatto che l'indicazione dei modelli organizzativi in maniera così evanescente da parte del legislatore ponga rilevanti problemi applicativi, *in primis* proprio agli enti che vorrebbero rispettare il dettato legislativo ed evitare di essere puniti. I destinatari delle norme, infatti, non ricevono dalle stesse un'indicazione precisa ed effettiva su quale sia il contenuto del modello che potrà essere ritenuto valido in sede giudiziaria ai fini dell'esclusione della responsbailità. E non è un mistero che l'imprevedibilità della decisione giudiziaria sia per l'operatore economico in assoluto un comprensibile fattore negativo, soprattutto per quello che deve scegliere se investire o meno nel nostro paese.

Detto questo, bisogna rendersi anche conto però che chiedere al legislatore di codificare nel dettaglio i modelli organizzativi è chiedergli uno sforzo più inutile che impossibile. Per l'appunto, fino a che la platea dei destinatari della normativa rimane così ampia è arduo anche solo immaginare di poter ridurre a stilema normativo modelli organizzativi che allo stesso momento siano in grado di rivolgersi contemporaneamente, ad esempio, alla società di persone che svolge attività artigianale ed alla grande multinazionale farmaceutica. Per soddisfare le multiformi esigenze sarebbe insomma necessario redigere una appendice al decreto smisurata ed immaginare per di più continui aggiornamenti dei singoli modelli in ragione delle evenienze restituite dalla realtà applicativa.

Il progetto di normativizzare in maniera sostanziale il modello diventa maggiormente praticabile qualora, come accennato, si renda più omogenea la platea

File riservato ad esclusivo fine di studio

dei destinatari del decreto. Ma anche in questo caso ciò che può immaginarsi è un coacervo di linee guida calibrate sull'esperienza maturata in grado di ispirare i redattori del modello concreto, fornendo soprattutto dei parametri in grado di circoscrivere la discrezionalità del giudice nella valutazione della sua idoneità, come ad esempio quelli codificati nell'art. 133 c.p. in funzione della decisione relativa alla commisurazione della pena.

Tutto ciò premesso mi concentro ora sul tema che più specificamente mi è stato assegnato e cioè la confisca, il vero *core business* della responsabilità degli enti. Il legislatore ha costruito un sistema sanzionatorio a «triplice binario» che rivela un approccio che potremmo certamente definire «moderno» rispetto al profilo dei valori in gioco.

Il sistema della responsabilità degli enti non mira, infatti, a distruggere porzioni di quello economico, ma a rendere quest'ultimo più trasparente. In tale ottica le sanzioni interdittive sono state previste come effettiva *extrema ratio* di intervento punitivo, tanto che il decreto è costellato di occasioni offerte all'ente per evitare l'irrogazione delle medesime, anche in quei pochi casi tipizzati come presupposto per la loro applicazione.

Nella sua ispirazione, quindi, la sanzione interdittiva deve soprattutto essere minacciata al fine di promuovere quei comportamenti virtuosi che ne impediscano la concreta irrogazione, consentendo così di raggiungere un risultato più utile per l'intera collettività.

Il secondo strumento punitivo individuato dal legislatore è la sanzione pecuniaria. Nel configurarla il legislatore si è dovuto confrontare con il problema della sua commisurazione edittale. I termini del dilemma erano quelli di prevedere o meno sanzioni elevate, magari proporzionate alla consistenza economica dell'ente, e dell'ampiezza delle forbici edittali, ancora una volta in ragione dell'eterogeneità della platea dei destinatari.

L'essere approdati tra gli ultimi alla configurazione della responsabilità da reato delle persone giuridiche è stato in questo senso un vantaggio, che ci ha consentito di avvalerci dell'esperienza degli altri legislatori, che pure hanno dovuto misurarsi con tali questioni. L'esperienza britannica ci ha insegnato in particolare come prevedere sanzioni pecuniarie elevate comporti soprattutto in questa materia due grandissimi rischi: indurre l'ente a commettere la violazione più grave, che di solito è anche quello più redditizio, e creare un concreto pericolo di *overspill*, cioè del trasferimento dei costi della sanzione sull'utenza. Per converso minacciare sanzioni solo simboliche significa azzerare la loro attitudine generalpreventiva e, pervero, anche quella specialpreventiva, posto che solo le grandi imprese che operano sul mercato del consumo generale potrebbero temere il danno di immagine eventualmente derivato da una condanna, tendendo invece a metabolizzare la sanzione nella maggior parte dei casi come un costo

File riservato ad esclusivo fine di studio

imprenditoriale, certamente sostenibile se inferiore al profitto derivante dall'illecito o comunque a quello da sostenere per adeguare le strutture aziendali al modello organizzativo.

Il decreto ha scelto dunque un compromesso, prevedendo sanzioni pecuniarie non particolarmente «morbide», né «devastanti» ed affidando l'effettività del sistema sanzionatorio soprattutto al terzo polo che lo caratterizza: la confisca del profitto del reato presupposto, per la prima volta configurata come vera e propria sanzione principale e obbligatoria.

L'esperienza applicativa ci insegna come, fin dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 231/2001, sia stata la minaccia della confisca del profitto ciò che le società, soprattutto di grande dimensioni, hanno temuto di più. È però necessario approfondire le ragioni di questo timore, che certamente non è legato ad una sorta di rigetto «ideologico» del principio per cui il «crimine non paga».

La vera ragione di questa preoccupazione è invero molto semplice e trascende l'effettivo obiettivo punitivo che il legislatore si era prefisso: la mancata definizione del concetto di profitto oggetto di profitto.

La dottrina ha a lungo trascurato la tematica della confisca del profitto del reato, che non ha suscitato maggior interesse nelle aule di giustizia, almeno fino a quando oggetto dell'intervento ablativo è stato esclusivamente il profitto «storico» del reato e cioè i beni prodotti da quest'ultimo identificati nella loro identità storica, identità suscettibile di essere provata in un numero limitato di casi, comunque non attinenti alla criminalità economica.

La situazione ha iniziato a mutare verso la fine del secolo scorso, quando la strategia di lotta al crimine organizzato ha cominciato a concentrarsi sull'espropriazione dei capitali illeciti. La giurisprudenza, grazie alla natura anodina del concetto di profitto evocato dal legislatore, ha così cercato di smarcarsi dall'interpretazione tradizionale per ampliare l'orizzonte dell'intervento ablativo. In tal senso si è fatto ricorso al principio di fungibilità del danaro e ad affinare i concetti di profitto surrogato o mediato con sempre minore timidezza.

Ciò che ha realmente cambiato le carte in tavola è stata però l'irruzione nel nostro ordinamento della confisca per equivalente o di valore; istituto di matrice anglosassone la cui ricezione è stata imposta da alcuni strumenti internazionale e che consente l'ablazione di beni di cui l'autore abbia anche lecitamente la disponibilità per un valore per l'appunto equivalente a quelli costituenti il profitto del reato e non più espropriabili nella loro identità storica.

L'avvento della confisca per equivalente nello strumentario repressivo ha modificato lo stesso approccio all'indagine penale e non solo l'impatto afflittivo dell'intervento ablativo, espandendo le prospettive del concreto risultato dell'investigazione penale. Anche per reati a modesto impatto sanzionatorio (si pensi ad esempio a molte delle fattispecie incriminatrici in materia societaria) è

File riservato ad esclusivo fine di studio

divenuto possibile perseguire un considerevole ritorno per le casse erariali, metabolizzato dalle autorità inquirenti come un incentivo ben più concreto dell'irrogazione di pene solo simboliche al dispiegamento di risorse investigative.

Il «successo» dell'istituto ha reso però drammaticamente ineludibile una precisa determinazione dell'oggetto dell'espropriazione e cioè di cosa sia esattamente il provento del reato, allo stato identificato a livello normativo esclusivamente e per l'appunto attraverso il dispiegamento del termine «profitto», per sua natura semanticamente aperto ed a scarsissima vocazione definitoria, tanto da essere utilizzato nel linguaggio comune per definire concetti eterogenei e spesso ambigui, tralasciando le connotazioni politico-ideologiche che l'hanno caratterizzato nel corso degli ultimi due secoli.

E non v'è dubbio che su questo punto il legislatore sia rimasto latitante. Benchè più volte sollecitato sul piano internazionale a riordinare la materia della confisca e definire il concetto di profitto, in un'unica occasione è stata varata (con la legge comunitaria 2007) una iniziativa in tal senso, peraltro costituita da una delega legislativa che non ha mai trovato attuazione.

Il problema è oggi divenuto di estrema attualità, soprattutto nella materia che oggi ci occupa poiché la direttiva 42/2014 UE in materia di confisca dei proventi da reato impone di determinare le coordinate nazionali del recepimento di concetti in essa contenuti e connessi ad un catalogo di reati in larga parte coincidente con quello oggetto del d. lgs. n. 231/2001.

La direttiva suddetta pone questioni assai delicate. Il concetto di profitto o, meglio, di provento del reato (e già va evidenziato il profilo della problematica identificabilità tra le due nozioni) accolto in sede internazionale è apparentemente più ampio di quello elaborato – non senza pericolose oscillazioni – dalla giurisprudenza italiana sulla scorta della scarna terminologia normativa di cui si è detto e che il legislatore ha finora avvallato senza assumersi la responsabilità delle scelte politiche sottostanti che, evidentemente, non è in grado nel presente di operare.

Vediamo allora in conclusione, cercando di porre per quanto possibile un punto fermo, qual è effettivamente l'approdo dell'elaborazione giurisprudenziale che andrà confrontato con i desiderata della normativa sovranazionale.

Il giudice di legittimità ha faticosamente – dovendo come detto colmare l'enorme ritardo accumulato in decenni di sostanziale indifferenza verso la tematica – cercato di definire il profitto, dapprima, come vantaggio economico raggiunto attraverso la consumazione del reato. Formula questa forse più ambigua dello stesso significato attribuito nel linguaggio comune al termine profitto. Si è giunti così successivamente ad elaborare una più affinata nozione di beneficio patrimoniale di carattere aggiuntivo e materiale di immediata e diretta derivazione dal reato, che costituisce allo stato il tendenziale paradigma di riferimento.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Quella descritta è una formula armoniosa, di sicuro impatto tanto appare equilibrata nella scelta dei termini e nella loro amalgama. Quando però la si trasferisce sul piano applicativo sconta i limiti della sua intrinseca astrattezza e la sua incapacità a costituire un sicuro strumento per risolvere una casistica assai complessa e multiforme e che presupporre invece una definizione normativa della nozione di profitto, frutto, per l'appunto, di scelte chiare e precise, inclusive od esclusive che esse siano, paragonabili a quelle operate in altri ordinamenti, come quello tedesco o quello statunitense.

La questione di fondo, ridotta ai suoi minimi termini, è la seguente: il profitto è costituito dall'intero ricavato economico del reato o solo dall'utile marginale diverso da quello che l'ente o la persona fisica avrebbero ricavato senza ricorrere all'illecito? Quesito che ha scarsa rilevanza nei casi in cui l'attività illecita sia autonoma, ma che è per converso ineludibile laddove questa si intrecci – come di regola accade quando si tratti di criminalità economica – con l'esercizio lecito dell'attività d'impresa ed al quale la giurisprudenza ha cercato di fornire risposta rifiutando la dicotomia tra profitto lordo e profitto netto, per sostituirla con quella tra profitto lecito e profitto illecito, impostazione che solo apparentemente si è rivelata effettivamente risolutiva.

La citata direttiva europea è peraltro in grado di mettere in discussione questi seppur insicuri approdi interpretativi. Oltre, come già accennato, sostituire al concetto di profitto quello di provento, dall'orizzonte semantico apparentemente più ampio, il legislatore europeo ha espressamente sancito l'espropriabilità anche dei proventi indiretti del reato, pur evitando anch'egli di fornire una precisa nozione di quest'ultimo concetto, che, però, proprio per la sua contrapposizione a quello di provento «diretto», dischiude la prospettiva di un allargamento non è chiaro oltre quale limite dei confini dell'intervento ablativo.

Precisato che il concetto di provento indiretto sembrerebbe essere distinto da quello di profitto mediato ovvero di surrogato del profitto (sostanzialmente il bene acquisito attraverso il reinvestimento del profitto diretto), la questione più rilevante è quella se nello stesso debbano essere fatti rientrare non solo i frutti dei proventi diretti (ad esempio gli interessi monetari prodotti dalla somma ricevuta come corrispettivo di una corruzione) ma anche i vantaggi indiretti ricavati dal reato, che in alcuni casi si rivelano privi di qualunque materialità. Si pensi ad esempio alla rendita di posizione di colui che, «uccidendo» progressivamente i propri *competitors*, diviene monopolista nel mercato di riferimento vincendo appalti attraverso la corruzione, acquisendo così un'enorme rendita di posizione il cui valore va al di là non solo dell'utile ricavato, ma altresì di quello dei singoli appalti illecitamente conseguiti. Si tratta di un vantaggio che una volta monetizzato (operazione peraltro tutt'altro che agevole) rischia di tradursi in una cifra di rilevanza tale da assorbire l'intero patrimonio dell'impresa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

A questo punto sono costretto a fermarmi e non tanto perché ho esaurito il tempo assegnatomi, quanto, piuttosto, perché non ho purtroppo risposte da dare ai quesiti che ho aperto, al di là di quelle – per loro natura instabili e non pienamente soddisfacenti – che l'elaborazione della Suprema Corte ha cercato di fornire negli ultimi anni, ma che spesso la stessa ha disatteso operando incontrollate fughe verso terreni ignoti dimostrando una volta di più i pericoli insiti nell'inadeguatezza del dato normativo che disciplina un istituto così delicato e rilevante come quello della confisca del profitto del reato.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Giuseppe Amarelli

Il catalogo dei reati presupposto del d. lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le possibili alternative per l'individuazione dell'ambito oggettivo di operatività del d. lgs. n. 231 e l'opzione (inconsapevole) del legislatore per l'elencazione tassativa a «formazione progressiva». – 3. Gli effetti negativi di questa scelta: *a)* le lacune derivate di tutela e gli ampliamenti «superflui». – 4. (*Segue*) *b)* I problemi di coordinamento degli interventi additivi del catalogo dei reati presupposto. In particolare: il caso dell'art. 25 *ter* d. lgs. n. 231/2001 e la riforma correttiva del 2015 dei reati societari. – 4.1. L'art. 25 *sexies* d. lgs. n. 231/2001 e l'art. 187 *septies* t.u.f. in materia di abusi di mercato: verso una violazione del *ne bis in idem* anche per gli enti. – 4.2. Le questioni poste dall'art. 25 *septies* d. lgs. n. 231/2001: *a)* la compatibilità dei reati colposi con i criteri di ascrizione del reato agli enti. – 4.2.1. (*Segue*) *b)* la previsione nel d. lgs. n. 81/2008 di un «sotto-sistema» speciale di regole per la redazione dei Modelli di organizzazione e gestione. – 4.3. Verso la specializzazione dei Modelli: la conferma del d.d.l. di riforma dei reati alimentari del 2015. – 4.4. I problemi sollevati dall'art. 24 *ter* d. lgs. n. 231/2001 sull'estensibilità della responsabilità degli enti ai reati non espressamente indicati nella c.d. «parte speciale»: *a)* il problema dei reati associativi. – 4.4.1. (*Segue*) *b)* il problema dei reati a c.d. «ambientazione mafiosa». – 4.5. Le questioni implicate dall'art. 25 *undecies* in materia di reati ambientali dopo la riforma del 2015. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Lo scorrere del tempo rappresenta sempre un fattore determinante per provare a stilare un bilancio provvisorio sull'impatto reale di una riforma.

Lo diviene ancor più quando si ha a che fare con un'innovazione legislativa dirompente e dalla difficile attuazione, come nel caso del d. lgs. n. 231/2001,

File riservato ad esclusivo fine di studio

capace di scardinare uno dei miti giuridici della modernità[1]: il principio *societas delinquere non potest*.

A distanza di quindici anni dal varo, sembra potersi affermare che il sistema della responsabilità da reato delle persone giuridiche ha posto più problemi di quanti ne intendesse risolvere, trovando applicazione in un numero esiguo di circostanze, ma sollevando una mole considerevole di stimolanti questioni tanto di ordine dommatico e politico-criminale, quanto di ordine esegetico e pratico[2].

In questa sede, si soffermerà l'attenzione esclusivamente su taluni dei principali punti critici che sono affiorati sul terreno circoscritto dell'ambito oggettivo di incidenza del *novum* legislativo e, segnatamente: 1) sulla discutibile tecnica di normazione impiegata per la sua definizione; 2) sulle disfunzioni indirettamente generate da tale opzione di fondo, apparentemente di carattere solo politico-legislativo, e suddivisibili in tre sottocategorie: 2.1.) la creazione di irragionevoli lacune normative; 2.2) l'introduzione di reati-presupposto assolutamente superflui ai fini dell'effettiva implementazione della responsabilità degli enti; 2.3) l'alimentazione di complessi problemi di coordinamento tra le fattispecie inserite in un secondo momento ed i principi e gli istituti originari del d. lgs. n. 231/2001[3].

2. Le possibili alternative per l'individuazione dell'ambito oggettivo di operatività del d. lgs. n. 231 e l'opzione (inconsapevole) del legislatore per l'elencazione tassativa a «formazione progressiva»

Procedendo secondo l'ordine tracciato poc'anzi, il primo aspetto interessante che emerge all'esito di un esame diacronico e retrospettivo della c.d. «parte speciale» del d. lgs. n. 231/2001 attiene al piano alto della «scienza della legislazione» e della politica criminale ed è rappresentato dalla discutibile soluzione metodologica prescelta dal legislatore per la sua redazione.

Al momento del concepimento di una delle più rivoluzionarie riforme del diritto penale degli ultimi anni, ai fini dell'individuazione dell'ambito oggettivo

[1] P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001, p. 3 e 79 ss.

[2] Da ultimo, un interessante quadro ricognitivo delle molteplici criticità manifestate nel corso del tempo dal d. lgs. n. 231/2001 è stato fornito da R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta… o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (*a posteriori*) sul "sistema 231"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 1 ss. In precedenza, un altro bilancio provvisorio generale della riforma era stato tracciato in occasione del suo decennale da C.E. Paliero, *Dieci anni di «Corporate liability» nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *D. lgs.: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Le Società*, 2011, p. 2 ss.

[3] Tali profili problematici sono stati sin da subito evidenziati da G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 657 ss.; A. Carmona, *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, *ivi*, 2003, p. 995 ss.; Id., *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 199 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

di operatività della responsabilità da reato degli enti collettivi si prospettavano dinanzi al legislatore due distinte alternative politico-criminali: quella c.d. della *Natur der Sache* e quella, opposta, dell'elencazione tassativa dei reati-presupposto.

Il primo criterio era quello già utilizzato dal legislatore francese nel *code pénal* del 1994, ed ulteriormente affinato nel 2004, in base al quale il raggio d'azione della responsabilità penale delle persone giuridiche non viene circoscritto in alcun modo tramite la predisposizione preventiva di elenchi «chiusi», ma viene costruito in maniera «aperta», rimettendo la definizione dei suoi limiti – oltre che ad eventuali ed esplicite esclusioni operate da parte del legislatore – unicamente al riscontro in concreto *ex post* effettuato dal giudice sull'oggettiva incompatibilità del nuovo tipo di responsabilità con talune fattispecie incriminatrici che, in ragione delle peculiari caratteristiche fenomenologiche del fatto descritto, non possono essere mai compiute nell'interesse o vantaggio di una società (si pensi per tutti a molti delitti di matrice sessuale)[4].

Il secondo criterio alternativo, invece, mira a perimetrare selettivamente *ex ante* a livello normativo generale ed astratto il raggio d'azione della nuova tipologia di responsabilità «penale», procedendo alla enumerazione tassativa delle fattispecie incriminatrici da cui essa può scaturire, predefinendo un *numerus clausus* non suscettibile di integrazione analogica[5].

Com'è noto, il nostro legislatore ha optato per la seconda alternativa metodologica, sebbene in maniera peculiare, senza cioè redigere l'elenco dei reati-presupposto in un'unica e contestuale soluzione nell'ambito di un organico e completo piano predefinito, e criminologicamente fondato, di contrasto alla c.d. criminalità d'impresa capace di individuare a monte tutte le tipiche fattispecie delittuose ascrivibili alla politica aziendale. Al contrario, ha prediletto, in modo più o meno inconsapevole, la via della c.d. formazione progressiva di tale catalogo, procedendo in principio – al momento del varo della c.d. «parte generale»

[4] Sulla peculiare disciplina della responsabilità degli enti introdotta nell'art. 121-2 del codice penale francese si rinvia ai contributi di J. Pradel, *La responsabilité des personnes morales en France*, p. 71 ss.; C. Ducouloux-Favard, *Un primo tentativo di comparazione della responsabilità penale delle persone giuridiche francese con la cosiddetta responsabilità amministrativa delle persone giuridiche italiana*, p. 89 ss., in Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Cedam, Padova 2003. Da ultimo, per un'aggiornata indagine sul tema si veda J.C. Saint Pau, *La responsabilitè pénale des personnes morales*, L'Harmattan, Paris 2014, *passim*; G. Giudicelli Delage, S. Manacorda, *La responsabilitè pénale des personnes morales: perspective européennes et internationales*, Société de législation comparée, Paris 2013, *passim*.

[5] Sui possibili, diversi, criteri utilizzabili dal legislatore per descrivere l'ambito di operatività oggettivo del sistema della responsabilità «penale» delle persone giuridiche si rinvia a C. Piergallini, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda, S. Seminara, Cedam, Padova 2002, p. 65 ss.; G. De Simone, *Persone giuridiche e diritto penale: i paradigmi di responsabilità ipotizzabili*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, a cura di A. Cadoppi, Cedam, Padova 2002, p. 79 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

– all'inserimento nella c.d. «parte speciale» del ridottissimo numero di reati indicati nelle convenzioni europee e internazionali che il d. lgs. n. 231/2001 era chiamato a ratificare in attuazione della legge delega n. 300/2000.

L'insieme dei reati-presupposto del d. lgs. n. 231/2001 è stato così strutturato facendo ricorso all'indicazione esplicita delle fattispecie da cui può scaturire la responsabilità degli enti, eliminando, quindi, alla radice ogni dubbio o incertezza sull'ambito di operatività oggettivo del decreto e sulla sua compatibilità con il principio di legalità nelle sue diverse articolazioni della riserva di legge, della tassatività e del divieto di analogia.

Tuttavia, diversamente da quanto si possa essere portati a pensare a distanza di tempo, questa scelta non è stata il frutto di una ponderata e condivisa decisione del legislatore di voler seguire un criterio di costruzione della c.d. parte speciale analitico e tassativo perché più rispondente ai principî di legalità, *extrema ratio*, ragionevolezza e proporzionalità delle pene, nonché rispettoso delle istanze garantiste ad essi sottese, quanto, piuttosto, ha rappresentato l'esito di una valutazione estemporanea, autonoma e decisamente censurabile del solo Esecutivo attuata in sede di definitiva approvazione dello schema di disegno di decreto legislativo e diretta a decurtare le fattispecie-presupposto individuate dall'art. 11 della legge delega n. 300 del 2000 di forgia parlamentare, espungendo quelle più importanti per l'attuazione della riforma.

L'elencazione delle fattispecie approntata nella bozza del decreto legislativo pronta per essere approvata nel marzo del 2001 ricalcava, infatti, in maniera puntuale tutte le scelte già espresse dalle Camere, nella l. n. 300/2000 alle lettere *a*), *b*), *c*), *d*) dell'art. 11, senza disattenderne alcuna. La sua struttura si presentava, dunque, abbastanza complessa ed articolata in quanto era suddivisa in ben sedici autonome fattispecie, agganciando così la responsabilità delle persone giuridiche alla commissione di alcuni dei più rilevanti delitti d'impresa: i reati di corruzione, concussione e frode (artt. 24 e 25), gli unici poi «salvati» dal governo; i reati contro l'incolumità pubblica (art. 26 *Reati previsti dal titolo VI del titolo II del codice penale*); i reati in materia di sicurezza sul lavoro (art. 27 *Omicidio colposo e lesioni colpose*); i reati contro l'ambiente ed il territorio (artt. 28 *Reati in materia di impiego dell'energia nucleare*, 29 *Reati in materia di radiazioni ionizzanti*, 30 *Reati in materia dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose*, 31 *Reati in materia di inquinamento atmosferico*, 32 *Reati in materia di pesca marittima*, 33 *Reati in materia di difesa del mare*, 34 *Reati in materia di tutela delle acque dall'inquinamento*, 35 *Reati in materia di prevenzione e riduzione integrale dell'inquinamento*, 36 *Reati in materia di utilizzazione di fanghi in agricoltura* e 37 *Reati in materia di rifiuti*); i reati contro l'urbanistica ed il paesaggio (artt. 38 *Reati in materia di edilizia*, 39 *Reati in materia di aree*

File riservato ad esclusivo fine di studio

protette e di beni culturali e ambientali)[6].

È stato solo al momento del varo definitivo del decreto che, in ragione delle forti pressioni esercitate in periodo pre-elettorale da alcune parti politiche e *lobbies* economiche, il legislatore ha proceduto all'improvviso ridimensionamento della parte speciale del decreto, sopprimendo con motivazioni tutt'altro che irresistibili – la contraddittorietà degli ordini del giorno tra Camera e Senato – la maggior parte dei reati ascrivibili alla politica di impresa e alla c.d. «criminalità economica»[7], tra cui, ad esempio, i delitti in materia di ambiente ed incolumità pubblica, che, invece, ne costituivano l'ossatura principale[8].

[6] Va detto per inciso che anche questo elenco, però, per quanto ampio, risultava pur sempre incompleto, dal momento che non comprendeva al suo interno le forme più eclatanti di manifestazione della criminalità degli enti, vale a dire i reati societari ed i reati tributari. Alcune di queste lacune, come quella relativa ai reati societari, sono state colmate nel giro di poco tempo dal legislatore (si pensi al d. lgs. n. 61/2002 che, oltre a riformare l'intero comparto dei reati societari, ha anche disposto il loro inserimento nella c.d. parte speciale del d. lgs. n 231/2001); altre, invece, come quella inerente ai delitti tributari, hanno continuato (e continuano ancora oggi) inspiegabilmente e problematicamente a permanere.
Le ragioni della necessità di inserire anche i reati fiscali nel catalogo dei delitti-presupposto del d. lgs. n. 231/2001 sono state evidenziate da L. Della Ragione, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario,* in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 1 ss. Da ultimo, sono state implicitamente ribadite dalla pronuncia delle Sezioni unite relativa alla confisca per equivalente per i reati tributari: Cass. pen., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, *Gubert*, in *Le Società*, 2014, p. 859 ss. con nota di R. Borsari, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*. In argomento, si veda anche F. Mucciarelli, C.E. Paliero, *Le Sezioni unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 1 ss.; A.M. Dell'Osso, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2014, p. 401.

[7] La *Relazione al d. lgs. n. 231/2001*, in *www.giustizia.it*, p. 32, fonda la scelta dello stralcio della maggior parte delle fattispecie su un argomento piuttosto debole quale quello della natura contrastante degli ordini del giorno approvati dalla Camera e dal Senato «proprio sul versante dell'ampiezza del catalogo dei reati a cui legare la responsabilità amministrativa degli enti». Questo fattore sarebbe dirimente per il Governo per «attestarsi su una posizione minimalista, che coincide con quella dell'ordine del giorno votato alla Camera». A ciò poi si aggiungeva il fatto che secondo l'Esecutivo la soluzione minimalista coincideva con lo scopo della legge delega che era quello di ratificare le Convenzioni PIF e OCSE che riguardavano solo i reati contro gli interessi economici e finanziari dell'Unione. Sul punto sia consentito rinviare al nostro *"Crisi" del diritto penale e prospettive di riforma. La responsabilità (penale?) delle persone giuridiche*, in *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: depenalizzazione e problemi di effettività*, a cura di A. De Vita, Jovene, Napoli 2002, p. 293 ss.

[8] Cfr. C. Piergallini, *Sistema sanzionatorio*, cit., 1356, dove l'Autore osserva che «ad indagare più a fondo, non si fa fatica a scoprire come la scelta riveli un retroterra ideologico più complesso e, soprattutto, meno nobile. Lo schema di decreto legislativo, elaborato in larga parte da una Commissione ministeriale, fu varato (e diramato) dal Ministero della Giustizia nel marzo 2001, vale a dire alle porte della campagna elettorale. Il Consiglio dei Ministri ne rinviò tuttavia l'esame più volte, a causa delle resistenze manifestate dal Ministero dell'industria e, soprattutto, da Confindustria. Sta di fatto che dal testo approvato nella seduta del 2 maggio 2001 furono espunti i reati in materia di tutela dell'ambiente e del territorio, quelli legati all'infortunistica del lavoro, nonché la disciplina relativa agli effetti civili conseguenti alla responsabilità degli enti».

File riservato ad esclusivo fine di studio

3. Gli effetti negativi di questa scelta: a) le lacune derivate di tutela e gli ampliamenti «superflui»

Questa brusca inversione di rotta effettuata in sede di conversione della legge delega di origine parlamentare dal Governo ha generato una molteplicità di effetti negativi. Oltre a far sorgere più di un dubbio relativamente alla sua legittimità costituzionale rispetto al principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost., *sub specie* riserva di legge, che vorrebbe attribuito al Parlamento il monopolio esclusivo nella selezione dei fatti penalmente rilevanti e delle relative sanzioni, escludendo *par contre* scelte politico-criminali (tanto additive, quanto riduttive rispetto a quelle del legislatore delegato) operate dalla sola maggioranza governativa senza un adeguato controllo democratico[9], ha prodotto come conseguenza più immediata e concreta un vistoso sbilanciamento e depotenziamento dell'intera riforma del 2001.

Da tale opzione marcatamente compromissoria dell'Esecutivo[10] sono scaturite diverse ricadute disfunzionali sull'impianto generale del d. lgs. n. 231/2001.

In particolare, nel breve periodo, essa ha dato vita ad un sistema rivoluzionario sulla carta ma sostanzialmente ineffettivo nella prassi, in quanto incapace di trovare una pronta e diffusa applicazione nelle aule di giustizia a causa dell'esiguo numero di reati a cui era ancorato (le sole fattispecie in materia di corruzione e frodi ai danni degli enti pubblici annoverate negli artt. 24 e 25) ed alla loro incidenza statistica decisamente marginale, soprattutto se rapportata ad altri illeciti penali di ben più frequente commissione nell'ambito delle attività di impresa e ancor più tipicamente ascrivibili alla c.d. criminalità da profitto. Ciò ha determinato che nei primi anni di vigenza il sistema della responsabilità degli enti è sembrato affetto da uno sviluppo palesemente asimmetrico che ne ingessava il funzionamento, contrapponendo ad un «gigantismo soggettivo» uno sproporzionato «nanismo oggettivo». Ed infatti, se, da un lato, il novero dei potenziali destinatari era stato concepito in maniera eccessivamente dilatata, senza operare distinguo o restrizioni di sorta alcuna in base alle dimensioni degli enti[11], dall'altro, all'opposto, il cerchio dei possibili reati era stato delineato in modo troppo restrittivo.

[9] Per una penetrante critica nei confronti del ricorso alla legislazione delegata in materia penale si rinvia per tutti a G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano 1999, p. 163 ss.; C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012, spec. p. 342 ss.

[10] Per tali ragioni la novella può essere ascritta al *genus* delle c.d. «leggi compromesso»; su tale nozione cfr. K. Amelung, *Strafrechts-wissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW* 1980, p. 51 ss. Più in generale, sulle dinamiche che condizionano l'agire politico-criminale del legislatore e sull'incidenza del consenso sociale sul diritto penale si rinvia a C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 872 ss.

[11] L'ambito soggettivo di operatività della responsabilità degli enti è indagato da S. Massi, *Veste formale e "corpo organizzativo" nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato*, Jovene, Napoli 2012, *passim*.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nel lungo periodo, invece, ha contribuito a plasmare la fisionomia della parte speciale secondo un modello «a formazione progressiva», che ha consentito l'estensione delle sue dimensioni in maniera disorganica, episodica e casuale, secondo le contingenze politico-criminali del momento, piuttosto che all'esito di un precostituito e coerente disegno riformistico di ampio respiro[12]. Il numero eccessivamente ridotto delle fattispecie-presupposto che costituiva la parte speciale originaria e che si era rivelato sproporzionato per difetto rispetto all'ambiziosa e innovativa parte generale[13] è stato, infatti, successivamente integrato di continuo dal legislatore tutte le volte in cui ha proceduto a riforme settoriali di altri ambiti del diritto penale rispetto ai quali ha avvertito l'esigenza, più o meno fondata, quando non meramente simbolica-emergenziale, di provvedere anche alla introduzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche.

Molte delle nuove ipotesi delittuose sono state così inserite in maniera acritica nella quasi totalità dei recenti interventi novellistici del diritto penale degli ultimi anni, come una sorta di loro immancabile «corredo finale», dando luogo in taluni casi a modifiche normative dotate di una effettività pressoché nulla come dimostrato dalle riforme della prima metà degli anni duemila che hanno condotto all'inserimento nel catalogo dei reati-presupposto dei delitti di falsificazione di monete ed in carte di pubblico credito (art. 25 *bis*), di terrorismo internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 25 *quater*) e di mutilazioni genitali femminili (art. 25 *quater*, co. 1), tutte fattispecie che non hanno mai trovato ancora applicazione, né probabilmente mai la troveranno[14].

È stato solo a partire dal 2007, con l'introduzione nel d. lgs. n. 231/2001 dell'art. 25 *septies* in materia di omicidio e lesioni personali colpose per violazione della normativa in materia di sicurezza e salute sul lavoro, che gradualmente è iniziato l'allargamento della parte speciale anche ai reati di più tipica espressione della c.d. politica aziendale e delle sue logiche di profitto, colmando così – sebbene in maniera non risolutiva – le lacune di tutela più evidenti.

Tuttavia, nonostante i tantissimi interventi che nell'ultimo decennio hanno introdotto nel catalogo dei reati-presupposto fattispecie di sicura pregnanza, quali il riciclaggio, l'autoriciclaggio, le fattispecie associative, i reati ambientali ecc., non si può non rilevare come permangano ancora oggi, a causa di questa opzione legislativa di fondo di dubbia coerenza e razionalità politico-crimina-

[12] De Simone, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano*, cit., 658.

[13] Sulla sproporzione tra parte generale e parte speciale cfr. G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d. lgs. 8 giugno 2001*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova 2002, p. 117 ss., il quale rileva come «già ad un primo sguardo d'insieme, la c.d. parte speciale appaia assai circoscritta e sottodimensionata rispetto alla parte generale»; dello stesso avviso Piergallini, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 69.

[14] Cfr. in argomento, da ultimo, A. Manna, *Controversie interpretative e prospettiva di riforma circa la responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 169.

File riservato ad esclusivo fine di studio

le[15], diversi ed inspiegabili vuoti di tutela.

In particolare, si segnala da tempo la presenza di una lacuna derivata profondamente illogica in una materia tipica del diritto penale dell'economia quale quella dei reati tributari, come dimostrano le forzature ermeneutiche sperimentate dalla giurisprudenza per cercare di sopperire alla loro omessa inclusione nell'elenco dei reati-presupposto che hanno reso necessario nel 2014 l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite con cui è stata definitivamente esclusa la possibilità di applicare nei confronti dell'ente la confisca per equivalente di cui all'art. 19 d. lgs. n. 231/2001 per i reati tributari commessi dagli amministratori[16].

Inoltre, si avverte l'opportunità di ulteriori interventi additivi che vadano a colmare altre palesi e macroscopiche incongruenze della parte speciale, come ad esempio, in materia di reati edilizi e urbanistico/paesaggistici, di reati contro l'incolumità pubblica, quali il crollo ed il disastro innominato di cui all'art. 434 c.p. e l'omissione di cautele antinfortunistiche di cui all'art. 437 c.p.

Ancora si reputa necessario anche l'inserimento di reati spesso trascurati, ma di sempre più frequente configurazione, quali quelli di frode sportiva e di

[15] Per una disamina delle traiettorie che deve seguire una moderna politica criminale per poter essere razionale e coerente con le funzioni della pena ed i principî fondamentali del diritto penale, si rinvia al lavoro di H. Zipf, *Kriminalpolitik* (1980), trad. it. a cura di Bazzoni di *Politica criminale*, Giuffrè, Milano 1989, *passim*. In argomento si veda anche D. Pulitanò, *Politica criminale,* in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Giuffrè, Milano 1985, p. 31 ss.

[16] Com'è noto, il dubbio nasceva dal fatto che per taluni reati tributari a partire dalla riforma del 2007 è ammessa la confisca nei confronti delle persone fisiche, confisca che, analogamente a quella prevista dall'art. 322 *ter* c.p., assume carattere preminentemente sanzionatorio e, dunque, è governata dai principî costituzionali di stretta legalità e di personalità della responsabilità penale. Teoricamente, in virtù della natura *penalty* di questa confisca, sarebbe impossibile aggredire il patrimonio dell'ente al fine di sanzionare, sotto forma di confisca per equivalente, un fatto del quale risponde penalmente solo un soggetto diverso, l'amministratore tenuto agli adempimenti tributari, pena la violazione del divieto di analogia in *malam partem* di cui all'art. 25, co. 2, Cost. Tuttavia, una parte della giurisprudenza era di diverso avviso e reputava applicabile la confisca anche nei confronti dell'ente nel cui interesse o vantaggio il reato tributario risultava essere stato commesso. Le Sezioni unite, con la menzionata sentenza 30 gennaio 2014, cit., hanno fatto definitiva chiarezza sul punto stabilendo che «è consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni comunque direttamente riconducibili al profitto del reato, mentre non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di ulteriori beni della persona giuridica». Ciò significa che è stata esclusa la possibilità di procedere alla confisca per equivalente di beni della persona giuridica per reati tributari commessi da suoi organi, salva l'ipotesi in cui la persona giuridica stessa sia in concreto priva di autonomia e rappresenti solo uno schermo attraverso cui l'amministratore agisca come effettivo titolare; diversamente, infatti, si renderebbe l'ente responsabile di un reato per il quale non è prevista tale eventualità non figurando nei tassativi elenchi di cui agli artt. 24 e ss., d. lgs. n. 231/2001 (questo orientamento restrittivo è stato ribadito, da ultimo, da Cass. 13 gennaio 2015, n. 19761). Naturalmente, tali decisioni, apprezzabili per il loro ossequio del principio di legalità penale anche nell'ambito della responsabilità degli enti, hanno però ulteriormente contribuito ad evidenziare l'impellente necessità di innestare i reati tributari nel catalogo dei reati di cui al d. lgs. 231/2001.

File riservato ad esclusivo fine di studio

doping: tale opzione diretta a colpire direttamente le società sportive coinvolte dalla commissione di questi illeciti potrebbe, infatti, incidere positivamente sull'eliminazione o, quanto meno, sulla prevenzione dell'insorgenza, di tali fenomeni, consentendo di puntare sul coinvolgimento diretto delle stesse società sportive nelle attività di contrasto e prevenzione di questi reati[17].

Infine, si ritiene che il legislatore debba procedere anche a sanare talune scelte del recente passato decisamente incomprensibili come quella effettuata nel 2012 nell'ambito della prima organica riforma dei reati in materia di corruzione ed implicitamente ribadita nel 2015 nel corso della seconda riforma del medesimo comparto, che ha determinato l'inclusione dei nuovi delitti contro la pubblica amministrazione nell'art. 25 del d. lgs. n. 231/2001, fatta eccezione, inspiegabilmente, per quello del *Traffico di influenze illecite* di cui all'art. 346 *bis* c.p. lasciato fuori per ragioni non palesate, o forse, più probabilmente, per mera sciatteria, sebbene fosse invocata la sua introduzione nel d. lgs. n. 231/2001 tanto dalla Convenzione di Merida, quanto da diversi disegni di legge più o meno coevi alla c.d. legge Severino[18].

In ogni caso, non si può omettere di rilevare che, al netto di queste problematiche lacune di tutela, l'espansione incontrollata subìta nel corso di questi quindici anni dal novero delle figure criminose a cui è agganciata la responsabilità degli enti *ex* d. lgs. n. 231/2001 ha finito con il riprodurre in questo settore, in scala ridotta, gli stessi problemi di scarsa effettività posti nel diritto penale tradizionale dalla «nomorrea penale» già icasticamente denunciata da Carrara[19]: una volta divenute troppe le fattispecie incriminatrici da cui può scaturire una responsabilità «penale» degli enti, inevitabilmente è aumentato lo iato tra la loro cospicua previsione legale e la loro ridotta applicazione in concreto. Per disattenzione, superficialità, ignoranza, quando non per scelta delle singole Procure della Repubblica, la contestazione della responsabilità degli enti non è, infatti, cresciuta esponenzialmente in maniera direttamente proporzionale all'incremento delle fattispecie-presupposto come ci si attendeva, restando, al contrario, sempre ancorata a dati numerici quasi insignificanti rispetto alle potenzialità della riforma.

[17] Su tale specifico aspetto si rinvia a C. Cupelli, *Problemi e prospettive di una responsabilità da reato degli enti in materia di illeciti sportivi*, in *Soc.*, 2013, p. 833 ss.

[18] Si orientavano in tal senso, prevedendo l'inserimento del delitto di cui all'art. 346 *bis* c.p. all'interno dell'art. 25 d. lgs. n. 231/2001 e la modifica della sua rubrica in «*Corruzione e traffico di influenze illecite*», i d.d.l. A.C. 3850, A.C. 4501, A.C. 4516; A.S. 2164, A.S. 2168, A.S. 2174, A.S. 2340 consultabili in *www.senato.it*. Secondo questi progetti di riforma per il reato di traffico di influenze illecite doveva essere comminata la sanzione pecuniaria fino a 800 quote e le sanzioni interdittive di cui all'art 9, co. 2, d. lgs. 231/2001.

[19] F. Carrara, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Tip. Giacchetti, Prato 1889, vol. IV, p. 522.

File riservato ad esclusivo fine di studio

4. (Segue) *b) I problemi di coordinamento degli interventi additivi del catalogo dei reati presupposto. In particolare: il caso dell'art. 25* ter *d. lgs. n. 231/2001 e la riforma correttiva del 2015 dei reati societari*

Con ogni probabilità, il problema principale che ha sollevato l'inserimento continuo di modifiche estemporanee e disorganiche al catalogo dei reati-presupposto al di fuori di un'azione pianificata in un'unica soluzione adottata al momento della stesura del sistema della responsabilità degli enti, è stato rappresentato dal difetto di coordinamento dei successivi innesti normativi con i principî e gli istituti di portata generale del d. lgs. n. 231/2001.

Come si è accennato, essendo scaturita la maggior parte degli interventi additivi delle fattispecie nel catalogo del d. lgs. n. 231/2001 o da motivazioni «eteronome» di ottemperamento ad obblighi sovranazionali dal contenuto vincolante e specifico (es. direttive o decisioni quadro in materia di lotta al terrorismo, di tutela della moneta europea, *etc.*) o da esigenze di carattere contingente, quando non, in taluni casi da ragioni di natura puramente simbolico-espressiva, molti di questi hanno presentato al loro interno elementi di divergenza o contraddittorietà rispetto alla parte generale, facendo sorgere non poche perplessità in merito alla loro opportunità e ragionevolezza[20].

Primo esempio emblematico in ordine di tempo e di rilevanza di tale fenomeno è sicuramente costituito dall'art. 25 *ter* d. lgs. n. 231/2001 introdotto con il d. lgs. n. 61/2002 con la finalità di estendere la responsabilità delle persone giuridiche anche ai reati societari: tale articolo, infatti, nella sua formulazione originaria, a differenza di tutti gli altri articoli della c.d. parte speciale del decreto, non si limitava a prevedere per gli illeciti penali in materia societaria tassativamente elencati la responsabilità dell'ente in base ai criteri generali fissati negli artt. 5 e 6 d. lgs. n. 231/2001, bensì specificava – in apparente deroga ad essa – che questi erano imputati all'ente se commessi unicamente nel suo interesse; inoltre, esso procedeva anche all'individuazione in maniera più selettiva rispetto all'art. 5, lett. *a*), dei soggetti apicali che possono innescare una responsabilità per l'ente per i reati da loro commessi, riferendosi unicamente agli amministratori, ai direttori generali e ai liquidatori[21].

Sotto il primo versante, ciò aveva sollevato nelle prime applicazioni il dubbio se per i soli reati societari dovesse valere come criterio ascrittivo degli illeciti penali all'ente unicamente quello dell'interesse *ex ante* e non anche quello del

[20] Evidenzia con la consueta lucidità i problemi generati dal progressivo ampliamento della parte speciale G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano 2008, p. 262.

[21] Sul punto si vedano le riflessioni di De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 285.

File riservato ad esclusivo fine di studio

vantaggio *ex post* e se questa opzione selettiva fosse ragionevole e fondata[22]. Per impedire l'illogica divaricazione dei criteri di ascrizione del reato per talune fattispecie incriminatrici, una parte della dottrina aveva prospettato la possibilità di interpretare il richiamo al solo interesse contenuto in questo articolo in termini meramente e inutilmente «riassuntivi» della locuzione completa dell'art. 5 e, dunque, aveva ritenuto che anche in tale caso l'altro criterio del vantaggio poteva svolgere una funzione incriminatrice, sebbene non espressamente richiamato[23].

Sotto il secondo profilo, aveva destato fondate perplessità la decisione di restringere il novero dei potenziali soggetti tramite una loro elencazione tassativa che finiva, *in primis*, per non ricomprendere anche i sindaci che, notoriamente, invece, possono essere autori di taluni reati societari, nonché le persone sottoposte alla vigilanza dei «vertici» esplicitamente indicati (amministratori, direttori generali o liquidatori)[24].

L'esigenza di risolvere tali problemi e di ovviare a questo evidente caso di strabismo normativo ha di recente indotto il legislatore a tornare sui suoi passi e ad eliminare entrambe le denunciate aporie quando, in occasione del varo della seconda, importante riforma in materia di corruzione, varata con la l. 27 maggio 2015 n. 69 «*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*» ha riscritto – tra le altre cose anche – la controversa disciplina delle false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.[25].

In quell'occasione, oltre a rivitalizzare un'area oramai esangue del diritto penale dell'economia, sostanzialmente depenalizzata dopo la precedente riforma che tra soglie di punibilità elevate, evento di danno, dolo intenzionale e procedibilità a querela di parte, aveva ridotto se non eliminato del tutto le possibilità della sua concreta applicazione, il legislatore ha avvertito la necessità di

[22] Per rilievi critici nei confronti di tale opzione cfr. M.A. Pasculli, *La responsabilità 'da reato' degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dommatici ed applicativi*, Cacucci, Bari 2005, p. 224 ss.

[23] Così Piergallini, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 106. Altra parte della dottrina, per superare questa contraddizione, aveva proposto di svalutare il requisito del vantaggio come criterio di imputazione, attribuendo funzione ascrittiva della responsabilità al solo interesse (in tal senso cfr. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche,* cit., p. 291; S. Putinati, *Art. 3, Responsabilità amministrativa delle società*, in *I nuovi reati societari,* a cura di A. Lanzi, A. Cadoppi, Cedam, Padova 2002, p. 246.

[24] Cfr. in argomento C.E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n.61*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, Milano 2002, p. 59; De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 287 ss.; L. Foffani, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in Societas puniri potest, cit., p. 251.

[25] Un esame analitico dei punti salienti della riforma dei reati societari del 2015 è condotto da E. Mezzetti, *Commento alla l. 69/2015. Artt. 9-12*, *supra*, p. 1 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

porre rimedio al proprio errore in materia di responsabilità degli enti collegata a questi reati sostituendo l'incompleta e problematica alinea dell'art. 25 *ter* d. lgs. n. 231/2001 con una nuova, decisamente più coerente con tutte le altre figure del d. lgs. n. 231/2001, stabilendo che: «*In relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie*».

Dal raffronto con il testo previgente che prevedeva la responsabilità dell'ente solo per i reati societari «*commessi nell'interesse della società, da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza*», si evince chiaramente che nella versione emendata dell'art. 25 *ter* è stato deliberatamente soppresso ogni esplicito riferimento tanto ai criteri oggettivi di imputazione del reato, quanto al novero dei potenziali autori materiali[26].

Per un verso, l'eliminazione del richiamo al solo criterio dell'interesse consente di ritenere superate tutte le incertezze del passato senza dover ricorrere ad acrobazie ermeneutiche più o meno fondate, imponendo di estendere anche ai reati societari menzionati nel suddetto articolo la disciplina generale relativa ai criteri dell'interesse o vantaggio descritti alternativamente dall'art. 5 d. lgs. n. 231/2001, senza alcuna irragionevole restrizione. Per altro verso, la cancellazione dall'elenco tassativo dei possibili autori materiali dei reati societari capaci di far sorgere una responsabilità «penale» dell'ente permette di considerare non più esistenti le preclusioni in precedenza emerse sotto la vigenza della originaria formulazione[27].

4.1. L'art. 25 sexies *d. lgs. n. 231/2001 e l'art. 187* septies *t.u.f. in materia di abusi di mercato: verso una violazione del* ne bis in idem *anche per gli enti*

Un altro intervento additivo che cela in controluce risvolti problematici ancora non ben delineati è quello legato agli illeciti in materia di abusi di mercato.

Com'è noto, il legislatore con la l. n. 62/2005 ha inciso in profondità sulla precedente disciplina in *subiecta materia* dettata dal d. lgs. n. 58/1998 (c.d. t.u.f.), operando un inasprimento punitivo su più livelli: innanzi tutto, innalzando le cornici edittali per i reati preesistenti di abuso di informazioni privilegiate e manipolazioni di mercato di cui agli artt. 184 e ss. t.u.f.; in secondo luogo, introducendo nuovi illeciti amministrativi cumulativi per i medesimi comportamenti negli artt. 187 *bis* ss.; in terzo luogo, prevedendo la responsabilità degli enti per entrambe le tipologie di illecito, penale e amministrativo.

Proprio la scelta ispirata da retrive logiche di ipereffettività di tipo general-preventivo negativo di prevedere in questo ambito un «doppio binario sanzionatorio» parallelo e cumulativo ha stimolato l'intervento demolitivo della

[26] Mezzetti, *Commento alla l. 69/2015*, cit., p. 39.
[27] Mezzetti, cit., p. 40.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Corte EDU con la dirompente sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014 con cui il nostro Stato è stato condannato per la violazione del principio del *ne bis in idem*, poiché la disciplina in materia di abusi di mercato produceva l'esito contrastante con l'art. 4, Protocollo 7 della CEDU di sottoporre a due processi e a due sanzioni «penali» un medesimo soggetto per uno stesso fatto storico[28]. I nuovi illeciti amministrativi, infatti, nonostante il *nomen iuris* e la competenza della CONSOB, hanno rivelato una natura indiscutibilmente penale, poiché le sanzioni per essi contemplate – analizzate alla luce degli Engel *criteria* utilizzati da trent'anni dalla giurisprudenza di Strasburgo – presentavano i tratti caratteristici delle sanzioni penali, quelli dell'afflittività e della finalità repressiva, essendo la loro entità potenzialmente elevatissima (arrivando a toccare anche milioni di euro) e la loro funzione chiaramente punitiva, piuttosto che meramente risarcitoria.

Orbene, non è escluso che la scelta di modellare anche per gli enti l'analogo e censurato regime del doppio binario sanzionatorio per lo stesso fatto storico, avendo affiancato alla responsabilità da reato di *market abuse* prevista nel d. lgs. n. 231/2001 nell'art. 25 *sexies* la responsabilità e, dunque, le sanzioni per gli identici illeciti amministrativi elencati nell'art. 187 *quinquies* t.u.f. al di fuori della c.d. parte speciale del sistema 231, possa generare i medesimi problemi di violazione del principio del *ne bis in idem*.

Se si parte dal presupposto della natura sostanzialmente penale di entrambi i tipi di sanzioni comminate per le persone giuridiche nelle due disposizioni, sia quella della c.d. parte speciale del d. lgs. n. 231/2001 per i reati, che quella della legislazione complementare per gli illeciti amministrativi – presupposto, invero, difficilmente confutabile alla luce dei menzionati Engel *criteria*, avendo tutte natura spiccatamente afflittiva e finalità tipicamente repressive (le sanzioni sono le medesime previste per l'illecito delle persone fisiche e, dunque, possono arrivare a importi milionari) –, è pronosticabile che in un prossimo futuro la giurisprudenza interna sia chiamata a verificare la compatibilità anche di questa disciplina prevista per le persone giuridiche con il principio del *ne bis in idem* enunciato dalla Corte di Strasburgo: come la persona fisica anche l'ente

[28] Corte Edu, Sez. II, 4.3.2014, Grande Stevens e altri c. Italia, ric. n. 18640/10, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di A. Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del* ne bis in idem *in tema di manipolazione del mercato*, p. 1 ss. Non essendo questa la sede per approfondire le complesse ricadute di questa sentenza sul sistema penale interno si rinvia, tra i tanti, per ulteriori approfondimenti a G.M. Flick, V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Soc*, 2014, p. 953 ss.; G. De Francesco, Ne bis in idem*: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, *supra* 2015, p. 1 ss.; F. Viganò, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, *ivi*, p. 1 ss.; G. De Amicis, Ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio; prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2014, p. 201 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

si vedrebbe, infatti, esposto al rischio di subire per uno stesso fatto di «abuso di mercato» due processi e due sanzioni sostanzialmente «penali».

Nell'ipotesi, quindi, di abuso di informazioni privilegiate o di manipolazioni di mercato che abbiano già determinato, all'esito della conclusione definitiva del relativo procedimento dinanzi alla CONSOB, l'inflizione nei confronti dell'ente delle sanzioni severissime comminate dall'art. 185 *quinquies* t.u.f. – e, dunque, come si è detto sostanzialmente penali, a discapito della loro diversa etichetta amministrativa –, non potrà essere celebrato un nuovo processo dinanzi al giudice penale per vagliare la sussistenza per lo stesso fatto dell'ente anche degli omologhi illeciti *ex* artt. 184 e 185 t.u.f. cui l'art. 25 *sexies* d. lgs. n. 231/2001 ancora la responsabilità "da reato" degli enti. Probabile, dunque, il riproporsi anche in questo caso delle medesime difficoltà già emerse in seno alla giurisprudenza interna su come dirimere tale iato tra il principio del *ne bis in idem* così come riletto dalla sentenza Grande Stevens ed il diritto «sanzionatorio» interno in materia di abusi di mercato[29].

4.2. Le questioni poste dall'art. 25 septies *d. lgs. n. 231/2001: a) la compatibilità dei reati colposi con i criteri di ascrizione del reato agli enti*

Successivamente, non pochi problemi sono emersi in occasione della più importante riforma effettuata sul campo dell'ambito oggettivo del decreto, vale a dire quella che ne ha esteso l'operatività anche ai reati di omicidio e lesioni personali colpose conseguenti alla violazione della normativa cautelare in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Segnatamente, tale opzione, sebbene salutata giustamente con grande favore dalla dottrina, ha rivelato due punti di frizione di non poco momento tra questi reati e i principî e criteri generali dettati dal d. lgs. n. 231/2001 per l'ascrizione dei reati agli enti collettivi.

In primo luogo, l'inserimento nel 2007 nel catalogo dei reati-presupposto dell'art. 25 *septies* ha fatto affiorare incertezze sulla adattabilità dei criteri generali di imputazione c.d. oggettiva fissati dall'art. 5 d. lgs. n. 231/2001 ai reati colposi di evento in esso contenuti, dal momento che tanto l'interesse quanto il vantaggio si mostravano difficilmente raccordabili con gli eventi morte e lesioni personali colpose caratterizzanti i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p.[30].

[29] Sul punto si rinvia, oltre che ai lavori già citati nella nota precedente, a M. Scoletta, *Il doppio binario sanzionatorio del* market abuse *al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al* ne bis in idem, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 1 ss.

[30] Di recente, il tema della problematica compatibilità dei criteri c.d. oggettivi di ascrizione dei reati agli enti collettivi è stato approfonditamente trattato da M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Ediszioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012, spec. p. 72 ss.; A. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile "per definizione" la persona giuridica*?, in *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, Napoli 2011, vol. IV, p. 1958 ss.; G. Forti,

File riservato ad esclusivo fine di studio

Com'è noto, però, la giurisprudenza ha superato tale *impasse* facendo leva su un'interpretazione ortopedica del nuovo art. 25 *septies* d. lgs. n. 231/2001 in combinato disposto con l'art. 5. Secondo tale orientamento non essendo possibile accogliere un'interpretazione fedele al dato letterale della norma perché condurrebbe a rendere vana la riforma impedendole di trovare applicazione dal momento che, salvo casi di scuola, è impossibile dimostrare che un omicidio o una lesione personale colposa in violazione della normativa antinfortunistica possano essere stati commessi nell'interesse o nel vantaggio dell'ente, l'unica alternativa percorribile è quella di riferirli alla condotta negligente o imprudente precedente e non all'evento morte.

Per quanto non pienamente convincente, questa soluzione è oggi pacificamente accettata dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, avendo ricevuto anche l'avallo delle Sezioni unite nella nota sentenza Thyssen Krupp del 2014[31], ma non è escluso che in un recente futuro i termini del dibattito potrebbero cambiare e divenire meno scontati laddove ci si trovasse a discutere dell'applicabilità dell'art. 25 *septies* d. lgs. n. 231/2001 in relazione a vicende concrete sensibilmente diverse rispetto a tutte quelle finora vagliate, vale a dire piuttosto che a clamorosi casi di incidenti istantanei e plurimi sul lavoro, a lente e silenziose insorgenze di malattie professionali[32].

In tale situazione, invero, proprio per le risapute difficoltà probatorie, relative al nesso causale e alla colpa, la giurisprudenza potrebbe valorizzare fino alle estreme conseguenze il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente

Uno sguardo ai "piani nobili" del d. lgs. n. 231/2001, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 1259 ss.; N. Selvaggi, *Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente. Tra «rottura» e «conservazione», l'unità del sistema di responsabilità dell'ente alla prova dei reati colposi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, p. 509 ss.; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 701 ss.; *Infortuni sul lavoro e dovere di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla 'colpa' dell'ente*, a cura di A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Jovene, Napoli 2014, *passim*; nonché nel nostro precedente lavoro a cui si rinvia per approfondimenti. Da ultimo, l'argomento è stato ulteriormente approfondito con specifico riferimento alle altre ipotesi colpose inserite nel d. lgs. n. 231/2001 nel 2011 in materia di reati ambientali da A. Picillo, *La responsabilità da ecoreato degli enti: il criterio dell'imputazione oggettiva*, in *www.archiviopenale.it*, 2013, p. 1 ss.; M. Casellato, *Sul criterio oggettivo dell'interesse o vantaggio ai fini dell'imputazione dell'illecito colposo alla persona giuridica. In particolare, la responsabilità da reato ambientale dell'ente* ex *art. 25* undecies *d. lgs. 231/2001, tra criticità attuali ed incertezze future*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 1 ss.

[31] Con la sentenza Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, E.H., in *Soc.*, 2015, p. 215 ss. con nota di R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, è stato, infatti, chiaramente affermato che: «i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi di evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antigiuridico». In argomento, si vedano anche le considerazioni di A. Gargani, *Responsabilità collettiva da delitto colposo di evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, *supra*, p. 11 ss.

[32] In termini critici nei confronti di tale soluzione si esprimono di recente Picillo, *La responsabilità da ecoreato degli enti*, cit., p. 5 ss.; Casellato, *Sul criterio oggettivo dell'interesse o vantaggio*, cit., p. 38 ss., il quale ne propone una intermedia.

File riservato ad esclusivo fine di studio

sancito dall'art. 8 d. lgs. n. 231/2001 (principio che consente di ascrivere il reato anche quando non sia individuato l'autore materiale dello stesso e, quindi, un tassello importante della condotta) creando così una netta divaricazione di posizioni processuali tra persone fisiche e persone giuridiche per il medesimo reato[33]. Soluzione questa che se, da un lato, può apparire poco ragionevole perché differenzierebbe il processo e i criteri di accertamento per uno stesso fatto in ragione dei soggetti attivi, dall'altro, però potrebbe avere il merito di trovare un soggetto responsabile in processi penali delicatissimi e complicatissimi che, sovente, si concludono con il proscioglimento degli imputati, lasciando le vittime ed i loro familiari senza un'adeguata tutela.

Nonostante l'identità di qualificazione giuridica dei fatti e di contestazione (l'omicidio colposo o la lesione personale aggravata colposa), il *thema probandum* per le une e le altre sarebbe profondamente diverso: mentre rispetto alla persona fisica l'accertamento della responsabilità penale per il delitto di cui all'art. 589, co. 2, c.p. (o di cui all'art. 590, co. 3, c.p.) implicherebbe lo scrupoloso scrutinio del nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento morte, secondo i rigidi e selettivi binari imposti dallo statuto epistemologico della causalità varato dalla sentenza Franzese; rispetto alla persona giuridica, invece – se venisse adottato il modello di accertamento della responsabilità degli enti sinora utilizzato dalle corti di merito –, il medesimo giudizio sarebbe imperniato unicamente sulla verifica della sussistenza di un interesse in relazione alla violazione della regola cautelare, degradando l'evento morte al rango di una mera condizione obiettiva di punibilità da «attribuire» all'ente a prescindere dal nesso causale.

Così ragionando, non solo si snaturerebbe nei confronti delle persone giuridiche la struttura dei delitti di cui all'artt. 589 e 590 c.p., ma si rischierebbe anche di dar vita ad una opinabile semplificazione probatoria a loro danno, arrivando eventualmente a condannarle (tramite il menzionato art. 8) in assenza di una verifica della condotta umana concreta che abbia causato la morte e dal suo legame oggettivo e soggettivo con l'evento. Rispetto ad esse, infatti, il giudice potrebbe accertare la responsabilità per gli omicidi (o le lesioni personali) colposi in maniera pressochè automatica, tutte le volte in cui riscontri il mancato ossequio di una regola cautelare foriera di un vantaggio anche senza individuare l'autore di tale omissione. Sembra, dunque, più ragionevole e coerente da un punto di vista logico-sistematico rileggere il problema dell'ascrizione dei reati colposi di evento all'ente senza snaturare la struttura dell'art. 5 d. lgs. n. 231/2001 e richiedendo, quindi, l'accertamento dell'influenza dell'assetto organizzativo sul verificarsi dell'evento tipico. Seguendo questa soluzione ermeneutica prospettata da

[33] Per l'approfondimento di tali aspetti sia consentito rinviare al nostro *I criteri oggettivi di ascrizione dei reati agli enti collettivi ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 1 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

una parte della dottrina, per affermare la responsabilità della persona giuridica si dovrebbe provare che «il delitto colposo di evento sia stato la conseguenza di una carenza organizzativa di "sistema", oppure sia stato il risultato di un'inefficienza emersa in un determinato settore aziendale, sul piano dell'attuazione e dell'esecuzione delle direttive precauzionali fissate dai vertici»[34].

Naturalmente, queste sono solo previsioni a lungo termine, dal momento che essendo entrato in vigore l'art. 25 *septies* solo nel 2007 eventuali sue applicazioni a casi di malattie professionali potranno emergere probabilmente tra qualche anno, trattandosi nella maggior parte delle ipotesi di patologie lungo-latenti per la cui incubazione sono necessari molti anni quando non, addirittura, più decenni.

In secondo luogo, l'innesto dell'art. 25 *septies* ha indirettamente inciso sul versante dei criteri oggettivi di imputazione dei reati agli enti, contribuendo a confermare l'autonoma funzione ascrittiva anche al criterio del vantaggio, diversamente considerato da una parte della dottrina, in relazione ai delitti dolosi, una mera endiadi insieme all'interesse, che restava quindi l'unico criterio di imputazione oggettiva[35].

Proprio in relazione ai reati colposi di evento, rispetto ai quali è difficile, se non impossibile, riscontrare tramite un giudizio *ex ante* un interesse dell'ente al momento della condotta in contrasto con le regole cautelari, perché sovente l'autore materiale del reato non è individuato, l'unica alternativa percorribile per ascrivere il reato all'ente è quella di fare leva, quindi, sull'accertamento *ex post* del vantaggio che questi ne ha tratto[36]; anche perché – com'è stato rilevato – «l'immaginare che un fatto (illecito) non voluto dall'autore si possa dire commesso nell'interesse di qualcun altro appare una contraddizione in termini»[37]. In questi casi la regola dell'autonomia della responsabilità dell'ente fissata dall'art. 8 d. lgs. n. 231/2001 consente di ritenere responsabile la società tutte le volte in cui si dimostri che il mancato rispetto delle regole cautelari da cui è scaturita la morte o la malattia di un lavoratore abbia oggettivamente arrecato allo stesso un vantaggio in termini di risparmio dei costi necessari per l'aggiornamento delle proprie conoscenze scientifiche e/o per l'adeguamento delle misure precauzionali e sia scaturita dalla colpa di organizzazione ai sensi di quanto disposto dagli artt. 6 e 7 d. lgs. n. 231/2001.

[34] In tal senso cfr. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro*, cit., p. 1959; Id., *Responsabilità collettiva da delitto colposo di evento*, cit., p. 13.

[35] Casellato, *Sul criterio oggettivo dell'interesse o vantaggio*, cit., p. 38 ss., nonché il nostro *I criteri oggettivi di ascrizione dei reati agli enti collettivi*, cit., p. 35 ss.

[36] Di questo avviso è M. Scoletta, *Responsabilità* ex crimine *dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Soc*, 2010, p. 1120, il quale ritiene che questo criterio possa ritagliarsi un suo spazio di operatività proprio in relazione ai reati colposi.

[37] In tal senso cfr. A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Società e modello «231»: ma che colpa abbiamo noi?*, a cura di N. Abriani, G. Meo, G. Presti, in *Analisi giur. eco.*, 2009, p. 342.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Diversamente, si approderebbe ad esiti iper-repressivi e «totalizzanti»[38], finendo per considerare sempre sussistente la responsabilità dell'ente, tutte le volte in cui si accerti che il fatto sia stato commesso da un soggetto qualificato al suo interno, dal momento che ogni soggetto qualificato agisce (nell'ottica della c.d. immedesimazione organica) «normalmente» sempre nell'interesse dell'ente. Si arriverebbe, cioè, a ritenere che, rispetto ai reati colposi espressione della criminalità di impresa, l'interesse dell'ente sia configurabile ogni qual volta l'autore del reato, per la sua posizione qualificata nell'ente medesimo, sia destinatario della norma penale e della norma cautelare, le quali riguardano l'attività di impresa e, quindi, un'attività svolta nell'interesse dell'ente e non a titolo personale.

4.2.1. (Segue) *b) la previsione nel d. lgs. n. 81/2008 di un «sotto-sistema» speciale di regole per la redazione dei Modelli di organizzazione e gestione*

Inoltre, l'introduzione di queste fattispecie in materia di incidenti sul lavoro nell'elenco dei reati di cui al d. lgs. n. 231/2001 ha posto anche altri e non secondari problemi di coordinamento con il decreto ed i suoi istituti sotto il versante della c.d. colpa di organizzazione e, cioè, dei Modelli di organizzazione e gestione di cui all'art. 6 validi, se efficacemente adottati, ad escludere la responsabilità dell'ente.

Il d. lgs. n. 81/2008 denominato anche (impropriamente) Testo unico in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, infatti, oltre a modificare l'art. 25 *septies* per rimuovere un'evidente errore nella sua formulazione letterale che aveva portato a equiparare la risposta sanzionatoria per fatti sensibilmente diversi (l'omicidio e le lesioni colpose) a causa di un'irragionevole pena fissa[39], ha

[38] Così Gargani, *Responsabilità collettiva da delitto colposo di evento*, cit., p. 5, che sottolinea come il risultato di questa opzione ermeneutica rasenti «l'automatismo imputativo» del reato colposo all'ente, svilendo tanto i criteri oggettivi di ascrizione, quanto quello soggettivo della colpa di organizzazione.

[39] L'art. 25 *septies* d. lgs. n. 231/2001 nella versione originaria, risalente alla l. n. 123/2007, non solo comminava a livello edittale una sanzione pecuniaria fissa, non graduabile, di mille quote per i delitti di omicidio e di lesioni personali colpose di cui agli artt. 589 e 590 c.p., ma equiparava anche *quoad poenam* due delitti dal disvalore sociale considerevolmente diverso. Per ovviare a tale incongruenza difficilmente compatibile con il principio di proporzione e ragionevolezza della risposta punitiva, il legislatore nell'ambito dell'ampio riordino della materia della sicurezza sul lavoro è tornato sui suoi passi, eliminando questa aporia e prevedendo, con l'art. 300, d. lgs. n. 81/2008, la riformulazione della dosimetria sanzionatoria dell'art. 25 *septies*, sia tramite l'eliminazione della pena fissa, sia tramite la distinzione tra l'omicidio e le lesioni personali colpose. Sul punto, per approfondimenti, sia consentito rinviare ai nostri *La sicurezza sul lavoro tra delega legislativa e responsabilità delle imprese per le "morti bianche": la legge 123/2007*, in *SJ*, 2008, p. 255 ss.; *La responsabilità penale degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *La sicurezza sui luoghi di lavoro. Profili della responsabilità datoriale*, a cura di A. De Vita, M. Esposito, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2010, p. 101 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dettato anche una disciplina integrativa per la sua applicazione, segnatamente prevedendo regole speciali ed analitiche per la redazione dei Modelli volti ad evitare o ridurre il rischio di commissione di questa ristretta tipologia di reati, che si pongono in contrasto con quelle generali sotto diversi aspetti.

Ed infatti, l'art. 30 d. lgs. n. 81/2008 sembra disporre, in deroga alla regola generale della facoltatività, l'obbligatorietà dell'adozione del Modello diretto ad escludere la responsabilità delle persone giuridiche per tali delitti, dal momento che al suo interno è utilizzata la locuzione «deve essere adottato e efficacemente attuato» il modello che sembra confliggere con quella dell'art. 6 d. lgs. 231/2001 la quale, invece, prevede questa soluzione preventiva come una mera opzione discrezionale dell'impresa anziché un suo obbligo.

Inoltre, ad alimentare queste perplessità contribuisce anche l'art. 16, co. 3, del medesimo d. lgs. n. 81/2008 al cui interno è stata introdotta una presunzione legale di validità scriminante della delega di funzioni per il datore di lavoro che abbia adottato ed attuato efficacemente un Modello di organizzazione e gestione; in tal caso, l'obbligo giuridico di vigilanza di cui è gravato in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite si intende, infatti, assolto presuntivamente.

Una simile regolamentazione autonoma e dettagliata dei contenuti preventivi del Modello per i reati in materia di sicurezza sul lavoro se, per un verso, ha utilmente tassativizzato le procedure cautelari da seguire in tale ambito, aiutando così anche la giurisprudenza ad approcciarsi in maniera meno prevenuta nei confronti di un'esperienza di autonormazione in ambito penale come quella dei modelli (in cui, in base alle regole generali, è rimessa una discrezionalità eccessiva agli stessi destinatari della normativa nella definizione dei contenuti e delle procedure da individuare per evitare la punibilità[40]), per altro verso ha finito con il sollevare dubbi di non poco conto sulla stessa natura dei Modelli di organizzazione e gestione, inducendo a pensare che essi non solo non siano facoltativi, bensì obbligatori, ma siano anche contraddistinti da una sorta di presunzione (vincibile) di idoneità, rendendo automaticamente l'ente non punibile se si prova che siano stati redatti secondo le indicazioni e effettivamente applicati.

Ma soprattutto, la previsione di una disciplina eccentrica sia per contenuti che per collocazione sistematica in materia di formulazione del Modello di organizzazione e gestione per questa classe di reati sembra testimoniare il profilarsi anche in questo campo di una tendenza già affiorata nell'ambito della legislazione penale tradizionale, quella alla creazione di sottosistemi differenziati di

[40] Il fenomeno dell'autonormazione, con particolare riguardo anche al sistema della responsabilità «penale» degli enti, è analizzato da C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo"* ex *d. lgs. 231/2001)*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. III, Jovene, Napoli 2011, p. 2049 ss.; Id., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, p. 261 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

tutela[41].

Essa, infatti, nell'apprezzabile tentativo di calibrare regole *ad hoc* per la prevenzione di questi reati finirebbe per plasmare all'interno di quello che è già un «sottosistema penale», la 231, ulteriori distinzioni e partizioni, dando vita ad un micro-comparto autonomo di responsabilità da reato delle persone giuridiche distinto rispetto a quello generale in ragione del peculiare «campo di materia», quello della salute e della sicurezza sul lavoro.

Questa opzione legislativa non risulta, però, pienamente convincente, poiché pare perdere di vista la funzione del Modello di strumento generale di natura preventiva rispetto alla commissione di tutti i reati-presupposto dell'ente, diversamente componibile a «geometria variabile» per ciascuna differente sottotipologia di fattispecie incriminatrici, non solo per una[42]. Da tale disciplina eccezionalmente derogatoria derivano invero non pochi problemi interpretativi, sia per i destinatari tenuti ad adottare i Modelli, che per gli interpreti chiamati in caso di commissione di un reato a valutarne l'idoneità e l'efficacia, non risultando chiaro se talune delle regole speciali dettate per ristrette cerchie di delitti debbano valere anche rispetto ad altri reati per i quali non sono espressamente previste.

Un simile *modus operandi*, per quanto risulti in grado di agevolare la realizzazione di importanti innovazioni in comparti circoscritti della legislazione penale e del d. lgs. n. 231/2001, appare metodologicamente non inappuntabile per due diversi ordini di ragioni: in primo luogo, risulta espressione di una politica legislativa frammentaria, di carattere derogatorio ed eccezionale che – come si è visto – determina una perdita di «centralità» della parte generale del d. lgs. n. 231/2001 nella definizione delle (ad oggi esigue e vaghe) regole da seguire in *subjecta* materia; in secondo luogo, conduce all'introduzione di diseguaglianze di trattamento foriere di situazioni non facilmente compatibili con il principio di

[41] In generale, per osservazioni sulla tendenza alla creazione di sottosistemi differenziati all'interno del diritto penale si veda G. Fiandaca, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen e processo*, 2001, p. 137 ss.; nonché Id., *Relazione introduttiva*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Giuffrè, Milano 2003, p. 1 ss.; Id., *Relazione introduttiva*, in *Valori e principî della codificazione penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto*, Cedam, Padova 1995, p. 15 ss. In termini critici nei confronti di tale fenomeno si esprimono V. Maiello, *Riserva di codice e decreto legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in *Critica del dir.*, 2001, p. 342 ss.; Così C.F. Grosso, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come* extrema ratio *di tutela penale*, in *Cass. pen.*, 2001, n. 1671, p. 3582. L. Stortoni, *Parte speciale del codice e parte speciale del diritto penale*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari–problemi–prospettive*, Giuffrè, Milano 1993, p. 440; G. Insolera, *La riforma del codice penale. Qualche riflessione in margine al Progetto Grosso*, in *Questione giust.*, 2001, p. 1075 ss.; G. Losappio, *Il sottosistema nel diritto penale. Definizione e ridefinizione*, in *Indice pen.*, 2005, p. 7 ss.

[42] Sottolinea i rischi implicati dall'impiego di questa tecnica legislativa nel sistema della responsabilità degli enti Manna, *Controversie interpretative*, cit., p. 171.

File riservato ad esclusivo fine di studio

uguaglianza-ragionevolezza previsto dall'art. 3 Cost., mancando solidi elementi capaci di legittimare le decisioni derogatorie.

La previsione di una disciplina più analitica e chiara dei contenuti dei Modelli di organizzazione rispetto a quella troppo scarna attualmente contenuta nell'art. 6 d. lgs. n. 231/2001 rappresenta un passaggio determinante per provare a restituire una funzione realmente selettiva al criterio di imputazione c.d. «soggettivo» dei reati agli enti, la c.d. colpa di organizzazione, di fatto marginalizzato dalla giurisprudenza[43], nonché per superare la diffusa «presunzione di inidoneità» che grava sui Modelli conferendo, altresì, agli interpreti parametri più chiari ed oggettivi a cui ancorare il loro giudizio.

Anche in questo caso, però, – così come per l'ampliamento della parte speciale – la sua adozione dovrebbe avvenire nell'ambito di un progetto di portata di ampio respiro diretto a descrivere più nel dettaglio gli oneri e le procedure preventive per gli enti nell'art. 6, differenziandoli poi in maniera modulare in relazione alle specifiche esigenze e caratteristiche dei vari settori «a rischio» reato. Vale a dire che una specificazione delle regole e degli oneri da cui discende la «colpa di organizzazione» delle persone giuridiche deve riguardare tutti i reati-presupposto della parte speciale del d. lgs. n. 231/2001 e non solo talune categorie individuate nell'ambito di diversi testi di legge tra loro non ben coordinati.

4.3. Verso la specializzazione dei Modelli: la conferma del d.d.l. di riforma dei reati alimentari del 2015

Nonostante i risvolti problematici appena evidenziati, il legislatore sembra orientato a proseguire lungo questa linea politico-criminale volta alla creazione di tanti sotto-sistemi differenziati legati alla tipologia dei reati-presupposto, in luogo di un sistema unitario di prevenzione dei reati degli enti.

L'analisi ad ampio spettro di tutte le recenti novità realizzate ed ancora in cantiere offre, infatti, più di un elemento che lascia intravedere una simile tendenza alla parcellizzazione e specializzazione episodica della disciplina per la redazione dei Modelli di organizzazione difficilmente compatibile con la necessità di indurre una società a intraprendere la via dell'efficace prevenzione di tutti i reati ascrivibili alla sua politica d'impresa, inducendo a prestare maggiore attenzione solo, o prevalentemente, alle procedure da adottare in quelle aree di rischio reato più caratterizzanti e esplicitamente disciplinate con regole differenziate (si pensi a quella degli infortuni sul lavoro per una società che opera nell'edilizia), trascurando di prestare analogo riguardo anche ad altre aree di

[43] Mette ben in luce l'importanza di procedere ad un'integrazione delle indicazioni generiche previste dall'art. 6 in ordine ai contenuti del modello di gestione e di organizzazione, adeguandoli alle diverse tipologie di reati presupposto, Gargani, *Responsabilità collettiva da delitto colposo di evento*, cit., p. 17.

File riservato ad esclusivo fine di studio

rischio-reato più comuni ma ugualmente rilevanti, come ad esempio, quelle che implicano rapporti con la pubblica amministrazione.

In questa direzione si muove il recente d.d.l. del 2015 sui reati alimentari che, tra le altre cose, prevede tanto una profonda revisione dell'art. 25 *bis*, co. 1, che sin dal 2009 contempla la responsabilità degli enti (con un'unica e grossolana forbice edittale che accomuna fattispecie molto eterogenee)[44], quanto, soprattutto, una modifica anche della parte generale del d. lgs. n. 231/2001, prospettando l'introduzione immediatamente dopo l'art. 6 che detta le regole in materia di Modelli del nuovo art. 6 *bis* volto a prevedere quelle peculiari e derogatorie per i soli reati alimentari[45].

Questo progetto, difatti, annovera una serie di indicazioni tassative e vincolanti per la corretta redazione del modello per quanto attiene alle aree di rischio

[44] L'art. 32 «*Modifiche all'articolo 25 bis.1*» prevede che: «1. All'articolo 25 *bis*.1, comma 1, lettera *a*), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 sono soppresse le parole: "516, 517, 517 *ter* e 517 *quater*"». L'art. 33 «*Introduzione dell'articolo 25 bis.2*)» stabilisce invece che: «1. Dopo l'articolo 25 *bis*.1 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 è aggiunto il seguente: «Art. 25 *bis*.2 (*Delle frodi in commercio di prodotti alimentari*). – 1. In relazione alla commissione dei reati di frode in commercio di prodotti alimentari previsti dal codice penale, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie: *a*) per i delitti di cui agli articoli 516, 517 la sanzione pecuniaria fino a trecento quote; *b*) per il delitto di cui all'articolo 517 *quater* la sanzione pecuniaria da cento a quattrocento quote; *c*) per il delitto di cui all'articolo 517 *quater*.1 la sanzione pecuniaria da duecento a ottocento quote. // 2. Nel caso di condanna per il delitto di cui all'articolo 517 *quater*.1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma secondo. // 3. Se l'ente, o una sua unità organizzativa, vengono stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma primo, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma terzo».
L'art. 34 «*Introduzione dell'articolo 25 bis.3*» dispone poi che: «1. Dopo l'articolo 25 *bis*.2 del 2001, n. 231 è aggiunto il seguente: «Art. 25 *bis*.3. (*Dei delitti contro la salute pubblica*). – 1. In relazione alla commissione dei delitti contro la salute pubblica previsti dal codice penale, si applicano all'ente le seguenti sanzioni: *a*) per il delitto di cui agli articoli 439, la sanzione pecuniaria da cinquecento a mille quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività da uno a due anni; *b*) per il delitto di cui all'articolo 439 *bis*, la sanzione pecuniaria da cinquecento a ottocento quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività da uno a due anni; *c*) per il delitto di cui all'art. 440, la sanzione pecuniaria da trecento a seicento quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività da sei mesi a un anno; *d*) per il delitto di cui all'art. 440 *bis*, la sanzione pecuniaria fino a trecento quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività fino a sei mesi; *e*) per il delitto di cui all'art. 444, la sanzione pecuniaria fino a trecento quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività fino a sei mesi; *f*) per il delitto di cui all'art. 445 *bis*, la sanzione pecuniaria da quattrocento a ottocento quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività da uno a due anni; *g*) per il delitto di cui all'art. 452, la sanzione pecuniaria fino a trecento quote e l'interdizione dall'esercizio dell'attività fino a sei mesi. // 2. Se l'ente, o una sua unità organizzativa, vengono stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, lettera *a*), si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma terzo».

[45] In argomento, per un primo commento a questo interessante progetto di riforma dei reati agro-alimentari con specifico riferimento alla responsabilità da reato delle persone giuridiche cfr. C. Cupelli, *Il cammino verso la riforma dei reati agroalimentari*, in *www.penalecontemporaneo.it*, spec. p. 9 ss.; Id., *La riforma dei reati in materia agroalimentare: la responsabilità degli enti e i nuovi meccanismi estintivi*, in *Dir. agroalimentare*, 2016, p. 48 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

legate alla commissione di questi peculiari reati, ma anche una molteplicità di previsioni eccentriche rispetto alle regole generali per le imprese agroalimentari, tra cui talune rilevanti legate alla loro base dimensionale ristretta[46].

Peraltro, questa soluzione, desta perplessità anche sotto l'ultimo profilo ap-

[46] L'art. 31 «*Introduzione dell'articolo 6 bis d. lgs. 231/01*» prevede che: «1. Dopo l'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 è aggiunto il seguente: «Art. 6 *bis* (*Modelli di organizzazione dell'ente qualificato come impresa alimentare*). – 1. Nei casi di cui al precedente articolo, il modello di organizzazione e gestione idoneo ad avere efficacia esimente o attenuante della responsabilità amministrativa delle imprese alimentari costituite in forma societaria, come individuate ai sensi dell'articolo 3 del Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28.1.2002, deve essere adottato ed efficacemente attuato assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici, a livello nazionale e sovranazionale, relativi: *a*) al rispetto degli standard relativi alla fornitura di informazioni sugli alimenti; *b*) alle attività di verifica sui contenuti delle comunicazioni pubblicitarie al fine di garantire la coerenza degli stessi rispetto alle caratteristiche del prodotto; *c*) alle attività di vigilanza con riferimento alla rintracciabilità, ovvero alla possibilità di ricostruire e seguire il percorso di un prodotto alimentare attraverso tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione; *d)* alle attività di controllo sui prodotti alimentari, finalizzati a garantire la qualità, la sicurezza e l'integrità dei prodotti e delle relative confezioni in tutte le fasi della filiera; *e)* alle procedure di ritiro o di richiamo dei prodotti alimentari importati, prodotti, trasformati, lavorati o distribuiti non conformi ai requisiti di sicurezza degli alimenti; *f)* alle attività di valutazione e di gestione del rischio, compiendo adeguate scelte di prevenzione e di controllo; *g*) alle periodiche verifiche sull'effettività e sull'adeguatezza del modello. // 2. I modelli di cui al comma primo, avuto riguardo alla natura ed alle dimensioni dell'organizzazione e del tipo di attività svolta, devono in ogni caso prevedere: *a)* idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività ivi prescritte; *b)* un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello; *c)* un idoneo sistema di vigilanza e controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla genuinità e alla sicurezza dei prodotti alimentari, alla lealtà dell'imprenditore commerciale nei confronti dei consumatori, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico.
3. Nelle piccole e medie imprese, come individuate ai sensi dell'articolo 5 l. 11 novembre 2011 n. 180, il compito di vigilanza sul funzionamento dei modelli in materia di reati alimentari può essere affidato anche ad un solo soggetto, purché dotato di adeguata professionalità e specifica competenza anche nel settore alimentare nonché di autonomi poteri di iniziativa e controllo. Tale soggetto è individuato nell'ambito di apposito elenco nazionale istituito presso le Camere di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura con provvedimento del Ministero della Sviluppo Economico.
4. Il titolare di imprese alimentari aventi meno di dieci dipendenti e volume d'affari annuo inferiore a 2 milioni di euro può svolgere direttamente i compiti di prevenzione e tutela della sicurezza degli alimenti o mangimi e della lealtà commerciale qualora abbia frequentato corsi di formazione adeguati alla natura dei rischi correlati alla propria attività produttiva nel rispetto dei contenuti e delle articolazioni, da definirsi mediante accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano entro il termine di dodici mesi dall'entrata in vigore della presente legge. In tali ipotesi, non ha l'obbligo di designare l'operatore del settore degli alimenti o dei mangimi, il responsabile della produzione e il responsabile della qualità».

File riservato ad esclusivo fine di studio

pena evidenziato: se, da un lato, la decisione di semplificare le procedure preventive previste dal d. lgs. n. 231/2001 per le piccole e medie imprese rappresenta un primo, interessante, passo verso la valorizzazione del dato dimensionale dei destinatari del d. lgs. n. 231/2001 ed un ridimensionamento «verso l'alto» del loro catalogo che porti ad escludere le società di piccole dimensioni dal suo ambito, dall'altro, però, genera disorientamenti sulla sua ragionevolezza, introducendo una palese difformità di trattamento tra le piccole e medie imprese che operano in questo comparto rispetto a quelle che operano invece in tutti gli altri comparti dell'economia.

Nell'eventualità in cui venisse effettivamente varata tale riforma potrebbero porsi problemi di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'uguaglianza-ragionevolezza, in relazione all'art. 6 d. lgs. n. 231/2001 in materia di Modelli di organizzazione, non permettendo – tra le altre cose – ad altre omologhe imprese di piccole dimensioni attive in campi differenti da quello agroalimentare di beneficiare del medesimo regime semplificato per l'adozione di procedure preventive della commissione di reati. La speranza è che un simile interessante sistema sia, quindi, generalizzato ed esteso dal legislatore ad altri campi dell'attività economica altrettanto rilevanti[47].

4.4. I problemi sollevati dall'art. 24 ter *d. lgs. n. 231/2001 sull'estensibilità della responsabilità degli enti ai reati non espressamente indicati nella c.d. «parte speciale»: a) il problema dei reati associativi*

Altro esempio emblematico di addenda della parte speciale del d. lgs. n. 231/2001 foriera di problemi applicativi è rappresentato dall'inserimento al suo interno degli artt. 416 e 416 *bis* c.p. tramite l'art. 24 *ter* d. lgs. n. 231/2001, avvenuto con il concitato e mal calibrato «pacchetto sicurezza» del 2009. In tal caso, non sono sorti problemi di collegamento con la parte generale a causa della previsione di regole o elementi divergenti o contrastanti con quelli in essa fissati, bensì con la stessa parte speciale, ponendosi interrogativi sulla sua estensibilità anche a reati non compresi al suo interno.

Ed invero, la decisione di dilatare il raggio di azione della responsabilità degli enti per la prima volta anche ai reati associativi ha sollevato subito non pochi interrogativi circa il possibile ampliamento surrettizio «a cascata» del catalogo dei reati-presupposto, dubitandosi se queste fattispecie potevano o meno fungere da «cavallo di troia» per l'inserimento di altre fattispecie non espressamente menzionate nella c.d. parte speciale ma costituenti reati-fine delle associazioni, come ad esempio i reati tributari o i reati contro l'incolumità pubblica. Si è cioè paventato il rischio che questa scelta politico-criminale consentisse di fatto

[47] C. Cupelli, *Il cammino verso la riforma dei reati agroalimentari*, cit., p. 15.

File riservato ad esclusivo fine di studio

alla giurisprudenza di estendere autonomamente in via ermeneutica l'ambito di operatività del d. lgs. n. 231/2001 al di là delle fattispecie tassativamente elencate dagli artt. 24 ss., fino a ricomprendervi tutti i reati-scopo delle associazioni per delinquere, anche quelli non esplicitamente elencati[48].

Avverso tale eventualità palesemente *contra legem* si è obiettato prontamente che questa potrebbe determinare il dissolvimento di due capisaldi del sistema della responsabilità amministrativa da reato: il principio di legalità e la funzione di prevenzione generale dei meccanismi di mappatura dei rischi e di approntamento delle necessarie procedure di controllo, *a priori* di una «colpa di organizzazione» conforme al parametro della responsabilità personale. L'esposizione dell'ente a conseguenze sanzionatorie discendenti dalla omessa prevenzione di reati diversi da quelli che, per legge, avrebbe dovuto sapere di avere l'obbligo di prevenire, potrebbe inesorabilmente spazzar via entrambi, oppure generare sempre la mancanza della colpa d'organizzazione dell'ente[49].

I dubbi sul punto sembrano essere stati definitivamente fugati dalla Suprema Corte nella nota sentenza ILVA del 2014, nella quale, tra le altre cose, è stata fornita risposta negativa al quesito sull'estensibilità – per il tramite delle fattispecie associative di cui all'art. 24 *ter* – del raggio di azione del d. lgs. n. 231/2001 ai reati non annoverati nel catalogo tassativo dei delitti-presupposto.

In quell'occasione la Cassazione ha precisato che, in forza del principio di tassatività, i reati associativi possono trovare applicazione unicamente in relazione alle fattispecie indicate nel d. lgs. n. 231/2001 e non anche ad altre ad esso estranee, come per l'appunto i reati di omessa adozione di cautele antinfortunistiche di cui all'art. 437 c.p., disastro innominato di cui all'art. 434 c.p. *etc.*, contestati in quella specifica vicenda processuale. Su questa premessa, costruendo il relativo catalogo in guisa di *numerus clausus* — in quanto espressivo di valutazioni di meritevolezza e di necessità di pena appartenenti alle esclusive prerogative del legislatore — è stato sostenuto che l'art. 416 c.p. può assurgere a fonte della responsabilità dell'ente solo se oggetto del programma associativo siano delitti inseriti nel predetto catalogo.

Si è così faticosamente approdati, per via ermeneutica, alla conclusione che l'estensione non dovrebbe essere ammessa, perché in forza del principio di legalità i reati-scopo attribuibili all'ente sono solo quelli elencati nella parte speciale del d. lgs. 231/2001.

[48] La l. n. 94/2009, meglio nota come «pacchetto sicurezza», ha esteso la responsabilità degli enti ai delitti di cui agli artt. 416, 416 *bis,* 416 *ter* e 630 c.p., nonché ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416 *bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonchè ai delitti previsti dall'art. 74 del testo unico di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

[49] Per tali considerazioni critiche si rinvia a V. Maiello, *La confisca* ex *d. lgs. n. 231/2001 nella sentenza ILVA*, in *Giur. it.*, 2014, p. 970.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Secondo gli stessi giudici di legittimità, la diversa linea interpretativa seguita dal decreto di sequestro risulta errata «perché prende in considerazione ai fini della responsabilità amministrativa degli enti una serie di fattispecie di reato (segnatamente il disastro innominato, la rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro e l'avvelenamento di acque o di sostanze alimentari) del tutto estranee al catalogo dei reati presupposto e come tali inidonee a fondare una responsabilità dell'ente ai sensi del d. lgs. n. 231/2001», trasformando così – in violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal d. lgs. n. 231/2001 – l'art. 24 *ter* «in una disposizione "aperta", dal contenuto elastico, potenzialmente idoneo, a ricomprendere nel novero dei reati presupposto qualsiasi fattispecie di reato con il pericolo di un'ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo»[50].

4.4.1. (Segue) *b) il problema dei reati a c.d. «ambientazione mafiosa»*

Se tale profilo problematico sollevato dall'innesto dei reati di criminalità organizzata nella trama del d. lgs. n. 231/2001 pare essere stato superato grazie allo sforzo congiunto della dottrina e della giurisprudenza, non altrettanto può dirsi per un altro aspetto che sembra profilarsi all'orizzonte, ma che al momento non pare essere stato ancora affrontato in concreto nelle aule di giustizia, vale a dire quello implicato dall'altra locuzione ancor più elastica contenuta nell'art. 24 *ter* per individuare i suoi reati-presupposto che fa riferimento ai reati commessi «avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416 *bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo».

Anche questa locuzione che richiama l'aggravante della c.d. ambientazione mafiosa di cui all'art. 7 d.l. n. 162/1991 nella sua duplice declinazione del metodo e della finalità mafiosa[51] sembra potenzialmente recare lo stesso rischio estensivo implicato dai reati associativi; essa potrebbe essere letta come riferita a tutti i reati caratterizzati da queste peculiari «modalità mafiose» a prescindere dal loro inserimento nel catalogo tassativo dei reati-presupposto del d. lgs. n. 231/2001.

Anzi, i rischi in questa circostanza sono ancor più elevati e l'innalzamento del baluardo della legalità contro la sua percorribilità sembra non in grado di sortire gli stessi effetti prodotti in relazione alla pretesa *vis espansiva* dei reati associativi.

[50] Così Cass. 24 gennaio 2014, *n.* 3635, *ivi*, p. 964 ss.

[51] Sulla circostanza aggravante speciale c.d. della «ambientazione mafiosa» si rinvia per approfondimenti a G. de Vero, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 42 ss.; nonché, da ultimo, a L. Della Ragione, *L'aggravante della "ambientazione mafiosa"* (art. 7 d.l. 13.5.1991, n. 152), in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. Maiello, in *Trattato di diritto penale*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Giappichelli, Torino 2015, p. 69 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Ed invero, ritenere che l'estensione della responsabilità degli enti operata da questa locuzione ai reati aggravati dall'art. 7 d.l. n. 162/1991 debba essere circoscritta in forza del principio di legalità alle sole figure criminose già annoverate nella parte speciale del d. lgs. n. 231/2001 significherebbe avallare una sua tacita abrogazione.

Trattandosi di mera circostanza aggravante, non avrebbe senso reputare che il suo inserimento sia funzionale a garantire l'applicabilità del d. lgs. n. 231/2001 ai soli reati tassativamente elencati nel decreto caratterizzati dall'ambientazione mafiosa. Se questo fosse il senso della locuzione, sarebbe stato del tutto superflua la sua previsione all'interno dell'art. 25 *ter*: come tutte le figure circostanziali, infatti, anche l'art. 7 si sarebbe applicato ugualmente a tutti i reati contenuti nella parte speciale, a prescindere dal suo espresso richiamo nel 231.

Ciò significa che, facendo leva sull'argomento apagogico, la parte dell'art. 25 *ter* riferita al metodo e alla finalità mafiosa, per evitare di essere considerata come *inutiliter data*, rischia di poter essere letta in maniera estensiva e di consentire così l'inclusione nell'area della responsabilità degli enti di qualsiasi reato connotato dal metodo o dalla finalità mafiosa, anche (*recte*: soprattutto) quelli non ricompresi nella parte speciale del d. lgs. n. 231/2001.

Peraltro, la previsione di questa tipologia di reati ad ambientazione mafiosa nel catalogo dei reati-presupposto del «sistema 231» implica anche un'altra conseguenza di non poco momento non presa in considerazione dal legislatore: la necessità di adeguare i Modelli di organizzazione ad esigenze preventive diverse, che tengano conto più che delle aree di rischio individuate sulla base delle caratteristiche attività aziendali, sulla base opposta delle caratteristiche personali e delle relazioni affettive e di parentela dei componenti il *management* aziendale, la compagine sociale e quella dei lavoratori e collaboratori.

Nei Modelli, quindi, dovrebbero essere previsti nuovi e sinora inediti protocolli e procedure preventive incentrati sulla valutazione degli individui che operano a qualsiasi titolo, come apici o subordinati, nell'interesse o vantaggio dell'azienda.

4.5. Le questioni implicate dall'art. 25 undecies *in materia di reati ambientali dopo la riforma del 2015*

La costruzione della parte speciale del d. lgs. n. 231/2001 secondo il criterio della formazione progressiva ha evidenziato tutta la sua criticità nella recente riforma dei reati ambientali avvenuta con la l. n. 68/2015 con la quale si è provveduto ad inserire al suo interno alcune delle nuove figure delittuose contenute nel Titolo VI *bis* della Parte speciale del codice penale che, finalmente, facevano assurgere al rango di penalmente rilevante in maniera esplicita le forme di aggressione più gravi dell'ecosistema, quali, ad esempio, l'inquinamento ed il

File riservato ad esclusivo fine di studio

disastro ambientale[52]: mai come in questo caso sono emerse difficoltà di collegamento e raccordo tra la disciplina dettata per queste fattispecie e quella generale preesistente.

Com'è noto, infatti, all'esito di questa riforma, che ha integrato e superato la precedente varata con il d. lgs. n. 121/2011 ed immediatamente rivelatasi insoddisfacente perché ancorata a meri illeciti contravvenzionali in materia ambientale, dando origine a tentativi di forzature ermeneutiche della giurisprudenza per colmare tale lacuna come quelle oggetto della vicenda ILVA di cui si è detto in precedenza, l'articolo 25 *undecies* d. lgs. n. 231/2001 ha cambiato profondamente volto, allargando significativamente il suo perimetro. Le originarie lettere *a*) e *b*) del primo comma sono state dislocate nelle lettere *f*) e *g*) mentre i nuovi e più gravi reati ambientali di recente conio sono stati collocati in apertura nelle lettere precedenti, peraltro con cornici edittali congruamente più elevate in ragione del loro più marcato disvalore lesivo.

Nell'odierna formulazione, l'art. 25 *undecies* dispone, quindi, che all'ente si applica: «*per la violazione dell'articolo 452-bis, la sanzione pecuniaria da duecentocinquanta a seicento quote; b) per la violazione dell'articolo 452-quater, la sanzione pecuniaria da quattrocento a ottocento quote; c) per la violazione dell'articolo 452-quinquies, la sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote; d) per i delitti associativi aggravati ai sensi dell'articolo 452-octies, la sanzione pecuniaria da trecento a mille quote; e) per il delitto di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività ai sensi dell'articolo 452-sexies, la sanzione pecuniaria da duecentocinquanta a seicento quote; f) per la violazione dell'articolo 727-bis, la sanzione pecuniaria fino a duecentocinquanta quote; g) per la violazione dell'articolo 733-bis, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a duecentocinquanta quote*».

Inoltre, il nuovo co. 1 *bis* introdotto con la stessa riforma prevede che: «*Nei casi di condanna per i delitti indicati al comma 1, lettere a) e b), del presente articolo, si applicano, oltre alle sanzioni pecuniarie ivi previste, le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, per un periodo non superiore a un anno per il delitto di cui alla citata lettera a)*».

Ad un primo sguardo, la scelta del legislatore risulta coerente e funzionale al perseguimento degli obiettivi che si prefiggeva, inserendo nel catalogo dei reati-presupposto del d. lgs. n. 231/2001 tutti i nuovi delitti più gravi in materia di ambiente e incolumità pubblica di contestuale elaborazione, prevedendo, dunque, la possibilità di ascrivere all'ente i delitti di inquinamento e disastro ambientale di cui all'art. 452 *bis* e *quater* c.p., anche quelli colposi (art. 452 *quinquies* c.p.), di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (art. 452

[52] Per una disamina delle importanti novità apportate al diritto penale ambientale dalla riforma del 2015 si rinvia a *Il nuovo diritto penale ambientale*, a cura di A. Manna, Dike Giuridica Editrice, Roma 2016, *passim*; C. Ruga Riva, *I nuovi ecoreati*, Giappichelli, Torino 2015, *passim*.

File riservato ad esclusivo fine di studio

sexies c.p.), nonché quelli commessi nell'ambito di associazioni per delinquere anche di tipo mafioso (art. 452 *octies* c.p.).

Non di meno anche i compassi sanzionatori per le varie figure criminose sembrano calibrati in modo coerente con il principio di proporzione e con le istanze special-preventive positive, essendo previste sanzioni pecuniarie differenti per i vari reati-presupposto, in ragione della loro rispettiva gravità, nonché, per le fattispecie più significative indicate dalle lettere *a*) e *b*), anche eventuali sanzioni interdittive.

Tuttavia, nonostante i buoni propositi, la nuova disciplina della responsabilità da reato degli enti per i delitti ambientali risulta inappagante, rivelandosi insoddisfacente sia sul versante del catalogo dei reati-presupposto che continua a presentare vistose ed irrazionali lacune, sia su quello della dosimetria sanzionatoria dove ad uno sguardo più attento si ravvisano cornici di pena identiche per illeciti sensibilmente diversi e, soprattutto, cornici edittali irragionevolmente contrastanti con altre già previste dal legislatore per le medesime fattispecie.

In particolare, sul primo fronte, le perplessità emergono in ordine all'opinabile scelta (o censurabile distrazione?) del legislatore di non inserire nella «parte speciale» del d. lgs. n. 231/2001 anche la fattispecie di cui all'art. 452 *ter* c.p. che disciplina il delitto di *Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale*, introducendo così una peculiare ed insolita deroga alla figura generale di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto descritta dall'art. 586 c.p.

Se, invero, può anche essere tollerata la mancata inclusione nella parte speciale del d. lgs. n. 231/2001 di una figura criminosa dal disvalore sociale sensibilmente meno rilevante rispetto alle altre di nuova creazione, come quella del mancato impedimento del controllo dei luoghi da parte delle autorità di vigilanza di cui all'art. 452 *septies* c.p., risulta invece difficilmente comprensibile quella di un delitto così grave come quello descritto dall'art. 452 *ter* c.p.

L'unica ipotesi plausibile per spiegare questa strana «omissione» è che il legislatore abbia reputato il nuovo delitto di morte o lesioni cagionati da un inquinamento ambientale piuttosto che una fattispecie incriminatrice autonoma, una mera figura circostanziale del delitto di cui all'art. 452 *bis* c.p. già espressamente inserito nel catalogo dei reati-presupposto; partendo da tale presupposto – coerente con i criteri discretivi elaborati dalle Sezioni unite e, segnatamente, con il criterio della formulazione del precetto primario per rinvio[53] – ha forse ritenuto

[53] Com'è noto, con la sentenza Fedi del 2002 le Sezioni unite hanno individuato nella modalità di redazione del precetto primario il criterio discretivo tra una figura circostanziata ed una fattispecie incriminatrice autonoma, stabilendo che se è redatto «per rinvio» ad altra norma o comma precedente configura la prima, mentre se descrive *ex novo* il comportamento integra la seconda. Sul punto si veda R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie veramente circostanziale*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 295 ss., nonché, sia consentito rinviare al

File riservato ad esclusivo fine di studio

applicabile il d. lgs. n. 231/2001 al reato in questione a prescindere da un rinvio testuale ed esplicito all'art. 452 *ter* c.p. anche nell'art. 25 *undecies* del decreto.

Non di meno, una simile soluzione ermeneutica non risulta pienamente convincente, soprattutto se si muove dal presupposto che la responsabilità da reato degli enti abbia una natura sostanzialmente penale[54]. Essa, infatti, si fonderebbe su una violazione del principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost., nella sua duplice articolazione della riserva di legge e del divieto di analogia, ammettendo un ampliamento del catalogo dei reati in via interpretativa tramite il contributo della giurisprudenza che potrebbe decidere di innestarvi anche una fattispecie non espressamente richiamata[55]. In ogni caso, risulterebbe anche difficilmente conciliabile con le norme di disciplina interne al d. lgs. n. 231/2001 e con quelle generali in materia di illecito amministrativo, dal momento che sia l'art. 2 del d. lgs. n. 231/2001 che l'art. 1 della l. n. 689/1981 enunciano il principio di legalità escludendo il ricorso ad applicazioni analogiche da parte del giudice.

Tale contrasto con il principio di legalità sarebbe ulteriormente acuito se si accogliesse la diversa tesi prospettata da una parte della dottrina circa la natura

nostro *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2814 ss.; da ultimo, sui problemi posti dalle circostanze, cfr. F. Basile, *L'enorme potere delle circostanze sul reato: l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.

[54] Sul tema della natura giuridica della responsabilità degli enti collettivi si veda, tra i tanti, G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistica*, Pisa 2012, p. 324 ss.; V. Maiello, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 879 ss.; C. de Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano 2002, p. 237 ss.; G. De Francesco, *La responsabilità della* societas: *un crocevia di problematiche per un nuovo "modello" repressivo*, in *Legge Pen.* 2003, p. 372 ss., nonché, sia consentito, il nostro *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 151 ss. Da ultimo, si veda sul punto anche la recente e non chiarissima decisione delle S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, con nota critica di R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, cit., p. 215 ss. Dopo aver bollato in maniera superficiale «le dispute definitorie e classificatorie» sulla natura giuridica come «disquisizioni d'impronta prevalentemente teoretica» ed aver affermato in maniera apodittica che «senza dubbio, il sistema di cui si discute costituisce un *corpus* normativo di peculiare impronta, un *tertium genus*, se si vuole», la stessa decisione – poche righe dopo – afferma in modo contraddittorio che «parimenti non è dubbio che il complesso normativo in esame [...] abbia evidenti ragioni di continuità con l'ordinamento penale [...] sicchè [...] è doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principî costituzionali dell'ordinamento penale». Pur essendo intervenuta con intenti chiarificatori, questa decisione non apporta alcun contributo concreto alla diatriba sulla natura giuridica, ma ricade nel consueto e ripetuto errore di qualificarla come *tertium genus* e di trattarla come una responsabilità penale vera e propria, dimenticando che il dato formale della qualifica oggi è aspetto del tutto recessivo nella qualificazione di una sanzione e di una responsabilità contando – secondo l'oramai granitico orientamento della CEDU – soprattutto l'aspetto sostanziale. In termini critici sulla decisione cfr. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza*, cit., p. 220 ss.

[55] Per un analogo punto di vista cfr. Ruga Riva, *I nuovi ecoreati*, cit., 70.

File riservato ad esclusivo fine di studio

giuridica dell'art. 452 *ter* c.p.: secondo alcuni Autori, infatti, questa fattispecie non ha la fisionomia predetta della mera figura circostanziale, bensì incarna un titolo autonomo di reato. A sostegno di questa conclusione militerebbero solide ragioni di carattere sistematico, dal momento che le circostanze aggravanti di contestuale introduzione o sono state collocate topograficamente all'interno di apposite disposizioni espressamente denominate come tali (vedi in tal senso gli artt. 452 *octies* e *novies* c.p. rubricati, rispettivamente, «*Circostanze aggravanti*» e «*Aggravante ambientale*»), oppure sono state inserite direttamente all'interno della stessa fattispecie base, come nel caso dell'art. 452 *bis*, co. 2, c.p. Non essendo disciplinata la situazione in esame in alcuna delle due modalità appena descritte si desume *ex adverso* che il legislatore ha inteso costruirla come autonomo titolo di reato, probabilmente allo scopo di escludere il rischio che i consistenti aumenti di pena comminati per la morte causata dall'inquinamento ambientale possano essere elisi se attratti nel giudizio di bilanciamento con altre circostanze.

Sempre sotto tale versante, altrettanto inspiegabilmente rimane fuori dal catalogo dei reati presupposto anche il nuovo delitto di omessa bonifica dei siti contaminati di cui all'art. 452 *terdecies* c.p., nonostante vi rientri la contravvenzione extra-codicistica di omessa bonifica contemplata dall'art. 257 del Testo Unico dell'ambiente. Quest'altra svista del legislatore ingenera esiti manifestamente irragionevoli, consentendo di ascrivere all'ente l'ipotesi contravvenzionale meno grave descritta nel testo unico dell'ambiente del 2006, non però quella più grave di natura delittuosa tracciata dall'art. 452 *terdecies* c.p.[56]. Appare davvero incomprensibile per quale ragione l'ente debba essere chiamato a rispondere solo se il fatto integra la figura secondaria e residuale di cui all'art. 257 del d. lgs. 156/2006 e non anche quando configuri la nuova ipotesi delittuosa di cui all'art. 452 *terdecies* c.p. Peraltro, una simile disarmonia della disciplina potrebbe anche generare qualificazioni giuridiche strumentali dei fatti di omessa bonifica all'interno dei capi di imputazione, inducendo le Procure ad optare per la contestazione dell'ipotesi contravvenzionale quando abbiano intenzione di attingere anche l'ente coinvolto nel reato ambientale e di quella delittuosa quando l'ente sia già stato coinvolto nel processo tramite altre fattispecie incriminatrici.

Come si accennava, le incongruenze della riforma affiorano anche su un secondo fianco, quello della dosimetria sanzionatoria.

In particolare, la prima contraddizione è quella che si riscontra nella lettera *c*) dell'art. 25 *undecies* laddove è prevista – ancora una volta in modo presumibilmente inconsapevole – una medesima cornice edittale (la sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote) per i fatti di disastro ed inquinamento

[56] In tal senso cfr. Ruga Riva, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 69.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ambientale colposi contemplati all'art. 452 *quinquies* c.p. e puniti, invece, nelle fattispecie codicistica con pene sensibilmente diverse.

In questa nuova disposizione del d. lgs. n. 231/2001 il legislatore si è limitato a comminare l'entità della risposta sanzionatoria nei confronti degli enti «per la violazione dell'articolo 452-*quinquies», trascurando di considerare che la fattispecie incriminatrice richiamata al suo interno (l'*art. 452 *quinquies* c.p. per l'appunto) non uniforma affatto le due differenti condotte di disastro ed inquinamento ambientale se commesse a titolo colposo, bensì conserva il loro autonomo e diverso disvalore prevedendo l'applicazione delle analoghe riduzioni di pena in termini proporzionali, ma rapportandoli ragionevolmente alle diverse cornici edittali delle altre figure delittuose cui rinvia. La fattispecie colposa codicistica dei reati di inquinamento e disastro ambientali è, infatti, costruita per *relationem* con le figure delittuose base di cui, rispettivamente, agli artt. 452 *bis* e *quater* c.p., determinando la pena tramite la riduzione di quella edittalmente comminata per ciascuna delle due distinte ipotesi dolose; più precisamente, l'art. 452 *quinquies* dispone che «*Se taluno dei fatti di cui agli articoli 452-bis e 452-quater è commesso per colpa, le pene previste dai medesimi articoli sono diminuite da un terzo a due terzi. // Se dalla commissione dei fatti di cui al comma precedente deriva il pericolo di inquinamento ambientale o di disastro ambientale le pene sono ulteriormente diminuite di un terzo*».

Ad un più attento sguardo, l'opzione politico-criminale compiuta dal legislatore sul terreno del d. lgs. n. 231/2001 rispetto ai fatti colposi risulta, quindi, stridente con i principî di ragionevolezza, uguaglianza, proporzione ed adeguatezza della risposta punitiva, poiché finisce con l'equiparare ed appiattire per i soli enti due fattispecie che, invece, per le persone fisiche presentano sostanziali differenze di disvalore sia nelle ipotesi dolose che in quelle colpose. Ed infatti, il disastro ambientale doloso – proprio in ossequio ai precedenti principi – è punito nell'art. 452 *quater* c.p. con pene sensibilmente più elevate rispetto al mero inquinamento doloso di cui all'art. 452 *bis* c.p., contemplando la pena della reclusione da cinque a dieci anni in luogo della reclusione da due a sei anni e della multa da 10.000 euro a 100.000 euro; analogamente, il disastro colposo è sanzionato in modo decisamente più rigoroso rispetto all'inquinamento colposo: l'articolo 452 *quinquies* c.p., come si è visto poc'anzi, infatti, pur accorpando topograficamente le due condotte colpose in un'unica disposizione incriminatrice, di fatto, traccia forbici sanzionatorie diverse per l'una e per l'altra fattispecie[57].

Le perplessità sul punto non possono essere smussate osservando che l'equiparazione delle due figure colpose è solo apparente e formale, ma non anche sostanziale, poiché non è prevista per entrambe una comune pena fissa, rispetto alla quale anche in materia di responsabilità degli enti sono stati compiuti di

[57] In tal senso cfr. Ruga Riva, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 70.

File riservato ad esclusivo fine di studio

recente dallo stesso legislatore passi indietro per rimuovere compassi edittali altrimenti illegittimi, come ad esempio nell'ipotesi dell'art. 25 *septies* d. lgs. n. 231/2001 modificato con il d. lgs. n. 80/2008 per eliminare la sanzione fissa contemplata nella sua originaria versione per i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

La notevole ampiezza della forbice edittale comminata nell'art. 25 *undecies* lett. *c*) per i fatti di inquinamento e disastro ambientale colposi (sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote), pur consentendo di graduare tramite la discrezionalità del giudice la risposta punitiva in maniera modulata in base all'oggettiva, differente, portata lesiva delle due condotte, finisce pur sempre per contraddire la scelta compiuta nelle due nuove norme incriminatrici richiamate di segnare la loro diversa carica offensiva già a livello di comminatoria legale. Peraltro, la previsione di una sanzione graduabile tra un minimo ed un massimo è un vero e proprio «obbligo» per il legislatore, pena la declaratoria di legittimità costituzionale; non può, dunque, rappresentare un aspetto in grado di dimostrare la coerenza della nuova disposizione con quelle codicistiche in cui le ben diverse cornici edittali previste dalle fattispecie di inquinamento e disastro colposi rimarcano in modo chiaro ed immediato per le persone fisiche la loro differenza di disvalore. Il rischio di questa soluzione normativa è quello di alimentare dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., sostanziandosi essa nella previsione per uno stesso fatto di risposte sanzionatorie diversamente calibrate per gli enti e per le persone fisiche.

Infine, l'ultima indecifrabile scelta sul versante sanzionatorio è quella che scaturisce dall'art. 25 *undecies*, lett. *d*), nel quale il legislatore – sorretto dal condivisibile obiettivo di definire una strategia politico-criminale più efficace nei confronti delle associazioni criminali qualificate per la commissione di reati ambientali – ha introdotto la responsabilità da reato delle persone giuridiche anche per la fattispecie aggravata di cui all'art. 452 *octies* c.p., prevedendo l'inflizione in tal caso di una sanzione pecuniaria da trecento a mille quote[58].

Questa soluzione – per una sorta di eterogenesi dei fini – è destinata a produrre un irragionevole e paradossale effetto opposto rispetto a quello auspicato di implementazione della tutela penale dell'ambiente rispetto alla criminalità organizzata soprattutto di tipo mafioso, dal momento che finisce con il comminare una cornice sanzionatoria più blanda di quella che altrimenti sarebbe stata oggi applicabile ai gruppi criminali associati, anche quelli appartenenti alle c.d. «ecomafie».

Essa sembra, invero, dimenticare che il catalogo dei reati-presupposto del d. lgs. n. 231/2001 già annovera al suo interno i delitti di cui agli artt. 416 e 416

[58] In argomento si veda Ruga Riva, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 49 ss.; nonché, sia consentito, il nostro *Art. 452-octies*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G. Gatta, Ipsoa, Milano 2015, p. 2137 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

bis c.p. a partire dal 2009, prevedendo in caso di loro commissione sanzioni più severe di quelle introdotte nel nuovo comma dell'art. 25 *undecies*[59].

L'art. 24 *ter* d. lgs. n. 231/2001 commina per quei reati (a prescindere dai delitti scopo per la cui commissione l'associazione è stata organizzata) la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote e quelle interdittive di cui all'art. 9, co. 2, per una durata non inferiore ad un anno[60]. Ciò significa che nel caso di ogni altro reato associativo commesso nell'interesse o vantaggio di un ente collettivo, le sanzioni irrogabili saranno sensibilmente più severe, non solo perché il minimo della sanzione pecuniaria è più elevato, essendo quattrocento quote e non trecento, ma soprattutto perché è prevista l'applicazione congiunta anche di una delle sanzioni interdittive per la durata minima di un anno.

L'applicazione congiunta e obbligatoria delle sanzioni interdittive non consente di salvare da censure sotto il profilo dell'uguaglianza-ragionevolezza e della proporzione neanche le sanzioni pecuniarie previste per l'art. 416 c.p. che vanno da trecento ad ottocento quote, fatto salvo il comma 6 dello stesso articolo per il quale valgono quelle più severe descritte dal comma 1 dell'art. 24 *ter* d. lgs. n. 231/2001; anche rispetto a questo reato considerato meno grave altrove, le odierne sanzioni (che invece equiparano il 416 e il 416 *bis* c.p. senza alcuna eccezione, facendo sorgere anche sotto questo profili dubbi di ragionevolezza analoghi a quelli già esposti in precedenza per l'inquinamento ed il disastro ambientale) risultano più blande.

Più che colmare, dunque, una lacuna esistente nel sistema della responsabilità da reato delle persone giuridiche, l'inserimento dell'art. 452 *octies* c.p. sortisce l'esito opposto di introdurre un'illogica disciplina di favore per le associazioni finalizzate alla commissione di reati ambientali, rischiando, peraltro, di fornire le basi per una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., a causa del trattamento sanzionatorio più mite di cui finiscono per godere gli enti per i delitti associativi finalizzati alla realizzazione dei più gravi delitti ambientali del Titolo VI *bis* della parte speciale del codice penale.

5. Conclusioni

La difficile ricostruzione delle disordinate traiettorie tracciate dal legislatore nell'opera ultradecennale di completamento del d. lgs. n. 231/2001 lascia emergere un affresco poco confortante sulla sua razionalità complessiva, mostrando

[59] Per approfondimenti sulla struttura dell'art. 24 *ter* d. lgs. n. 231/2001 e sui suoi profili problematici si rinvia per tutti al recente lavoro di A. Mino, *La responsabilità degli enti*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. Romano, Utet, Torino 2015, p. 265 ss.
[60] Mino, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 281 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

in non poche occasioni segni evidenti di sfasamento tra i principî e le regole generali contenuti nella sua c.d. parte generale e la disciplina dei nuovi innesti effettuati nella parte speciale.

Anzi, molte delle riforme in precedenza analizzate, seppure concepite per colmare talune delle più significative lacune derivate del catalogo dei reati-presupposto, hanno ulteriormente confermato gli impedimenti che da sempre la responsabilità degli enti incontra nel raggiungere l'entelechia agognata, vedendosi costantemente condannata – spesso anche per colpevoli scelte delle Procure della Repubblica che continuano ad applicarla in maniera estremamente parsimoniosa sulla base di opinabili valutazioni discrezionali – a restare sospesa a livello di mera *dunamis* e a continuare a vivere più in potenza che nella realtà.

Ma vi è di più. La disarmonica fisionomia assunta gradualmente dal d. lgs. n. 231/2001 fa sorgere perplessità di carattere generale ancor più inquietanti per l'imminente futuro di tutto il diritto penale moderno incentrato sulla legalità: se un *iter legis* articolato e poli-fasico, tipico di un sistema bicamerale perfetto, in cui è previsto il doppio vaglio di Camera dei Deputati e Senato prima della definitiva approvazione di una legge, genera prodotti normativi di non eccellente qualità e forieri di notevoli problemi, cosa accadrà nel prossimo futuro se e quando il Senato – laddove dovesse essere varata riforma costituzionale attualmente in cantiere[61] – non avrà più competenze legislative in materia penale e lo scrutinio dei testi di legge sarà affidato ad un'unica Camera e, quindi, ad una dialettica parlamentare ridotta negli spazi e nei tempi?

[61] Sulla proposta di riforma presentata nel corso della XVII Legislatura dal Governo Renzi in data 8 aprile 2014 (A.S. n. 1429) ed attualmente al vaglio delle Camere, diretta a modificare profondamente la composizione e le attribuzioni del Senato della Repubblica si rinvia a A. Manzella, *La riforma del bicameralismo*, in *www.rivistaaic.it*, p. 1 ss.; F. Sgrò, *Riforma del Senato e contrappesi democratici*, *ivi*; P. Chirulli, *La riforma del Senato della Repubblica*, in *www.osservatorioaic.it*, p. 1 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Luigi Varanelli

Le misure cautelari nel sistema del decreto n. 231: casi e questioni alla luce delle più recenti pronunce[*]

La materia delle misure cautelari è molto ampia ed in questi primi quindici anni forse rappresenta quella che ha registrato le sollecitazioni più interessanti, risultate il precipitato di una connotazione normativa che non è assolutamente simmetrica rispetto a quella delle misure cautelari personali e reali previste dal codice di rito.

Peraltro, ha anche esplicato un effetto indiretto, per converso, proprio sulle misure cautelari reali del codice di rito.

In particolare, come ha evidenziato l'esperienza milanese – che posso direttamente testimoniare come G.I.P. e G.U.P. per dieci anni allorché mi è stata assegnata la trattazione di diversi procedimenti, a partire dal 2006, *ex* d. lgs. n. 231, dal caso *Siemens ENI Power*, alle *Scalate Antonveneta e BNL*, fino al processo nei confronti del *San Raffaele* – proprio la vicenda cautelare, soprattutto reale, è stata quella che ha segnato i fermenti più vividi, condizionando in modo decisivo poi il prosieguo del procedimento, per lo più, definito in udienza preliminare con riti alternativi, senza approdare al dibattimento.

Vicenda cautelare nei confronti degli enti imputati *ex* d. lgs. n. 231 molto più incisiva che per la normalità dei procedimenti ordinari nei confronti di imputati persone fisiche tant'è che la definizione con rito speciale di questi ultimi non è risultata altrettanto condizionata come per i primi.

In particolare, l'esperienza giudiziaria milanese ha evidenziato come il *giudicato cautelare* nei confronti degli enti ha quasi sempre determinato l'ente imputato ad adire i riti alternativi con particolare predilezione per il patteggiamento; anzi, come meglio verrà esaminato *infra*, ha costituito un notevole sprone per le *condotte riparatorie* con le conseguenze premiali, per lo più colte dagli enti imputati.

[*] Trascrizione rivista, corredata delle note essenziali, della relazione tenuta al Convegno «Quindici anni di responsabilità da reato degli enti» svoltosi a Padova il 4 marzo 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Del resto, la peculiarità dell'esperienza della giurisprudenza milanese è derivata anche dal notevole numero di iscrizioni di tali procedimenti, assolutamente imparagonabile rispetto ad ogni altro distretto nazionale, pur ampliandosi negli anni l'elenco dei reati presupposti: basti pensare anche alla materia colposa; quindi, di amplissima applicazione rispetto, invece, ai reati societari e di abuso del mercato, più specifici dell'esperienza milanese.

Nondimeno, la pur iniziale convinzione della Procura della Repubblica milanese nella iscrizione degli illeciti *ex* 231, poi progressivamente di molto scemata, ha, tuttavia, incontrato ostacoli e incertezze anche organizzative fino ad almeno un lustro dall'entrata in vigore, come quando potei riscontrare, a seguito della prima pronuncia di sentenza di patteggiamento nei confronti di un ente, che non era stato predisposto e aggiornato il registro generale informatico (l'ex *REGE),* sicché era insorto pure un problema anche nell'annotazione del passaggio in giudicato del titolo.

Le incertezze e resistenze, tuttavia, non costituivano solo un problema amministrativo, – già di per sé nient'affatto irrilevante –, ma rivelavano anche un problema culturale, di approccio, tanto che si dovette, prima ancora che riorganizzare l'ufficio preposto all'esecuzione delle sentenze, anche «*convincerlo*».

Tuttavia, la pur notevole alacre predisposizione della Procura di Milano dal 2004-2005 in poi ad iscrivere procedimenti *ex* 231 in presenza dei presupposti di legge non fu per nulla pervasiva e comune.

Quante volte mi furono assegnati procedimenti molto importanti per reati presupposto che implicavano la responsabilità *ex* 231 dell'ente retrostante, come nella vicenda delle truffe per la manipolazione di DRG in materia sanitaria coinvolgente una serie di cliniche private le quali, tuttavia, di per sé non furono attinte, concentrandosi invece l'azione solo sugli autori persone fisiche dei reati presupposto, senza alcuna contestazione dell'illecito conseguenza nei confronti dell'ente!

Invero, a fronte della discussa natura discrezionale dell'azione *ex* decreto 231, confortata dal potere di archiviazione rimesso allo stesso Organo Requirente, in perfetto contrappunto, difetta lo strumento di presidio specifico dell'obbligatorietà, invece previsto per il procedimento ordinario nei confronti delle persone fisiche: ossia il controllo del G.I.P. attraverso i poteri *ex* art. 409 ss. c.p.p. con particolare riguardo all'imputazione coatta oltre che alle indagini *iussu iudicis*.

In particolare, l'imputazione coatta consentirebbe di incidere nelle ipotesi in cui, promossa l'azione per il reato presupposto, a fronte dell'evidente sussistenza dell'interesse-vantaggio per l'ente in favore del quale l'apicale aveva commesso il reato, cionondimeno la Procura, esercitando un potere di fatto del tutto insindacabile, non si attivi disponendo l'iscrizione dell'ente per l'illecito conseguenza.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Orbene, queste premesse di carattere generale tratte dall'esperienza giudiziaria milanese, introducono l'analisi di casi e questioni in materia cautelare, significando quanto – nei procedimenti iscritti *ex* 231 – la definizione sia stata sollecita nel senso sopra specificato, non solo, per gli enti stessi, ossia per gli illeciti conseguenza, ma pure, per quelli per i reati presupposti commessi dagli apicali.

Al riguardo, la vicenda *scalata Antonveneta* fu esemplare, attesa la definizione in sede di udienza preliminare, non solo, della quasi totalità degli enti imputati, ma anche, delle persone fisiche, ossia degli apicali, con netta prevalenza per il patteggiamento.

Svolta la premessa generale, procedendo, quindi, alla disamina della materia cautelare, segnalandone solo taluni dei casi e delle questioni più emblematiche, va, innanzitutto, rimarcato l'istituto della *sospensione delle misure cautelari di cui all'art. 49* del decreto 231.

Orbene, è un istituto che si connota in maniera inedita rispetto alla struttura delle misure cautelari del codice di rito, significando un elemento molto importante del sistema delle misure cautelari delineato nel decreto 231, cioè quella filosofia che accompagna tutto il sistema della responsabilità da reato degli enti, non solo, della *premialità* di per sé, ma *dell'incentivo proprio rispetto alla condotta riparatoria* come elemento, non solo premiale, ma anche come *elemento che è funzionale al ripristino della correttezza dei rapporti economici che è stata violata dalla commissione dell'illecito* ex *231.*

In particolare, la commissione dell'illecito *ex* 231, oltre al disvalore giuridico in sé, rappresenta un elemento di *distorsione economica, siccome ha turbato l'ordine economico, il mercato, generando* profitti illeciti, all'origine di squilibri inaccettabili.

Di qui, la *necessità prioritaria di ablare il profitto illecito* e di ricondurre l'ente nei binari della legalità e correttezza *con operazioni ortopediche che sono già predisposte dal sistema cautelare.*

La *ratio* è, dunque, quella di *favorire il recupero con un'operazione incentivante.*

Peraltro, la peculiarità del sistema cautelare degli enti proprio per questo profilo è stata criticata dalla dottrina[1] che ne ha colto incoerenze sistematiche.

In particolare, la censura dogmatica dell'effetto premiale è stata appuntata sul rilievo che lo stesso è anticipato alla fase cautelare, necessariamente precedente quella dell'accertamento di merito.

Orbene, la dottrina ha acutamente osservato che questo effetto premiale, in quanto anticipato ad una fase cautelare, determina *una sorta di ammissione*

[1] Per tutti, A. Presutti in *La responsabilità degli Enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, di A. Bernasconi, C. Fiorio, A. Presutti, Cedam, Padova 2008, p. 439.

File riservato ad esclusivo fine di studio

di colpevolezza ante litteram; in ultima analisi contrastante con il principio di colpevolezza consacrato dall'art. 27 della Costituzione.

Cionondimeno, va osservato che è rimesso all'Ente assumere l'iniziativa e valutarne le conseguenze, benché in una fase anticipata: si tratta di scegliere la strategia più opportuna, se contrastare l'addebito sin dalla fase cautelare, allorché l'accusa non è nemmeno cristallizzata e le indagini sono per definizione ancora in divenire; ovvero innescare deliberatamente il meccanismo della sospensione della misura cautelare in forma anticipata.

Precisamente, nel momento in cui si applica il meccanismo di cui all'art. *47* volto all'applicazione di una misura cautelare interdittiva, instaurandosi il contraddittorio anticipato fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, spetta all'Ente valutare *se paralizzare la misura interdittiva* stessa, *offrendo una cauzione*, ma soprattutto *realizzando* delle precise, puntuali – il sistema è strutturato per evitare intenti dilatori – *misure di riorganizzazione e risarcendo il danno e attuando le condotte riparatorie previste e restituendo subito il profitto.*

Invero, proprio la *messa a disposizione del profitto* del reato presupposto è stata censurata come una forma di ammissione di colpevolezza dell'ente, pur nella fase cautelare, anzi prodromica alla stessa emissione della misura cautelare interdittiva.

Tuttavia, gli Enti, se ravvisano la sussistenza di una certa fondatezza dell'iniziativa del P.M., hanno, di norma, interesse alla definizione anticipata, sia della vicenda cautelare che di quella di merito.

I processi milanesi prima indicati, in particolare quello della *Scalata Antonveneta*, fecero registrare un intenso effetto deflattivo, almeno in sede di udienza preliminare, determinando forme di definizione anticipata molto ampie.

Potremmo dire che *l'analisi economica del diritto*; nella specie del diritto punitivo delineato dal decreto 231, assume valenza dirimente.

Del resto, proprio le *misure cautelari interdittive* – in perfetto contrappunto con le sanzioni interdittive – sono quelle *più incidenti sull'operatività* e che producono gli effetti più pregiudizievoli per gli Enti, tant'è che sono configurate proprio *per innescare un effetto recuperatorio.*

Ora, se questo *effetto premiale*, anticipato persino alla fase cautelare, dogmaticamente desta talune perplessità, in realtà, non può trascurarsi che costituisce quel sistema che permette di realizzare questa finalità – che è una di quelle più importanti della normativa – nel più breve tempo possibile, anche perché l'operare dell'ente è in termini di *economicità, di convenienza*[2].

Affrontare un processo è di per sé costoso e, soprattutto, deleterio per l'immagine dell'Ente, con riguardo ai riverberi economici; inoltre, a fronte della va-

[2] Cfr. L. Varanelli, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, Bologna 2014, *sub* art. 49, p. 1092 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

lutazione della fondatezza della prospettiva accusatoria e, quindi, del probabile rischio di una misura interdittiva e poi di una sanzione interdittiva con i conseguenti effetti devastanti, è interesse dello stesso Ente attivarsi per innescare la sospensione e, se, correttamente nel termine perentorio concesso, adempiute le prescrizioni che sono state imposte, paralizzare e, infine, determinare l'estinzione della misura.

La sospensione della misura cautelare sortisce anche un ulteriore effetto positivo: quello della creazione dei *presupposti dell'effetto premiale relativo anche alla definizione del giudizio complessivo, realizzando un effetto riparatorio molto importante*.

Orbene, nel sistema della 231 vi è una *dicotomia apparente* tra le *misure interdittive*, che quindi sono il contrappunto delle sanzioni interdittive, da un lato; e *le misure reali*, il sequestro preventivo che è il contrappunto, il *pendant* della confisca, dall'altro.

Al riguardo della confisca di cui all'art. *19*, come ribadito dalla pronuncia della *Suprema Corte a Sezioni Unite del 2008* (*Fisia Italimpianti,* n. 26654, 27 marzo 2008) sulla ampiezza del profitto che ne deve costituire l'oggetto, ne è chiara la natura *sanzionatoria, obbligatoria, indefettibile e autonoma.*

Tale assunto è molto importante, perché il sequestro, come la giurisprudenza successiva ha chiarito, ossia il *sequestro* preventivo che è funzionale alla confisca-sanzione autonoma, è anch*'esso obbligatorio*.

Sennonché, va rilevato che *non vi è simmetria tra i presupposti delle diverse tipologie di misure cautelari*.

Da una parte, la disciplina del sequestro, di cui all'art. *53*, contiene un richiamo ad alcune norme del codice di rito, come l'art. 321 c.p.p., ma non esplicita comunque i presupposti dell'atto cautelare reale.

Dall'altra parte, la disciplina delle misure cautelari interdittive, di cui all'art. *45*, invece, prevede espressamente, quali presupposti, i *gravi indizi di responsabilità dell'ente*.

Peraltro, *gravi indizi di responsabilità* riferiti, secondo quanto chiarito dalla Cassazione Sez. 6^, *La Fiorita,* (Cass. pen., sez. VI, n. 32627, 23 giugno 2006) *all'intera fattispecie nel suo complesso,* attingendone *tutti gli elementi costituitivi.*

Al contrario, il sequestro di cui alla 231 per i presupposti, al di là del richiamo ad alcune norme del codice di rito ordinario, non reca alcuna esplicitazione.

Sul punto, dunque, si è registrato un contrasto ermeneutico per sostanziare siffatti presupposti per la misura cautelare reale della 231: la giurisprudenza prevalente, – in particolare le ultime tre sentenze, la *Associazione integrazione immigrati* (Cass. pen., sez. II, n. 41435, 16 settembre 2014), la *Calamai* (Cass. pen., sez. IV, n. 51806, 18 novembre 2014) e la *Imet* (Cass. pen., sez. II, n.41354, 11 giugno 2015) –, è granitica, ma anche molto sbrigativa, nell'affermare che si

File riservato ad esclusivo fine di studio

applica lo stesso *standard* probatorio del sequestro previsto dal codice di rito e, quindi, che non è previsto uno *standard* probatorio che presupponga la ricorrenza dei gravi indizi di colpevolezza, come appunto per le misure cautelari personali.

In sostanza, richiamando, in ordine ai presupposti del sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p., i canoni declinati dalla Giurisprudenza, – che però ha comunque registrato una progressiva evoluzione di cui *infra* – viene evocato il concetto di *astratta configurabilità del fatto in una fattispecie indicata dal P.M.*; insomma, per il sequestro preventivo occorre l'astratta sussumibilità del fatto nella fattispecie indicata da PM e l'altro elemento è la *pericolosità della cosa.*

Sennonché, tale arresto – seppur anch'esso sottoposto a lenta e, almeno, incipiente revisione – attiene al sequestro come *sequestro preventivo* della *res pericolosa* funzionale alla *confisca*, intesa come *misura di sicurezza*, secondo i canoni dell'art. 240 c.p.

In sostanza, l'indirizzo prevalente richiamato non si pone alcun problema di omogeneità di disciplina e natura del sequestro di cui all'art. 321 c.p. rispetto a quello di cui all'art. 53 del decreto 231, risolvendo la questione muovendo dal laconico richiamo normativo contenuto nel comma primo dello stesso art. 53.

Peraltro, va, innanzitutto, osservato che l'ulteriore supporto ermeneutico alla tesi prevalente, ossia quello del generale richiamo al codice di rito ordinario contenuto nell'art. 34, siccome deve soggiacere proprio al vaglio di *compatibilità*, non può che risolversi anche nel suo contrario, ossia proprio pervenendo all'opposta conclusione della *ritenuta incompatibilità* tra il sequestro previsto dall'art. 53 del decreto 231 e quello preventivo del codice di rito previsto dall'art. 321 c.p.p., siccome finalizzato alla confisca misura di sicurezza *ex* art. 240 c.p.

Ed invero, la semplicistica equazione sottesa all'indirizzo prevalente trascura la valenza dirimente assegnata alla pericolosità della *res* da sequestrare in funzione della confisca.

In sostanza, affermata l'identità dello *standard* probatorio per entrambi i tipi di sequestro; l'unica particolarità delle pronunce in questione riguarda proprio la *pericolosità.*

Ed invero, la *pericolosità* nel sistema 231 non è un connotato ulteriore: va sequestrato, in funzione della confisca, ovviamente, il *profitto*, il *prezzo* del reato e, quindi, occorre *solo la confiscabilità del bene attinto, ma non anche la sua pericolosità*; quest'ultimo giudizio, al contrario, riguarda solo le misure di sicurezza.

Nel decreto 231 occorre *solo la confiscabilità* con riguardo al *profitto* del reato, diretto o per equivalente.

In tale scenario, va, dunque, evidenziata l'importantissima *sentenza Codelfa,* (Cass. pen., sez. VI, n. 34505, 31 maggio 2012), la quale ha prospettato un'esegesi che postula *vari gradi di colpevolezza per il sequestro*, muovendo dai seguenti perspicui rilievi.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Il primo: che se il dato letterale sembra disomogeneo perché tra i presupposti delle misure cautelari interdittive è indicata la necessità di *gravi indizi di responsabilità dell'ente*, mentre nel sequestro non sono evocati, è anche vero, tuttavia, che il sequestro di cui all'art. 53 è finalizzato alla confisca che non ha nulla a che vedere con la confisca di cui al 240 c.p.

Indi, solo la confisca di cui al decreto 231 *ex* art. 9 è una sanzione principale con la conseguenza che, vertendosi di atto di natura sanzionatoria, è chiaramente implicato un accertamento di responsabilità, tale che, retrospettivamente, ossia nella fase cautelare, trova il puntuale contrappunto sotto forma di *gravi indizi di responsabilità*.

Nell'ipotesi, contraria, invece, si determinerebbe una scissione veramente singolare: nella fase cautelare lo *standard* probatorio è estrinseco e astratto – nel senso invalso per il sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p, come di *astratta configurabilità del fatto in una fattispecie indicata dal P.M.* –; nella fase definitiva, invece, in modo del tutto distonico, la sanzione, come tale, richiederebbe necessariamente il pieno accertamento di una responsabilità; in particolare, se si celebrasse il processo con il rito ordinario.

Nondimeno, tale distonia provocherebbe una sorta di inconciliabilità tra la fase cautelare e quella di merito, quando, invece, il principio dell'*accessorietà* immanente a tutto il sistema cautelare, ossia dell'accessorietà della cautela rispetto al merito, verrebbe minato dalla giustapposizione degli *standard* probatori.

Il secondo: è che il riferimento alle norme del codice di rito, in realtà, è operato solo per alcuni effetti, tant'è che l'art. 53 non evoca *tutte* le norme del sequestro preventivo, *ma solo alcune* di esse, proprio a significare la selezione, quindi solo *i limitati effetti di questo richiamo*, ferma, invece, *la generale clausola di compatibilità* di cui all'art. *34* del decreto 231.

Ed è proprio la generale clausola di compatibilità *ex* art. 34 che sovviene per dirimere, *ma in senso negativo*, il preteso generale rimando allo *standard* probatorio del sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p., atteso che tale compatibilità, per le ragioni esposte, non sussiste.

L'incompatibilità, proprio *ex* art. 34 del decreto 231, tra il sequestro di cui all'art. 53 del decreto 231 e il sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p. non emerge per ragioni garantiste, ma proprio di sistematicità.

Ne consegue che è più confacente al sistema, il postulato dei gravi indizi di responsabilità anche per il sequestro di cui all'art. 53.

Ora, richiamando una delle introduttive considerazioni generali, va affrontata la questione del riverbero rispetto alle *misure cautelari reali, tout court*.

Ebbene, muovendo dalla nota pronuncia della *Corte Costituzionale del 1994* (Corte costituzionale n. 48 del 1994), si è affermato il principio che le misure cautelari reali non implicano lo stesso *standard* probatorio delle misure caute-

File riservato ad esclusivo fine di studio

lari personali perché i beni in gioco sono di rango notevolmente diverso: i beni, e quindi i diritti dominicali, nel primo caso; la libertà personale, nel secondo.

Tale fondamentale discrimine consente al legislatore di prevedere degli *standard* probatori completamente diversi.

Di qui, l'elaborazione del parametro *dell'astratta configurabilità (del fatto in una fattispecie indicata dal P.M.)*.

Tuttavia, la stessa Corte costituzionale ha precisato che dev'essere qualcosa di più pregnante, concreto, di una mera verifica estrinseca e formale.

Indi, le *Sezioni Unite nel 2003, Innocenti* (Cass., Sez. Un., n. 12878, 29 gennaio 2003) hanno connotato in maniera ancora più pregnante questo vaglio, che rimane astratto, ma che, soprattutto in fase di riesame con l'introduzione del contraddittorio, impone al giudice un sindacato più penetrante e, quindi, più concreto.

Certo, nella sostanza, appare il rischio di confrontarsi con un ossimoro, perché *l'astratta configurabilità* è sempre qualcosa di diverso dal *concreto*.

Tuttavia, nelle ultime pronunce sulle misure cautelari reali nei confronti della persona fisica questo *processo di concretizzazione*, – che non è ancora approdato alla soglia dei gravi indizi di colpevolezza, ma di richiesta di *qualcosa in più* della mera configurabilità – è evidente.

Ecco allora che proprio la diversa struttura dell'illecito configurato dal decreto 231, il diverso apparato sanzionatorio e, conseguentemente, cautelare, ha ravvivato il dibattito anche sulle misura cautelare reali nei confronti della persona fisica disciplinato dal codice di rito; dibattito il quale, invece, tralaticiamente era, soprattutto nella giurisprudenza di merito, supinamente assestato senza dirompenti approfondimenti.

È evidente, dunque, anche guardando ai riverberi diretti, sia in dottrina che, soprattutto, in giurisprudenza, il fermento del dibattito sperimentato all'interno del decreto 231 sui presupposti del sequestro *ex* art. 53.

Del resto, dalla riviviscenza del dibattito sui presupposti del sequestro del codice di rito, si coglie l'ulteriore effetto relativo ad un altro importante elemento: *la proporzionalità*.

Ed invero, mentre la *proporzionalità* e l'*adeguatezza* nelle misure cautelari personali sono un requisito fondamentale, – tanto che il recente intervento normativo ha, anzi, ulteriormente connotato l'adeguatezza –; non è dato altrettanto per le misure cautelari reali, nel silenzio del codice.

Nondimeno, è stata la giurisprudenza, per gradi, a prospettare e poi a postulare il requisito della proporzionalità, proprio perché, se anche il sacrificio di un bene non ha lo stesso valore di quello della libertà della persona; tuttavia, è irrazionale –anche rispetto all'art. 3 Cost. – non prevedere una *proporzionalità tra il sacrificio e l'offesa*; benchè tale sacrificio incidesse solo su beni e non sulla libertà personale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Orbene, proprio nel sistema delle misure cautelari del decreto 231 la *proporzionalità* e l'*adeguatezza*, e la *gradualità* delle misure interdittive sono, invece, postulati espressamente dall'art. *46*, tanto che la figura del commissario *ad acta*, – che è un surrogato rispetto alla misura cautelare interdittiva (come l'omologo *pendant* nella fase sanzionatoria) –, quando sussistono gli stessi presupposti, ossia i problemi occupazionali, l'impresa di rilevante interesse e una sanzione che rischia di interrompere, in modo generico, l'attività, emerge in tutta la rispettiva espansiva valenza.

Peraltro, l'effetto interruttivo dell'attività dell'ente è presidiato dai filtri della proporzionalità, adeguatezza e residualità, nei casi previsti, proprio attraverso il commissario *ad acta* anche quando non è in questione una vera e propria misura interdittiva dell'attività *tout court*, ma anche quando l'effetto interruttivo consegua a provvedimenti cautelari, sempre interdittivi, ma in astratto di minore impatto, benché in concreto altrettanto devastanti.

In particolare, attraverso la proporzionalità, l'adeguatezza e la gradualità, il sistema del decreto 231 mira a scongiurare che, in quelle peculiari evenienze previste per l'intervento del commissario *ad acta,* anche qualora non sia stata emessa la misura della *interdizione* – di per sé interruttiva dell'attività –, l'interruzione dell'attività consegua *de facto* all'applicazione di meno grave, in astratto, misura interdittiva.

È il caso della *sospensione*, per esempio, *di un contratto, di una licenza, di un provvedimento ampliativo*, la cui sospensione, di fatto, determina l'interruzione dell'intera attività di quell'ente, il quale, in forza di quel provvedimento ampliativo sospeso, poteva operare con la P.A., ad esempio, come principale fornitore o datore di lavoro.

Ebbene, per il commissario *ad acta*, proprio perché si profila una vera e propria *espropriazione nell'attività e nelle funzioni*, – nel senso che il commissario si sostituisce ed opera in vece degli organi apicali amministrativi dell'Ente attinto – è ancora più evidente il principio di proporzionalità della misura che si riverbera nella *specificità* richiesta al giudice nel definire l'ambito di attività per perimetrare i poteri e i compiti del medesimo commissario.

Ambito che la giurisprudenza ha poi precisato essere quello pertinente, nel modo più attiguo, al reato, non potendosi commissariare tutta l'attività di un ente accusato dell'illecito *ex* 231, ma solo quella parte limitata dell'attività che appunto è direttamente coinvolta nell'illecito.

Al riguardo, esemplari sono le pronunce *Enna Euno spa* (Cass. pen., sez. VI, n. 43108, 28 settembre 2011) e *Impresa Ferrara* (Cass. pen., sez. VI, n. 20560, 25 gennaio 2010).

Orbene, queste rapsodiche osservazioni inducono ad apprezzare che, pur con le incertezze sia interpretative che dogmatiche solo in parte evidenziate,

File riservato ad esclusivo fine di studio

il sistema del decreto 231 ha sollecitato proficui riflessioni e approfondimenti anche per gli istituti propri del codice di rito.

La *struttura* dell'illecito e i *beni e le attività* rispettivamente attinti dalle misure cautelari reale e interdittive costituiscono, invero, un altro elemento fondamentale.

Precisamente, mentre le misure di sicurezza reali e personali del codice di rito hanno come oggetto beni del tutto disomogenei, le misure cautelari della 231, sia interdittive che reali, attingono invece beni omogenei.

In particolare, se è vero che, all'interno delle misure cautelari occorre distinguere quelle interdittive che colpiscono attività e quella reale, il sequestro, che colpisce beni, va rimarcato che, tuttavia, le une e l'altro sono *omogenei*.

Tale elemento è stato ben chiarito dalla Sentenza della Suprema Corte *Codelfa* (Cass. pen., sez. VI, n. 34505, 31 maggio 2012).

Anzi, a ben vedere, tale elemento si risolve in un ulteriore argomento per postulare la sussistenza della *gravità indiziaria* per il sequestro *ex* art. 53 di cui al decreto 231.

Peraltro, si è assistito, anche per effetto del dibattito sul presupposto del sequestro, da un lato, e delle misure cautelari interdittive, dall'altro, all'interno del decreto 231, alla rivitalizzazione del dibattito sul presupposto del sequestro previsto dall'art. 321 del codice di rito.

In particolare, la Giurisprudenza di legittimità ha scandito un percorso di progressiva approssimazione per superare una sorta di automatismo e di vuoto simulacro costituito dal canone della *astratta configurabilità*, perseguendo una sorta di *concretizzazione* e *puntualizzazione*, non nel senso della vera e propria gravità indiziaria – almeno per il momento –, ma introducendo i parametro della *proporzionalità, non tanto per pur apprezzabili ragioni di garanzia, ma soprattutto di razionalità del sistema*.

Altrettanto, il processo di erosione di mere formule astratte si è diretto nel senso di connotare con accenti peculiari la *tutela dei terzi di buona fede*.

In particolare, la tematica della tutela dei *terzi di buona fede* ha consentito di ridefinire l'ambito di operatività della categoria, non ritenendola sovrapponibile a quella civilistica, rilevandone una pregnanza ben diversa.

Al riguardo, la recente pronuncia delle Sezioni Unite, *Uniland Spa* (Cass., Sez. Un., n. 11170, 25 settembre 2014), ha, tra l'altro, disconosciuto la legittimazione dello stesso curatore fallimentare, il quale, invece era considerato legittimato in funzione dei terzi di buona fede, sostanziandosi nella massa dei creditori.

Le Sezioni Unite, invece, hanno risolto il conflitto in base al *criterio dell'appartenenza*, quindi del diritto reale, che in una fase di procedura precedente al piano di riparto ancora non può dirsi perfezionato, vertendosi solo di creditori

File riservato ad esclusivo fine di studio

con delle aspettative, ma non titolari di un diritto reale che, invece, consegue al piano di riparto.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Marco Pelissero

I criteri di imputazione oggettiva, tra teoria e prassi

Sommario: 1. Centralità ed incertezze dei criteri di imputazione oggettiva. – 2. I requisiti dell'interesse e del vantaggio. – 3. I criteri oggettivi di imputazione nei reati colposi d'evento. – 4. Interesse e vantaggio nel contesto dei gruppi societari. – 5. Una osservazione conclusiva.

1. Centralità ed incertezze dei criteri di imputazione oggettiva

Il criterio di imputazione oggettiva fissato all'art. 5 d. lgs. n. 231/2001 costituisce un elemento centrale nella disciplina della responsabilità dell'ente dipendente da reato, in quanto garantisce la condizione minima di imputazione del reato all'ente. Se volessimo ragionare in termini di garanzie costituzionali, dovremmo dire che tale requisito assicura il rispetto dell'art. 27, co. 1, Cost. nella sua portata garantistica minima di responsabilità per fatto proprio, in quanto rappresenta il criterio di imputazione organica del reato all'ente[1]. È necessario, però, verificare più da vicino se la disciplina dell'art. 5 consenta effettivamente di soddisfare questo criterio di imputazione minima, che ha mostrato problemi

[1] Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735: «La disciplina dettata dal D.Lgs. n. 231 del 2001, in tema di responsabilità da reato degli enti non entra in rotta di collisione con i principi che la Carta Fondamentale enuncia negli artt. 3, 24 e 27 e si rivela, pertanto, manifestamente infondata la prospettata questione di costituzionalità. V'è certamente compatibilità tra tale disciplina e il riferimento all'art. 27 Cost. Il fatto-reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della *societas*, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come "proprio" anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione». Analogamente v. Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2015, n. 35818.

File riservato ad esclusivo fine di studio

di adattamento a seguito della progressiva espansione dei reati-presupposto, problemi che la giurisprudenza ha dovuto affrontare. Allo stesso modo vedremo come problemi di adattamento dell'art. 5 nascano laddove l'ente sia inserito all'interno di un gruppo societario, non essendo chiaro se sussista un «interesse di gruppo» che possa essere assunto ad elemento costitutivo dell'art. 5.

Tale norma non si limita, peraltro, ad individuare il requisito dell'agire nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ma individua anche i soggetti in posizione apicale (lett. *a*) ed in posizione subordinata (lett. *b*) che possono impegnare la responsabilità dell'ente. Com'è ben emerso dalla relazione del dott. Fusco questa mattina, la prassi applicativa registra esclusivamente casi nei quali sono coinvolti soggetti apicali: rimangono, pertanto, alla riflessione dottrinale i problemi di interpretazione della lett. *b*) dell'art. 5, non essendo chiaro se nell'ambito dei soggetti sottoposti alla direzione e alla vigilanza delle figure apicali di cui alla lett. *a*) rientrino non solo i dipendenti dell'ente, ma anche i soggetti esterni a cui siano affidati particolari incarichi; così come l'art. 5 non chiarisce quale sia la disciplina applicabile nei casi in cui il reato sia stato commesso da un soggetto delegato, in quanto a seconda che si faccia prevalere l'autonomia di funzioni o il permanere dell'obbligo di vigilanza in capo al soggetto apicale (art. 16 d. lgs. n. 81/2008) trova applicazione una diversa disciplina di imputazione della responsabilità all'ente, rispettivamente regolata agli artt. 6 e 7 d. lgs. n. 231/2001 (il che forse dovrebbe far riflettere anche su quanto questa differenza nei criteri di imputazione abbia ancora significato alla luce della prassi applicativa e della costruzione dei modelli organizzativi)[2].

Più discussa, invece, è stata in dottrina ed in giurisprudenza l'interpretazione della locuzione dell'agire nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Due sono i profili sui quali c'è sostanzialmente accordo e che emergono dal secondo comma dell'art. 5: anzitutto il fatto che la responsabilità dell'ente non sia esclusa dalla concorrenza degli interessi di altri soggetti; in secondo luogo la rottura del rapporto di immedesimazione organica, laddove il reato sia stato commesso nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Permane, invece, incertezza in ordine alle nozioni di interesse e vantaggio. E devo subito anticipare che, leggendo le soluzioni date in dottrina e quelle seguite in giurisprudenza, ho l'impressione che queste ultime abbiano evidenziato un grado di aderenza alla realtà e alle dinamiche societarie più elevato di quanto sia riuscita a fare la dottrina che troppo

[2] Ampiamente G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano 2008, p. 151 ss.; M. Scoletta, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d. lgs. n. 231/2001*, in *Diritto penale delle società. I profili sostanziali*, a cura di G. Canzio, L.D. Cerqua, L. Luparia, vol. I, Cedam, Padova 2014, p. 894 ss; F. Sgubbi, A. Astrologo, *Art. 5*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, a cura di A. Perini, M. Levis, Zanichelli, Bologna 2014, p. 147 ss.; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e speciale prevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene, Napoli 2009, p. 172 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

spesso nella materia della responsabilità dell'ente è indotta a trasferire sull'ente categorie pensate per il diritto penale della persona fisica.

Quali sono le questioni che nascono dall'interpretazione del criterio dell'interesse o del vantaggio? Mi soffermerò su tre ordini di problemi: il significato dei due termini; l'adattamento delle nozioni di interesse o vantaggio rispetto ai reati-presupposto di natura colposa; i requisiti oggettivi di imputazione nel contesto dei gruppi societari; mi chiederò in conclusione se i problemi che oggi sollevano questi requisiti possano essere risolti attraverso un intervento normativo o se sia sufficiente il diritto vivente che si è consolidato in giurisprudenza.

2. I requisiti dell'interesse e del vantaggio

Sin dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 231/2001 si è posto il problema dell'interpretazione dei requisiti dell'interesse e del vantaggio[3]. Un primo orientamento, prevalente, ha letto il requisito dell'interesse in termini di giudizio *ex ante*, secondo una dimensione essenzialmente soggettiva che guarda alla finalità con la quale il reato è stato commesso; il vantaggio è stato invece letto in chiave *ex post*, ossia come oggettiva acquisizione di un vantaggio (non di tipo necessariamente patrimoniale) che l'ente abbia tratto dalla commissione del reato. Questa lettura, seguita dalla giurisprudenza[4], ha trovato avallo nella relazione ministeriale di accompagnamento al decreto legislativo e, da un punto di vita normativo, nella chiara distinzione tra interesse e vantaggio nella circostanza attenuante prevista per la sanzione pecuniaria a carico dell'ente, nel caso in cui l'autore del reato abbia «commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non [abbia] ricavato vantaggio o ne [abbia] ricavato un vantaggio minimo» (art. 12 d. lgs. n. 231/2001).

Una seconda interpretazione ha dato invece prevalenza al criterio dell'interesse che sembrerebbe appunto diventare prevalente rispetto a quello del vantaggio, in forza del secondo comma dell'art. 5 che esclude la responsabilità dell'ente, laddove l'interesse sia esclusivo del soggetto o di terzi; altro argomento si era basato sull'art. 25 *ter* che, prima della riforma del 2015 (l. n. 69/2015), in relazione ai reati-presupposto di natura societaria richiamava esclusivamente

[3] Ampiamente De Vero, *La responsabilità penale*, cit., 156 ss.; N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Jovene, Napoli 2006; M.A. Pasculli, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Cacucci, Bari 2005; G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 671 ss.; O. Di Giovine, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Giuffrè, Milano 2004, p. 486 ss.

[4] Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615; Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265; Cass. pen., sez. VI, 22 maggio 2013, n. 24559.

File riservato ad esclusivo fine di studio

il criterio dell'interesse, sebbene già in precedenza si ritenesse che il legislatore con la formulazione dell'incipit di tale articolo non avesse voluto creare un sottosistema, distaccandosi dai criteri generali d'imputazione di cui all'art. 5[5].

Ora, assumendo come punto di riferimento soprattutto il requisito dell'interesse, la giurisprudenza ha sviluppato un'interpretazione di tipo oggettivo, allontanandosi da quella soggettivo-psicologica incentrata sulla finalità perseguita dall'autore del reato: il requisito va inteso come oggettiva idoneità del reato a realizzare l'interesse dell'ente, una sorta di inerenza del reato all'attività funzionale dell'ente[6]. L'interesse deve essere oggettivamente individuato e non può ridursi al movente che ha spinto l'autore a commettere il fatto[7], in quanto una lettura esclusivamente soggettiva «determinerebbe una deriva psicologica nell'accertamento della fattispecie che invero non trova effettiva giustificazione nel fatto normativo»[8]. Questa lettura trova fondamento in due solidi argomenti: in primo luogo, poiché l'art. 8 prevede una responsabilità dell'ente anche laddove la persona autore del reato non sia identificabile o non sia imputabile, sembra difficile prospettare una interpretazione in chiave essenzialmente soggettiva in assenza del soggetto a cui riferire la finalità[9]; in secondo luogo, la scelta di estendere la responsabilità dell'ente anche ai reati di natura colposa con l'introduzione nel 2007 dell'art. 25 *septies*. E allora credo che sia preferibile un'interpretazione in chiave oggettiva dell'interesse, concordando con la giurisprudenza quando afferma che «le condotte dell'agente poste in essere nell'interesse dell'ente sono quelle che rientrano nella politica societaria ossia tutte quelle condotte che trovano una spiegazione ed una causa nella vita societaria»[10]. Seguendo questa lettura, ne consegue una svalutazione della funzione selettiva del criterio ascrittivo dell'interesse, nel senso che il criterio di imputazione sarà soddisfatto nella misura in cui il reato sia stato commesso da uno dei soggetti in posizione apicale o subordinata nello svolgimento dell'attività di impresa, sempre che non si verifichi la rottura del nesso di imputazione previsto dall'art. 5, co. 2.

[5] A. Rossi, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Giuffrè, Milano 2012, p. 75; Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2014, n. 10265.

[6] Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2014, n. 10265. In dottrina v. F. Viganò, *I problemi sul tappeto a dieci anni dal d. lgs. n. 231/2001*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma 2012, p. 209; R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta…o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 14; Scoletta, *La responsabilità da reato delle società*, cit., p. 900 ss.

[7] Trib. Trani 26 ottobre 2009, in *Corriere del merito*, 2010, p. 408 con nota di M. Scoletta in *Dir. pen. e processo*, 2010, p. 842 ss. con nota di G. Amarelli.

[8] Cass. pen., sez. II, 16 giugno 2015, n. 29512.

[9] Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta*, cit., p. 13.

[10] Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2015, n. 3615, in *Cass. pen.*, 2007, p. 74; Cass. pen., sez. II, 16 giugno 2015, n. 29512.

File riservato ad esclusivo fine di studio

3. I criteri oggettivi di imputazione nei reati colposi d'evento

I problemi si sono acuiti con l'estensione della responsabilità dell'ente ai reati colposi, in particolare ai reati colposi d'evento di omicidio e lesioni gravi o gravissime commessi con la violazione delle norme sulla tutela della sicurezza del lavoro (art. 25 *septies* introdotto dalla l. n. 123/2007). Ora questa tipologia di reati rappresenta un bacino naturale per la responsabilità dell'ente e giustamente la legge delega 300/2000 li aveva inseriti tra i reati-presupposto, anche se poi il legislatore delegato non diede attuazione alla delega su questo punto, facendo, per ragioni di natura politica, una scelta minimalista. Considero i reati di natura colposa nucleo quasi naturale della responsabilità dell'ente, perché quest'ultima è essenzialmente una responsabilità di tipo colposo, una colpa di organizzazione, una colpa fortemente normativizzata incentrata sull'inidoneità del modello organizzativo, adottato ed attuato, a prevenire reati della specie di quello che si è verificato. È peculiare il fatto che, nonostante l'assimilazione tra responsabilità colposa delle persone fisiche e responsabilità colposa dell'ente – che peraltro hanno una struttura diversa – il criterio di imputazione oggettiva fissato dall'art. 5 abbia posto problemi di compatibilità proprio in relazione ai reati colposi d'evento.

Ritenere del tutto incompatibile l'art. 5 con i reati colposi d'evento di cui all'art. 25 *septies*, in quanto sembra difficile ipotizzare un caso in cui l'evento lesivo corrisponda ad un interesse o vantaggio dell'ente, appare soluzione non praticabile, perché già il legislatore delegante aveva previsto il requisito dell'interesse o vantaggio proprio nei reati di natura colposa. Si presenta, pertanto, del tutto ragionevole la lettura che ne ha proposto la giurisprudenza, da ultimo seguita anche dalle Sezioni unite della Corte di cassazione: «[…] i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antigiuridico. Tale soluzione non determina alcuna difficoltà di carattere logico: è ben possibile che una condotta caratterizzata dalla violazione della disciplina cautelare e quindi colposa sia posta in essere nell'interesse dell'ente o determini comunque il conseguimento di un vantaggio. Il processo in esame ne costituisce una conferma. D'altra parte, tale soluzione interpretativa, oltre a essere logicamente obbligata e priva di risvolti intollerabili dal sistema, non ha nulla di realmente creativo, ma si limita ad adattare l'originario criterio d'imputazione al mutato quadro di riferimento, senza che i criteri d'ascrizione ne siano alterati. L'adeguamento riguarda solo l'oggetto della valutazione che, coglie non più l'evento bensì solo la condotta, in conformità alla diversa conformazione dell'illecito; e senza, quindi, alcun *vulnus* ai principi costituzionali dell'ordinamento penale. Tale soluzione non presenta incongruenze: è ben possibile che l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare, pur senza volerlo,

File riservato ad esclusivo fine di studio

per corrispondere ad istanze funzionali a strategie dell'ente. A maggior ragione vi è perfetta compatibilità tra inosservanza della prescrizione cautelare ed esito vantaggioso per l'ente»[11].

La sentenza delle Sezioni Unite, che riflette una consolidato orientamento giurisprudenziale[12], offre una soluzione che non risolve del tutto i problemi, nel senso che la questione che si era posta sin dall'inizio nell'interpretazione dell'art. 5, ossia se i due criteri fossero da considerare in realtà come equivalenti o se il criterio dell'interesse fosse prevalente, si riflette anche in relazione ai reati di natura colposa: infatti, se manteniamo distinti i due criteri di imputazione – interesse e vantaggio, da leggere rispettivamente in prospettiva *ex ante* ed *ex post* – e li riferiamo alla condotta di natura colposa consistente nella violazione della regola cautelare, ne consegue che il criterio dell'interesse è applicabile ai casi di colpa cosciente, laddove la violazione della regola cautelare sia consapevolmente finalizzata a un obiettivo di risparmio di spesa o a velocizzare un processo produttivo, risparmiando sulle misure cautelari, mentre il criterio del vantaggio potrebbe essere utilizzato anche laddove vi siano casi di realizzazione del reato mediante colpa incosciente, casi in cui cioè il reato colposo si pone in linea con scelte organizzative dell'ente inadeguate alla prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali. Se, invece, diamo prevalenza al criterio dell'interesse anche ai fini dell'imputazione dei reati colposi, allora le riflessioni cambiano: qualora si mantenesse una lettura dell'interesse in chiave di tipo essenzialmente psicologico, allora la responsabilità dell'ente potrà sussistere solo in presenza della realizzazione del fatto con colpa cosciente; se invece leggiamo il criterio dell'interesse in chiave oggettiva, va accertata l'idoneità della violazione delle regole cautelari a perseguire comunque un interesse dell'ente, a prescindere dal fatto che vi sia stata da parte del soggetto-autore persona fisica la consapevole finalizzazione rispetto all'obiettivo di risparmio di spesa. Letto però in questa accezione, il criterio dell'interesse, non riesce a svolgere alcuna

[11] Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343. Sul rapporto tra responsabilità dell'ente e reati colposi, v. in dottrina: G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del* Corporate manslaughter, Giappichelli, Torino 2009; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 695 ss.; P. Aldovrandi, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reatyi in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Indice pen.*, 2009, p. 495 ss.; O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1325 ss.; M. Scoletta, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le società*, 2010, p. 1117 ss.; P. Veneziani, *Art. 5*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Giappichelli, Torino 2010, p. 107 ss.; G. Amarelli, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i delitti colposi*, in *Infortuni sul lavoro e dovere di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, a cura di M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Jovene, Napoli 2014, p. 103 ss.; Sgubbi, Astrologo, *Art. 5*, cit., p. 155.

[12] Orientamento interpretativo seguito anche successivamente: Cass. pen., sez. IV, 23 giugno 2015, n. 31003; Corte app. Trento, 10 aprile 2015, n. 48.

File riservato ad esclusivo fine di studio

funzione selettiva della responsabilità dell'ente: infatti, poiché in caso di reati colposi non è applicabile il criterio del secondo comma dell'art. 5, perché non è immaginabile una condotta di violazione di regole cautelari realizzata nell'interesse esclusivo del soggetto o di terzi, è sufficiente accertare che il reato colposo sia stato realizzato nell'ambito dell'attività d'impresa da uno dei soggetti che sono in grado di impegnare la responsabilità dell'ente per ritenere soddisfatto il criterio oggettivo di imputazione. A questo punto per configurare la responsabilità dell'ente diventano essenziali i profili di disciplina che interessano i modelli organizzativi. In presenza di reati colposi l'imputazione all'ente *ex* art. 5 dipende solo dal fatto che il reato sia stato realizzato dal soggetto apicale o dal soggetto subordinato nello svolgimento delle funzioni loro attribuite e poi bisognerà andare a verificare se sul piano dei modelli organizzativi quel reato sia effetto della disfunzione organizzativa dell'ente, ponendo attenzione al fatto che la colpa della persona fisica non si trasferisce automaticamente sulla colpa dell'ente, trattandosi di una responsabilità «colposa» diversa da quella della persona fisica, in quanto la colpa dell'ente sta in un difetto del modello organizzativo rispetto alla prevenzione delle disfunzioni che portano poi alla violazione della specifica regola cautelare; si tratta, cioè, di imputare violazioni di regole cautelari di secondo grado (organizzative) rispetto alle regole cautelari specifiche che spetta alla persona fisica rispettare[13].

4. Interesse e vantaggio nel contesto dei gruppi societari

Come si adattano il criterio dell'interesse o vantaggio nell'ambito dei gruppi societari? La dottrina ha criticato il fatto che il d. lgs. 231/2001 non avesse preso posizione sui gruppi societari, nonostante la consolidata normativa in ambito civile[14]. In assenza di una disciplina legislativa, le soluzioni giurisprudenziali mi

[13] Sulla diversità della struttura della responsabilità colposa della persona fisica e della responsabilità da difetto di organizzazione dell'ente v. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in *Infortuni sul lavoro e dovere di adeguata organizzazione*, cit., p. 19 ss.; sia consentito il rinvio anche a M. Pelissero, *L'estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi. Una riflessione sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d. lgs. 231/2001*, in *Studi in onore di A.M. Stile*, Jovene, Napoli 2013, p. 1200 ss.

[14] Sul problema della disciplina della responsabilità degli enti in relazione ai gruppi societari, v. P. Severino, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d. lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze, M. Mantovani, Il Mulino, Bologna 2016, p. 76 ss.; G. Amato, *L'attribuzione della responsabilità amministrativa ex d. lgs. 231/2001 all'interno dei gruppi di imprese*, in *Rivista 231*, 2015, p. 163 ss.; S. Massi, *"Veste formale" e "corpo organizzativo" nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato. Un'analisi della 'statica' della responsabilità degli enti nella prospettiva del diritto italiano e comparato*, Jovene, Napoli 2012, p. 99 ss.; F.C. Bevilacqua, *Responsabilità da reato ex d. lgs. 231/2001 e gruppo di società*, Egea, Milano, 2010; Riverditi, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 190 ss.; E. Scaroina,

File riservato ad esclusivo fine di studio

sembrano che abbiano calato in modo adeguato la disciplina generale dell'art. 5 nell'ambito della dimensione dei gruppi.

Il Tribunale di Milano nel 2004, in un caso relativo alla corruzione posta in essere da un amministratore della controllante finalizzata a far ottenere l'aggiudicazione del rinnovo di un appalto alla controllata, aveva richiamato l'interesse, non tanto della controllata, ma dell'intero gruppo: «è pur vero, infatti, che in simile ipotesi l'utilità per la controllante è connessa [...] alla ripartizione futura ed incerta di utili (ove conseguiti) dalle controllate, ma tale circostanza non esclude certo il presupposto dell'interesse per l'ente»[15]. Sembrava in questo modo che l'interesse di gruppo finisse per svolgere una sorta di ruolo da untore, capace di diffondere la responsabilità ai soggetti del gruppo, in particolare alla controllante.

In effetti l'art. 5 d. lgs. n. 231/2001 non richiede che il reato sia stato commesso necessariamente nell'esclusivo interesse dell'ente a cui «appartiene» il soggetto autore del reato[16]; soprattutto il comma secondo, sulla rottura del rapporto di imputazione in presenza di un fatto realizzato nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, non è applicabile nell'ambito dei gruppi societari, perché l'interesse di gruppo esclude che la controllata, nel cui interesse è stato commesso il reato, possa essere considerata soggetto terzo rispetto alla controllante.

Più recentemente è emersa da parte della giurisprudenza maggiore attenzione nel valutare l'effettiva sussistenza di un interesse in capo alla controllante, escludendo che un generico riferimento all'interesse del gruppo sia in grado di fondare la responsabilità della controllante, perché l'interesse della capogruppo dovrà essere immediatamente e direttamente riconducibile ad uno specifico interesse della stessa (non dunque un interesse indiretto che le deriverebbe dall'interesse della controllata) sulla base di un rigoroso accertamento delle circostanze concrete[17]. A questo requisito si affianca la necessità del coinvolgimento dei soggetti in posizione apicale o subordinata all'interno della capogruppo nella commissione del reato-presupposto, come concorrenti con gli amministratori della controllata (specie attraverso direttive impartite a questi ultimi) o come amministratori di fatto della stessa[18], considerando che non basta a fondare la responsabilità della capogruppo il mero omesso intervento sulla controllata, in

Societas puniri potest. *Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè, Milano 2006.

[15] Trib. Milano, 14 dicembre 2004, in *Foro italiano*, 2005, n. 10, vol. II, p. 528.

[16] Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2013, n. 45969; Cass. pen., sez. VI, 22 maggio 2013, n. 24557; Trib. Milano, 14 dicembre 2004, in *Foro italiano*, 2005, vol. II, p. 527.

[17] Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2010, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 953 e in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di L. Pistorelli.

[18] Trib. Milano, G.I.P., 17 novembre 2009, in *Corriere del merito*, 2010, p. 291 con nota di G.L. Gatta e in *Le Società*, 2010, p. 473 ss. con nota di C.E. Paliero.

File riservato ad esclusivo fine di studio

quanto gli amministratori della capogruppo non hanno una posizione di garanzia rispetto a quelli della controllata[19].

5. Una osservazione conclusiva

Credo che in questi quindici anni la giurisprudenza abbia svolto un'opera ragionevole di adattamento del criterio di imputazione oggettiva della responsabilità punitiva degli enti, sia in relazione ai reati di natura colposa sia in relazione al contesto dei gruppi societari. Mi chiedo, a questo punto, se possano essere utili interventi normativi a chiarimento della disciplina.

Quanto ai gruppi societari è difficile prospettare un intervento normativo sul criterio dell'interesse o vantaggio, anzi mi pare che la soluzione giurisprudenziale sia ragionevole ed eviti che l'interesse del gruppo finisca per determinare l'imputazione alla controllante dei reati-presupposto commessi in seno alle controllate. Quanto invece ai reati colposi, se il criterio oggettivo di imputazione di cui all'art. 5 non svolge una effettiva funzione selettiva dei reati-presupposto da imputare alla responsabilità dell'ente, essendo più importante l'accertamento sulla idoneità del modello organizzativo a prevenire efficacemente i reati della specie di quello che si è verificato, allora mi chiedo se rispetto ai reati colposi non si potrebbe fare a meno del riferimento ai requisiti dell'interesse e del vantaggio.

In conclusione c'è una riflessione che a mio avviso assume significativa importanza nella struttura complessiva della disciplina del d. lgs. n. 231/2001 connotata dalla previsione di una «parte generale», che fissa i criteri di imputazione del reato all'ente e la disciplina sanzionatoria, e di una «parte speciale» che indica i reati-presupposto: mentre la parte generale è rimasta sostanzialmente inalterata, la parte speciale si è invece progressivamente ampliata, senza che il legislatore abbia tenuto adeguatamente conto delle interazioni tra le due parti del decreto legislativo. La questione sembra riproporre, nel contesto più specifico della disciplina della responsabilità degli enti dipendente da reato, la questione del rapporto tra parte generale e parte speciale del codice penale; i problemi che già emergono sul terreno dell'art. 5, si ripresenta anche in relazione ad altre parti del d. lgs. n. 231/2001: sul terreno, per esempio, sanzionatorio, sul terreno della verifica del raccordo tra modelli previsti dalla disciplina di carattere generale e modelli previsti per la responsabilità colposa. La necessità di garantire un corretto allineamento tra parte generale e parte speciale della disciplina della responsabilità degli enti andrebbe affrontata in sede di revisio-

[19] Trib. Milano, G.u.p., 17 novembre 2009, cit.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ne del d. lgs. n. 231/2001, anche se la giurisprudenza in questi quindici anni ha svolto un importante lavoro interpretativo di adeguamento della disciplina alla realtà delle strutture complesse[20].

[20] La *Proposta di riforma del d. lgs. 8 giugno 2011, n. 231*, elaborata dall'Associazione dei componenti degli organismi di vigilanza *ex* d. lgs. 231/2001, in *www.aodv231.it*, propone, in relazione ai reati di natura colposa, di non modificare il criterio generale di imputazione, considerando dato acquisito l'interpretazione giurisprudenziale che ricollega l'interesse o il vantaggio alla sola condotta colposa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Piero Silvestri

La colpevolezza dell'ente: fra immedesimazione e colpa di organizzazione

Le considerazioni che mi propongo di compiere ruotano intorno ad alcune domande, che frequentemente si sono poste nel corso dei quindici anni di applicazione del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

È diffusa l'affermazione secondo cui l'ente risponde per un fatto proprio colpevole: ma cos'è questa colpevolezza? Qual è l'oggetto del giudizio di rimprovero rivolto all'ente? Cos'è questa colpa di organizzazione, come si accerta, chi deve provare cosa?

È difficile parlare di colpevolezza dell'ente senza fare un riferimento al problema della natura della sua responsabilità.

Non intendo ripercorrere le mille argomentazioni che nel tempo sono state spese a favore della tesi secondo cui si tratterebbe di responsabilità amministrativa oppure quelle per sostenere la natura penale.

Il tema è connesso con quello della operatività, nella materia, delle garanzie riconosciute dalla Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali – dalla presunzione d'innocenza, al diritto all'informazione sui motivi dell'accusa, dal diritto a disporre del tempo necessario alla difesa, al diritto di difendersi personalmente o a mezzo di difensore, dal diritto alla parità delle armi nell'esame testimoniale, al diritto a farsi assistere da un interprete, dal diritto a un doppio grado di giudizio, al diritto al risarcimento del danno in caso di errore giudiziario e alla garanzia del *ne bis in idem*; si tratta di garanzie che potrebbero essere invocate pienamente soltanto a condizione che si attribuisca natura penale alla responsabilità[1].

In un sistema a Costituzione rigida, si assume, solo ammettendo che si tratti di un'autentica responsabilità penale, tutti i principi indicati diventerebbero

[1] Cfr., V. G. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6.

File riservato ad esclusivo fine di studio

«giustiziabili» da parte del Giudice delle leggi, al fine di vagliare la legittimità costituzionale delle singole disposizioni normative che compongono il d. lgs. n. 231 del 2001.

Diversamente, secondo un orientamento univoco e consolidato della giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, i principi penalistici di rango costituzionale non potrebbero essere invocati nei confronti di fonti normative di rango ordinario statuenti meri illeciti (e sanzioni) amministrativi[2].

La classificazione della responsabilità dell'ente, non è solo una questione dogmatica, ma costituisce un fatto che produce effetti concreti per chi si cimenta con queste intricate materie[3].

Le conseguenze attengono innanzitutto ai principi: chi propende per la natura amministrativa della responsabilità tende, come detto, ad un allentamento delle garanzie legate al principio di legalità penale.

Osservo però come, pur nella diversità tra illecito amministrativo e illecito penale, vi siano principi formali riducibili e principi sostanziali irriducibili, perché comuni, come appunto quelli che riguardano la colpevolezza o la irretroattività[4].

[2] A titolo puramente esemplificativo si può fare riferimento:
- alla Sent. del 14 marzo 1984, n. 68, in cui la Corte ha affermato espressamente che «il principio di irretroattività stabilito dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, riguarderebbe solo le norme penali e non tutte le norme punitive in generale»;
- all'ordinanza 19 novembre 1987, n. 420, con la quale la Corte ha asserito che «l'intero testo dell'art. 27 della Costituzione si applica soltanto alla responsabilità penale; il principio della irretroattività della legge è costituzionalizzato solo con riguardo alla materia penale»;
- all'ordinanza di poco successiva, 10 dicembre 1987, n. 502, nella quale i giudici della Consulta hanno sottolineato nuovamente che «il principio della personalità della pena opera esclusivamente nei confronti delle pene vere e proprie e non ha alcuna attinenza con le sanzioni di altra natura»;
- all'ordinanza 14 aprile 1994, n. 159, in cui la Corte ha ulteriormente rimarcato che i principi sanciti negli artt. 25, co. 2, e 27, co. 1 e co. 3, Cost. valgono esclusivamente per le sanzioni penali e sono estranei, quindi, rispetto all'illecito punitivo amministrativo a causa della sua «spiccata specificità ed autonomia rispetto al sistema sanzionatorio penale»;
- all'ordinanza 9 febbraio 2001, n. 33, con cui è stata dichiarata infondata «la censura mossa dal rimettente alla disposizione impugnata per violazione dell'art. 27 Cost., in quanto tale norma si riferisce alle "pene" ed è perciò inapplicabile alle sanzioni amministrative»;
- all'ordinanza 5 luglio 2002, n. 319, nella quale la Corte (confermando le precedenti pronunce 3 maggio 2002, n. 150, 23 luglio 2001, n. 282 e 24 luglio 1995, n. 356) ha riaffermato la efficacia non vincolante del principio di irretroattività della legge penale relativamente alla modifica della disciplina di illeciti amministrativi.

[3] Per tutti, G. De Simone, *La responsabilità da reato della* societas *nell'ottica dei principi costituzionali*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, a cura di A.M. Stile, V. Mongillo, G. Stile, Jovene, Napoli 2013, p. 261 ss., e gli Autori *ivi* citati.

[4] In tale contesto, le Sezioni unite della Corte di cassazione, nella motivazione di una articolata sentenza, pur senza prendere espressa posizione sulla questione, hanno fatto riferimento alla responsabilità prevista dal d. lgs. n. 231 del 2001, definendola «amministrativa da reato» (Sez. Un., 23 gennaio 2011, n. 34476, rv. 250347); sul tema si sono espresse anche Sez. Un., 30 gennaio 2014,

File riservato ad esclusivo fine di studio

La distinzione tra natura amministrativa e natura penale della responsabilità dell'ente rileva sulla stessa struttura dell'illecito e sul piano della disciplina degli istituti.

Ci si chiede cosa succeda se su un determinato profilo il d. lgs. n. 231 del 2001 sia silente: i fautori delle tesi della natura amministrativa o penale sostengono che si debba fare riferimento rispettivamente al sistema punitivo amministrativo o a quello penale, e, tuttavia, tali asserzioni risolvono solo sul piano astratto i problemi, perché poi, stabilito con quale sistema punitivo occorra interagire, è necessario verificare se la disciplina di quel sistema sia compatibile con l'istituto con cui di volta in volta si ragiona. Questo vale per la colpevolezza dell'ente, ma anche per molti altre questioni; penso al problema della costituzione di parte civile nel processo per la responsabilità dell'ente[5], all'applicabilità del principio solidaristico tra persona fisica ed ente in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca[6], alla questione della estinzione del reato per prescrizione nei confronti della persona fisica e della perseguibilità dell'ente[7], a quella della equiparazione del fallimento dell'ente con l'estinzione della persona fisica[8].

n. 10561, *Gubert*, che in motivazione hanno affermato: «nel vigente ordinamento è prevista solo una responsabilità amministrativa e non una responsabilità penale degli enti (ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231), sicchè la società non è mai autore del reato e concorrente nello stesso». Nello stesso senso si pone anche, sez. IV, 25 giugno 2013, n. 42503, *Ciacci*, rv. 257126 secondo cui l'istituto della sospensione condizionale della pena non è applicabile alle sanzioni inflitte agli enti a seguito dell'accertamento della responsabilità da reato ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001, proprio in ragione del carattere amministrativo di detta responsabilità che non consente l'applicabilità di istituti giuridici specificamente previsti per le sanzioni di natura penale. La stessa Corte di cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., affermando che la responsabilità dell'ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio «non è una forma di responsabilità oggettiva, essendo previsto necessariamente, per la sua configurabilità, la sussistenza della cosiddetta "colpa di organizzazione" della persona giuridica» (Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, rv. 247665-666). Nel senso del «*tertium genus*», fra la altre, Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615/06, rv. 232957. Nel senso della natura penale della responsabilità, Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, dep. 2 luglio 2008, n. 26654, rv. 239922 – 923 – 924 – 925 – 926.

[5] Cfr. Cass. pen., sez. IV, 5 ottobre 2010, n. 2251, (dep. 2016), rv. 248791, in *Le Società*, 2011, p. 575, con nota di L. Varanelli.

[6] Fra le altre, Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, cit.; Cass. pen., sez. II, 28 aprile 2014, n. 21227, rv. 259716.

[7] Cfr., Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2015, (dep. 2016), n. 28299, rv. 267047 secondo cui è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 d. lgs. n. 231 del 2001, per asserito contrasto con gli artt. 3, 24, co. 2, e 111 Cost., in relazione alla presunta irragionevolezza della disciplina della prescrizione prevista per gli illeciti commessi dall'ente-imputato rispetto a quella prevista per gli imputati-persone fisiche, atteso che la diversa natura dell'illecito che determina la responsabilità dell'ente, e l'impossibilità di ricondurre integralmente il sistema di responsabilità «*ex delicto*» di cui al d. lgs. n. 231 del 2001 nell'ambito e nella categoria dell'illecito penale, giustificano il regime derogatorio della disciplina della prescrizione.

[8] Cass. pen., Sez. Un., 25 settembre 2014, (dep. 2015), n. 11170, rv. 236679; in dottrina, fra gli altri, 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.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

Il tema della natura della responsabilità da reato della persona giuridica è stato affrontato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nel 2014 con la sentenza «Thyssen», e nella occasione la Corte ha sostanzialmente affermato che si tratta di un «*tertium genus*» di responsabilità[9].

La dottrina ha evidenziato come quella delle Sezioni unite sia una affermazione su cui è necessario riflettere: rispetto a cosa si tratterebbe di un genere terzo, rispetto ai principi o rispetto alla disciplina?[10]

Se si afferma che il genere di responsabilità è terzo rispetto ai principi, nel senso che i principi che valgono nei confronti della persona fisica non sempre possono essere applicati nei confronti dell'ente, si dice una cosa non decisiva, atteso che è la stessa giurisprudenza della Corte di cassazione a fare riferimento a questa classificazione non tanto per valorizzare sul piano sistematico il «*tertium genus*» di responsabilità con riferimento ai principi, quanto, piuttosto, per risolvere specifici profili di disciplina, singole fattispecie, peculiari problematiche che, di volta in volta, si pongono.

Secondo le Sezioni unite, al di là dell'etichetta che si voglia dare a questo tipo di responsabilità, in realtà si tratta di un sistema punitivo che ha evidenti ragioni di contiguità – così testualmente si esprime la Corte – con l'ordinamento penale non solo per la commistione tra la responsabilità dell'ente e la commissione di un reato che costituisce il presupposto della prima, ma anche per la severità dell'apparato sanzionatorio e per le modalità processuali dell'accertamento dell'illecito dell'ente.

In tale contesto si pone, a mio avviso, un'affermazione rilevante da parte delle Sezioni unite: quale che sia l'etichetta che si voglia porre sul sistema normativo in questione, è necessario interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale. Sembrerebbe la Corte affermare che nessun terzo genere di responsabilità sia configurabile rispetto ai principi: la compatibilità della responsabilità dell'ente con la Costituzione va compiuta secondo i principi costituzionali dell'ordinamento penale e per affermare la compatibilità con i principi della responsabilità penale è necessario che l'ente risponda di un fatto proprio colpevole.

Quanto alla colpevolezza, si afferma che si tratta di una colpa di organizzazione[11].

econ., 2001, p. 879 ss.; G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.

[9] Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, rv. 261112.

[10] Sul tema, R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, in *Le Società*, 2015, p. 215.

[11] Sul tema, fra i tanti, C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 171; C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi, Atti del convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto comparato*

File riservato ad esclusivo fine di studio

Il giudizio di riprovevolezza non può tuttavia riguardare la condotta della persona fisica autore del reato presupposto; la colpevolezza è dell'ente e, trattandosi di colpevolezza dell'ente, non può essere fondata facendo riferimento al coefficiente psicologico che sorregge la condotta della persona fisica che compie il reato presupposto.

Occorre compiere una valutazione di tipo normativo che attiene all'obbligo che il legislatore pone a carico dell'ente.

Secondo la Corte, il contenuto di tale obbligo è quello di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, predisponendo iniziative di carattere organizzativo e gestionale. «*Cautele necessarie a prevenire adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale*»: sono le Sezioni Unite che parlano. Questi accorgimenti, queste cautele devono essere formalizzate in un documento, in un modello che individua i rischi e indica le misure adatte a contrastarli.

L'inosservanza di quest'obbligo fonda il rimprovero che conduce alla colpa di organizzazione: ciò, secondo le Sezioni Unite, è alla base della colpevolezza dell'ente: non adempiere quell'obbligo che il legislatore pone.

Il corollario che discende è costituito dal superamento di quelle impostazioni che storicamente hanno cercato di costruire la colpevolezza dell'ente mutuando categorie riferibili più agevolmente alla persona fisica.

Come si declina quest'obbligo, la sua violazione e il conseguente giudizio di rimprovero che fonda la colpevolezza dell'ente con i modelli di agente di cui agli artt. 6 e 7 del d. lgs n. 231 del 2001?

Con riferimento all'art. 6, è diffusa l'affermazione secondo cui si tratta di un modello di tipo antropocentrico, fondato sostanzialmente, da una parte, su un criterio oggettivo, come quello di immedesimazione organica, e, dall'altra, su istanze soggettive, attinenti alla c.d. prova liberatoria, che assolvono alla funzione di contemperare l'operatività del segmento di imputazione fondato sulla immedesimazione organica.

La prova attiene alla responsabilità del fatto di reato-presupposto ed alla sua imputazione oggettiva (art. 5 del d. lgs n. 231 del 2001), e cioè che il reato sia stato compiuto nell'interesse o vantaggio dell'ente; provato ciò, afferma la Corte di cassazione, vi sarebbe una sorta di rimbalzo rispetto alla prova della colpevolezza e, quindi, della responsabilità dell'ente.

Accertati i profili indicati, si assisterebbe ad un «rimbalzo» dall'individuo all'ente, nel senso che vi sarebbero canali di collegamento tra l'azione dell'uno con l'interesse dell'altro e, quindi, elementi indicativi della colpa per organiz-

e penale dell'Università di Firenze, (15-16 marzo 2002), a cura di F. Palazzo, Cedam, Padova 2003; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «modello organizzativo» ex d. lgs 231/2001), Parte I e Parte II*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 376.

File riservato ad esclusivo fine di studio

zazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità di questo rispetto a quella della persona fisica.

Cosa sono questi canali? In questa parte le Sezioni Unite sono silenti.

Cosa è successo in giurisprudenza con riferimento a queste tematiche?

Nel caso «Impregilo», si trattava di aggiotaggio comunicativo per effetto del quale si era inciso sul valore di obbligazioni ed azioni; la tesi d'accusa era quella secondo cui si era creata una comunicazione relativa al contenuto del bilancio di una società controllata, poi modificata dagli organi apicali dell'impresa al momento della emissione della stessa comunicazione: ciò aveva prodotto una serie di effetti. Nei due gradi di giudizio di merito si era ritenuto che il modello organizzativo fosse «sostanzialmente» idoneo e che vi fosse stata elusione fraudolenta.

In quelle sentenze si fa riferimento ad un criterio di accertamento della idoneità del modello fondato non solo su un parametro oggettivo – i giudici riconoscono che il modello organizzativo violava oggettivamente la regola cautelare – ma si valorizza soprattutto la dimensione soggettiva della colpa, perché, si afferma, che la condotta dell'ente doveva essere valutata con riferimento alle circostanze che «*hic et nunc*» la rendevano esigibile; secondo il giudice di merito, sotto tale specifico profilo, non vi era una vera inidoneità del modello e, quindi, non vi era stata colpa, ma, ai sensi dell'art. 6, co. 1, lett. *c*), d. lgs. n. 231 del 2001, elusione fraudolenta, con conseguente esclusione della colpevolezza dell'ente[12].

Su cosa sia la elusione fraudolenta del modello di organizzazione, si rinvengono due diverse interpretazioni; la prima è che l'elusione fraudolenta attiene ai mezzi della condotta e sia qualcosa di ingannatorio; tale impostazione ha un riverbero concreto in termini di prova: se si ritiene che la elusione fraudolenta si realizza con una condotta di frode, è necessario che l'ente, per essere esente da responsabilità, provi non solo la violazione del modello organizzatorio, ma, soprattutto, che tale violazione sia stata effettuata con una condotta di frode.

Secondo l'altra interpretazione la elusione fraudolente coinciderebbe con una sorta di dolo di elusione, cioè con la volontà diretta di eludere il modello.

Nei due gradi di giudizio di merito del processo «Impregilo», il G.U.P. e la Corte di Appello di Milano avevano recepito la seconda interpretazione.

La Corte di cassazione, tuttavia, ha rivisitato criticamente entrambi i profili e sostanzialmente sancito la inidoneità del modello e la elusione fraudolenta[13].

[12] G.I.P. Trib. Milano 17 novembre 2009; in dottrina V. Salafia, *Per la prima volta il G.I.P. di Milano assolve una s.p.a. da responsabilità amministrativa*, in *Le Società*, 2010, p. 482 ss.; C.E. Paliero, *La società assolta per il reato dei «vertici»: una sentenza «apripista»*, *ivi*, p. 473 ss. App. Milano 21 marzo 2012, n. 1824, in *Le Società*, 2013, p. 963 con nota di V. Salafia, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti.*

[13] Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 2014), n. 4677, rv. 257987-257988, tra le altre, in *Le Società*, 2014, con nota di V. Salafia, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa,*

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nel caso di specie l'organismo di vigilanza era composto da una sola persona, strettamente collegata con i soggetti che rivestivano posizioni apicali all'interno della impresa; secondo la Corte, proprio per le ragioni legate alla composizione dell'organismo di vigilanza il modello non poteva considerarsi idoneo, perché il «controllo» non era stato né autonomo, né effettivo.

La Corte di cassazione nella occasione ha però aggiunto un ulteriore passaggio motivazionale, affermando che nella specie non vi era la prova che, successivamente alla modifica del contenuto della comunicazione, il testo modificato fosse stato nuovamente sottoposto al vaglio dell'organismo di vigilanza. Si tratta di una affermazione che, a mio parere giustamente, non è stata condivisa dalla dottrina che ha evidenziato come in tale punto la sentenza sovrapponga profili diversi perché, a ragionare in tal modo, si dovrebbe ipotizzare che l'organismo di vigilanza sia tenuto ad un controllo totale, completo e finale su tutti gli atti gestori.

Ma così non è.

È assai discutibile che le funzioni dell'O.d.V. siano quelle che la Corte sembra volergli assegnare: le funzioni di controllo *diretto* e *totale* degli atti di gestione appartengono ai Sindaci e non certo all'Organismo di Vigilanza; è difficilmente ipotizzabile che il necessario flusso informativo verso l'O.d.V. abbracci indistintamente tutti gli atti di gestione.

Nella specie era sufficiente affermare che la previsione di un organismo di vigilanza unisoggettivo, alle strette dipendenze degli organi apicali non consentiva di rendere quel controllo autonomo ed effettivo, sicchè il modello non poteva essere considerato idoneo.

Sotto altro profilo, secondo la Corte, la «elusione fraudolenta» che esonera l'ente dalla responsabilità, non può essere interpretata nel senso indicato dal giudice di merito, perché essa consiste in un comportamento frodatorio, ingannatorio, malizioso che non coincide con la mera violazione frontale della norma.

L'elusione fraudolenta deve contenere una componente ingannatoria; da tale premessa si è ritenuto che nella specie non vi fosse elusione fraudolenta dei modelli e che, quindi, non potesse considerarsi raggiunta la prova liberatoria della responsabilità dell'ente.

Ciò che resta sullo sfondo nel ragionamento della Corte di cassazione, con riferimento all'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001, attiene al cosa debba essere accertato; è sufficiente, seguendo il ragionamento delle Sezioni Unite, verificare l'esistenza del reato presupposto, del criterio obiettivo di imputazione e l'esistenza di un modello «idoneo», confinando tutto il resto nella c.d. prova liberatoria o deve essere accertato anche altro?

delle società ed enti, nel recente intervento della corte di cassazione, p. 478 ss.; nonché, C.E. Paliero, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo* de profundis*?*, *ivi*, p. 469 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

La questione, se parliamo di colpevolezza dell'ente, si pone anche con riferimento all'art. 7 del d. lgs. n. 231 del 2001.

In tal caso lo schema generale può essere così sintetizzato: se vi è un modello idoneo di organizzazione, la responsabilità dell'ente non c'è, a prescindere dal giudizio di rimproverabilità agli organi apicali; se non vi è un modello di organizzazione si va a valutare la responsabilità degli organi apicali per omesso controllo; se vi è omesso controllo si risponde; se non vi è omesso controllo non si risponde.

E tuttavia, se la colpevolezza dell'ente è colpevolezza della persona giuridica e non coincide con quella delle singole persone, ci si deve chiedere se, nel caso in cui non vi sia il modello, l'ente debba rispondere solo se sia accertata la violazione dell'obbligo di controllo da parte degli organi: se, cioè, la colpevolezza è dell'ente e la componente della colpevolezza della persona fisica è una componente che quasi viene snaturata, pare ipotizzabile che la mancata adozione di un modello comporti di per sé la responsabilità dell'ente per il reato dei sottoposti, a prescindere dall'obbligo di controllo in capo agli organi apicali.

In maniera condivisibile si è sostenuto che, se è vero che tale disciplina determina una restrizione della responsabilità, è altrettanto vero che, richiedendosi l'inosservanza degli obblighi di controllo da parte della persona fisica apicale, essa contiene un limite non simmetrico con i principi affermati dalle Sezioni Unite secondo cui la responsabilità dell'ente consiste nella colpa di organizzazione dell'ente e la colpevolezza della persona giuridica è diversa ed autonoma rispetto a quella della persona fisica[14].

Interpretata nel senso indicato dalle Sezioni Unite, ci si deve interrogare sulla ragionevolezza di una disciplina che prevede una sorta di limitazione della responsabilità operante in *bonam partem* nel caso di reato commesso dai «sottoposti».

Una brevissima considerazione sull'art. 8 del d. lgs. n. 231 del 2001.

La norma consente di procedere nei confronti dell'ente anche quando non è individuato l'autore del reato presupposto; se si ragiona in termini di colpevolezza, non è tuttavia irrilevante, pur di fronte alla mancata individuazione della persona fisica autore del reato, che sia quantomeno provato e, quindi, identificabile il gruppo di persone nel quale si colloca l'autore del reato: non è irrilevante, cioè, verificare che il soggetto attivo del reato sia un «sottoposto» o una persona che riveste una posizione apicale, perché dalla tipologia di autore cambia il modello di riferimento, cambia il modo con cui si accerta la colpevolezza e la responsabilità dell'ente; se il riferimento è l'art. 6 ci si trova di fronte ad un modello fondato sul criterio della immedesimazione organica, temperata per quel che si vuole, ma è un criterio di tipo personalistico; se, invece, il riferimento è

[14] Bartoli, *Le Sezioni Unite*, cit.

File riservato ad esclusivo fine di studio

all'art. 7 del d. lgs. n. 231 del 2001 la pubblica accusa deve provare tutto.[15]

Concludo il mio intervento con una considerazione, non mia, riferita alla colpevolezza dell'ente per il fatto del soggetto apicale.

È necessario interpretare le norme in modo tale da non renderle ineffettive; se si costruisce per l'ente un obbligo di condotta che diventa sostanzialmente inesigibile, quale quello paventato dalla Corte in relazione alla portata della «vigilanza» dell'O.d.V., si svuota di effettività il d. lgs. n. 231 del 2001, perché all'impresa che ragiona in termini di costi economici non converrà mai adottare un qualunque modello se poi la regola di condotta per andare esenti da responsabilità è sostanzialmente impossibile; alla impresa converrà molto di più adottare il modello dopo l'illecito dell'ente, per evitare le conseguenze sanzionatorie, ma non prima, perché il rischio è quello di far ritenere quasi una gabella inevitabile la responsabilità dell'ente per il reato commesso dagli «apicali»[16].

[15] In questo senso, Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2015 (dep. 2016), n. 28299, rv. 267048 secondo cui nella ipotesi di mancata identificazione dell'autore del reato presupposto, può essere affermata la responsabilità dell'ente, ai sensi dell'art. 8 d. lgs. n. 231 del 2001, solo quando sia, comunque, individuabile a quale categoria, tra quelle indicate, agli artt. 6 e 7 del medesimo decreto, appartenga l'autore del fatto, e sia, altresì, possibile escludere che questi abbia agito nel suo esclusivo interesse.

[16] C.E. Paliero, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente, verso la creazione di una «*gabella delicti», in *Le Società*, 2015, p. 1285.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Vittorio Manes

Profili di metodo nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo[*]

1. Il seminario odierno offre occasione per tentare un bilancio su quindici anni di applicazione di quella che è stata una autentica «rivoluzione copernicana» per il nostro ordinamento giuridico, non solo dunque per il diritto *penale* dell'economia, ma per il diritto dell'economia *tout court*, ossia l'abbandono del principio *societas delinquere non potest* e l'introduzione di un sofisticato, e raffinato meccanismo di corresponsabilizzazione *ex delicto* per le persone giuridiche.

Tre lustri nei quali la progressiva espansione di questo universo che ormai è la disciplina della *corporate liability* nel sistema italiano ha subìto – almeno questa è la mia impressione – un incremento inversamente proporzionale rispetto al tasso di certezza del diritto che accompagna la legge.

In effetti, il d. lgs. n. 231/2001 ha registrato uno sviluppo acromegalico: la sua parte speciale si è decuplicata, spesso attingendo anche a contesti criminologici ben poco coerenti con la criminalità del profitto, che hanno creato tutta una serie di problemi di coordinamento (ne hanno parlato il professor Amarelli e il professor Pelissero) e costringendo la stessa idea di fondo che ispira la legge – la strategia premiale, dialogica, su cui è imperniata tutta la normativa, polarizzata attorno al «modello organizzativo» – a confrontarsi con dei quadri delittuosi davvero molto complessi ed eterogenei; perché – come si sa – la logica «*carrot-stick*» che attraversa la legge ha il suo fulcro nell'autocontrollo imposto all'impresa mediante protocolli di organizzazione efficienti ed efficaci, ma oggi a fronte della moltiplicazione dei reati-presupposto, prevedere e attuare un «modello organizzativo» idoneo è come ipotizzare un antidoto dallo spettro totale, contro qualsiasi batterio che possa essere in circolazione, il che è chimicamente impossibile, e giuridicamente estremamente difficile.

[*] Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Quindici anni di responsabilità da reato degli enti» svoltosi a Padova il 4 marzo 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Certo il decreto su questo punto non aiuta, giacché le indicazioni che noi traiamo sulla struttura del modello, su come debba essere redatto e soprattutto – punto centrale sul quale vorrei incentrare le mie riflessioni – su quali debbano essere il metodo e i criteri di valutazione dell'idoneità del modello, su quale debba essere – a monte – lo stesso paradigma dogmatico alla cui stregua inquadrare il giudizio di valutazione sul modello, su tutti questi profili la pur articolata e raffinata trama normativa del d. lgs. n. 231/2001 non dice nulla: è la parte forse più lacunosa del decreto, insieme alla disciplina dei gruppi e assieme alle norme che regolano l'applicazione della disciplina nello spazio, con peculiare riferimento all'(attività di) impresa (ed alla criminalità) transnazionale.

O meglio, dice davvero poco: perché in effetti offre qualche indicazione, quelle direttrici tutte molto generali previste nell'art. 6, co. 2, dove si dice che il modello deve preoccuparsi di un'attività di *risk assessement*, quindi di «mappatura dei rischi»; di individuare le formule procedurali e i protocolli di cautela orientati al *risk management*; dice qualcosa sulla necessaria ed indefettibile presenza dell'organismo di vigilanza, così come su quella particolare modalità di realizzazione del reato dei soggetti apicali che è l'elusione fraudolenta, unica modalità che può condurre ad esimere l'ente da responsabilità.

Ecco, forse l'unico criterio di validazione dell'idoneità del modello è questo sull'elusione fraudolenta, nel senso che non è (giudicabile) idoneo il modello che sia stato possibile eludere – ad un giudizio di «diagnosi postuma» – senza fraudolenza: ma al di là di questo profilo, il dibattito è assolutamente aperto sull'*an*, sul *quantum*, sul *quomodo* dei modelli e soprattutto sulla loro valutazione.

In definitiva, l'unica certezza che abbiamo è negativa: il modello non può rispecchiare un *format* preconfenzionato e dev'essere sempre un modello – per così dire – *taylor-made*, sartoriale, customizzato, fisionomizzato sulla sagoma della singola impresa: sulla specifica attività che si orienta a prevenire, sui peculiari modelli di governance secondo i quali è organizzata l'impresa in forma sociataria.

Su tutto il resto si discute, in una penombra di incertezza: si discute anche sull'obbligatorietà dell'adozione del MOG: se sia un onere o se sia un obbligo; qualcuno ha voluto trarre dalla riforma del diritto societario un'indicazione nel senso dell'obbligatorietà, soprattutto muovendo dall'art. 2381 c.c. che oggi stabilisce il principio dell'«adeguata organizzazione», ma questa disposizione sembra avere più una valenza civilistica che non una vincolatività sul versante penale.

2. In questa trama normativa così laconica diventa evidente che il protagonista assoluto del giudizio di idoneità del modello è il giudice, che in questa sede

File riservato ad esclusivo fine di studio

gode di una discrezionalità perticolarmente ampia e – per così dire – grandangolare.

Da questa angolatura, il Decreto ha forse fatto affidamento su una delle (tante) «mitologie giuridiche della modernità», la figura del giudice *peritus peritorum*, rendendolo arbitro assoluto in contesti altamente complessi; e questi lo sono certamente, giacché contesti strutturalmente interdisciplinari, nei quali si mescolano – assieme a competenze tecnico-giuridiche – competenze di organizzazione aziendale, informatiche, e molte altre, tutte necessarie per la redazione del modello.

E infatti molto spesso la valutazione del giudice fatalmente si sposta, o fa integrale affidamento, sulla valutazione di consulenti tecnici e periti, dando luogo a diatribe che ricordano la «graziosa guerra di ingegni» di manzoniana memoria.

3. Forse anche per queste ragioni «strutturali», per molto tempo la valutazione di idoneità del modello è stata accompagnata da un tendenziale silenzio giurisprudenziale, quasi che la giurisprudenza – proprio sul punto cardinale della riforma – avesse adottato un sostanziale atteggiamento di diniego.

Dico tendenzialmente perché deve eccettuarsi il noto caso *Impregilo*; e perché manca ancora – almeno a quanto ci consta – una mappatura seria soprattutto della giurisprudenza di merito, nell'ambito della quale si registrano talvolta decisioni che riconoscono la validità del modello.

Talune di queste mostrano, peraltro, alcune intime contraddizioni.

Così, ad esempio, una recente sentenza in cui il giudice d'appello ha riconosciuto il modello idoneo, ma al contempo ha condannato il presidente e rappresentante legale dell'ente in questione per un reato ambientale ritenendo invalide le deleghe, quando proprio il sistema delle deleghe rappresenta come noto – e rappresentava nel caso concreto – una componente strutturale tra le più importanti del modello, che in genere è posta a ridosso della c.d. «parte generale», subito dopo la strutturazione o la ricostruzione della struttura dell'impresa o dei controlli di linea, gli *internal audit*; ed appare quindi alquanto contraddittorio – se non paradossale – riconoscere un modello idoneo nel momento stesso in cui si giudica inefficace la delega, tanto da corresponsabilizzare il delegante perché appunto si ritiene il trasferimento di funzioni inefficace (almeno nella prospettiva penalistica).

4. Più in generale, è francamente difficile dire quali siano le cause, quale sia la genesi o la patogenesi di questo silenzio giurisprudenziale: verrebbe da pen-

File riservato ad esclusivo fine di studio

sare che la giurisprudenza – non diversamente da quanto accade in altri ambiti – appare incline ad un'ipervalutazione del c.d. «agente modello», facendo leva su una figura di ente-modello viva solo nell'iperuranio platonico.

Mi sentirei di condividere, sotto questo profilo, quanto evidenziava il professor Piergallini, e cioè che verosimilmente uno dei punti di debolezza maggiori di questo decreto è che si applica a troppe realtà, e che *forse* prende in considerazione poco la realtà dell'impresa italiana che è fatta per gran parte di piccole e medie imprese, non di «imprese modello»; anzi di imprese largamente informali – e destrutturate – nelle loro scelte di organizzazione.

Ma credo anche che la riottosità dei giudici a *ritenere* l'idoneità del modello abbia radici più banali: mi pare, in particolare, di intravedere una tendenziale riottosía *rispetto* al sistema del d. lgs. n. 231/2001, ben espressa nelle posizioni recenti di alcuni autorevoli operatori del diritto.

Al riguardo, mi ha colpito una considerazione espressa – in occasione di un recente convegno – da un autorevole magistrato inquirente che affermava – senza troppi giri di parole – di ritenere controproducente dal punto di vista dell'economia processuale contestare il d. lgs. n. 231/2001, ritenendolo tutto sommato un'arma «a doppio taglio»: da un lato – sottolineava – permette forse sì di colpire l'ente alla fine del processo, ovviamente in caso di esito vittorioso per l'accusa; dall'altro, tuttavia, questa scelta inquirente complica molto il fronte dell'accertamento delle responsabilità individuali. E questo è un dato che mi sembra condiviso da alcune scelte di altre Procure della Repubblica, in cui la contestazione dell'illecito all'ente è fatta solo *in limine litis* – o in «zona Cesarini» –, se resta tempo, perché rischierebbe di compromettere i termini di prescrizione del reato contestato all'autore «persona fisica» (valendo per l'ente, come noto, un diverso regime prescrizionale).

Ciò significa anche che il giudice, quando si trova al cospetto della corresponsabilizzazione dell'ente, sceglie la strada più semplice: del resto, motivare l'inidoneità del modello – specie se si indulge al *post hoc propter hoc*, lasciandosi traviare dal «senno di poi» – è molto più facile che non sostenere con convincenti argomentazioni l'idoneità del modello stesso.

Quindi, e conclusivamente sul punto, l'impianto normativo tramanda una scelta di forte responsabilizzazione del giudice a cui però fa da contraltare una sempre più diffusa deresponsabilizzazione *in the facts* perché troppo gravosi gli oneri di gestione di questo complesso universo normativo e giudiziario.

5. Detto questo a titolo di premessa, il punto su cui vorrei focalizzare la *pars costruens* del mio breve intervento è quale – a mio sommesso avviso – dovrebbe essere il modello di riferimento per giudicare il modello «idoneo»: limitandomi

File riservato ad esclusivo fine di studio

a considerazioni di metodo, e non di merito, e dunque senza analizzare il contenuto strutturale del modello, (profili sui quali rinvio ad un perspicuo lavoro del prof. Piergallini, «*Paradigmatica dell'autocontrollo penale, dalla funzione alla struttura*», dove viene descritta con grande acribia tutta la ricchissima composizione di un modello e le sue criticità).

Dunque cercherò di individuare quale dovrebbe essere il corretto procedimento valutativo dell'idoneità del modello, con una sequenza che potrei sintetizzare secondo la seguente partizione.

Anzitutto, il modello «dogmatico» di riferimento dovrebbe essere – e condivido qui una posizione della prevalente dottrina – quello dell'illecito colposo di evento, richiedendo di accertare presupposti e limiti di una responsabilità colposa dell'ente per l'evento reato che si è verificato: in questa prospettiva, il primo passaggio conduce dunque ad emancipare il modello di responsabilità dell'ente dal paradigma originario della «scusante», e ipotizzare il paradigma della colpa, che per verificarne l'idoneità visualizza anzitutto il modello come sistema di cautele organizzative, procedurali, di controllo, *etc.*

Questo approccio, peraltro, dovrebbe essere portato a conseguenze ulteriori, imponendo al giudice che si appresta a valutare il modello di seguire tutte le sequenze procedurali tipiche della dogmatica della colpa e della sua verifica processuale.

Ciò significa, perlomeno, tre passaggi fondamentali che spesso sono dimenticati, ma che rappresentano gli snodi essenziali dell'*accertamento* del rimprovero colposo, parimenti essenziali anche in un contesto in cui si parla di «colpevolezza di organizzazione» (*Organisationsverschuld*) nel prisma di un addebito colposo che assume i toni della «colpa generica»:

1) primo passaggio: individuazione della cautela, ossia della precipua regola cautelare che si assume essere stata violata dalla verificazione dell'evento reato, secondo il modello (non dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, bensì) della *societas eiusdem negotii et condicionis*;

2) secondo passaggio, delicato quanto decisivo: ricostruzione della c.d. causalità della colpa, cioè ricostruzione della connessione tra l'evento reato che si è verificato e lo scopo che quella cautela violata mirava ad evitare;

3) terzo passaggio, altrettanto decisivo e troppo spesso dimenticato: verifica del c.d. comportamento alternativo lecito; sotto questo profilo, l'accertamento dell'idoneità del modello dovrebbe rispondere alla seguente domanda: quand'anche il modello fosse stato adottato e fosse stato adottato secondo un parametro di idoneità, di correttezza, sarebbe stato in grado di evitare quell'evento reato che si è verificato? Se la risposta dovesse essere negativa dovremmo concludere comunque – quale che siano le negligenze organizzative riscontrate – per l'assenza di una possibilità di imputare quell'evento-reato all'ente già sul piano oggettivo.

File riservato ad esclusivo fine di studio

6. Ecco su questo paradigma tripartito – su questa tricotomia – si potrebbero declinare le diverse ipotesi che si possono astrattamente formulare.

Ne vorrei considerare, in particolare, quattro:

a) l'ipotesi di assenza *tout court* del modello (non adottato in quella realtà d'impresa);

b) l'ipotesi di presenza *del* modello, ma di assenza *nel* modello dello specifico rischio che si è verificato; l'ipotesi cioè di una lacuna, consistente nel fatto che il modello non ha preso in considerazione quel peculiare focolaio di rischio;

c) l'ipotesi di presenza del modello, nell'ambito del quale è stato preso in considerazione lo specifico rischio, ma dove si registra nella dinamica delitutosa concreta l'inosservanza della cautela indicata nel modello;

d) l'ipotesi di presenza del modello, che ha preso in considerazione lo specifico rischio, a cui ha fatto seguito nel caso concreto una attività rispettosa della cautela, alla quale è tuttavia seguita la verificazione comunque del reato.

Orbene, se ci si sforza di adottare questo *modus procedendi* e se si è conseguenti con tali assunzioni di base, a mio giudizio un simile schema dovrebbe condurre a neutralizzare una serie di automatismi, specie in relazione a situazioni caratterizzate da una non corretta strutturazione – o dal difettoso funzionamento – di componenti extraprocedurali del modello: basti pensare, solo a titolo di esempio, ad una non corretta strutturazione dell'organismo di vigilanza; ovvero ad una non corretta strutturazione del sistema disciplinare di sanzioni che accompagna le violazioni all'interno dell'ente.

Se si segue la sequenza logica (e dogmatica) imposta dall'accertamento della colpa in tutti i suoi segmenti, i difetti strutturali e procedurali potrebbero anche non essere dirimenti e potrebbero condurre ad esorcizzare logiche piegate al cripto-criterio della responsabilità oggettiva, giacché un'iper-valorizzazione dei difetti strutturali che però sono risultati eccentrici rispetto allo specifico focolaio di rischio che poi si è verificato, rischia di poggiare la responsabilità dell'ente sul canone del *versari in re illicita* (per il quale, in sostanza, l'ente che si trovava in una situazione di illeceità è chiamato a rispondere *etiam pro casu*, a prescindere dunque da una colpevolezza per il fatto-reato concretamente accertata).

Analogamente, «prendere sul serio» un metodo di accertamento incentrato sulla sequenza dell'illecito colposo dovrebbe condurre a neutralizzare schemi piegati a logiche ricalcate sul «tipo d'autore», della «colpevolezza per il modo di essere», anche al cospetto di un ente neghittoso e inerte che – ad esempio – non abbia adottato il modello. Anche in questo caso-limite – che potrebbe sembrare paradossale –, se ci si sforza di muovere dall'impostazione che attinge dal paradigma colposo, la assenza *tout court* del modello potrebbe non essere dirimente, se ad esempio si accerta che quel reato si sarebbe comunque verificato o se comunque il reato verificatosi sarebbe stato eccentrico rispetto al cono proiettivo

File riservato ad esclusivo fine di studio

cautelare di un modello operativo «ben strutturato»; o ancora se comunque l'organizzazione dell'ente, pur non formalizzata in un modello organizzativo, risulta comunque adeguata a prevenire quel rischio reato, profilando sullo sfondo – per così dire – un ente dimostratosi «di fatto» *compliant*.

Mi pare, peraltro, che questo tipo di impostazione stia producendo una qualche eco in giurisprudenza, percepibile in particolare in alcuni *obiter dicta* dove si ritiene che la correttezza organizzativa si manifesti *indipendentemente* dall'adozione formale del modello.

7. Questo naturalmente è il quadro *de iure condito*, che si potrebbe in qualche modo contribuire a migliorare in chiave interpretativa per non lasciare tutto alla discrezionalità del giudice; ma è chiaro che il contesto potrebbe essere migliorato con alcune scelte *de iure condendo*, peraltro già discusse, in un panorama che sostanzialmente lascia emergere due grandi direttrici di senso.

a) Da parte di taluni si propone una direttrice di «degiurisdizionalizzazione», volta a sottrarre i modelli alla valutazione del giudice imponendo una sorta di «certificazione preventiva del modello idoneo»: strada che, in franchezza, mi sembra non particolarmente *proficua*, non essendo *convinto* che una sorta di «certificato di qualità» possa costituire una validazione formale dell'idoneità preventiva, anche perché il modello dev'essere costantemente aggiornato ed è difficile pensare che un sistema del genere possa soddisfare questa esigenza in modo tempestivo; essendo anche difficile credere che il giudice, poi, si adegui pedissequamente ad una tale «certificazione di qualità», e non sia tentato invece – magari – di disapplicarla, come capita in altri settori.

b) La seconda scelta – pure analizzata negli interventi precedenti – è stata già adottata e seguita in qualche modo dall'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 sulla sicurezza sul lavoro, e consiste nell'affidare al legislatore una scelta di definizione e «positivizzazione» delle cautele; chiedendo dunque che quantomeno a livello di linee guida – in collaborazione con le associazioni di categoria – sia la legge ad assumersi la responsabilità di indicare quali sono gli specifici «protocolli di cautela» da adottare e implementare per le singole attività, seguendo dunque la logica della colpa specifica o della «gestione centralizzata del rischio», logica che informa di sé anche la modellistica dei reati di pericolo astratto.

Nell'attesa di queste possibili evoluzioni legislative, credo che però sia urgente a livello interpretativo percorrere una strada come quella che si è tentato di indicare, perché l'attuale quadro di incertezza sulle sorti del modello, e sulla valutazione della relativa idoneità, fomenta un notevole disorientamento normativo e operativo, risultato che per il mondo delle imprese è senza dubbio – weberianamente – il disvalore più gravoso.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Fabrizio D'Arcangelo

Il sindacato giudiziale sui modelli organizzativi nel contesto attuale

Prima di procedere alla disamina del tema, centrale, del sindacato giudiziale sui modelli organizzativi, mi pare necessario precisare, sia pure sinteticamente, le attuali condizioni di contesto e le dinamiche che possono essere colte dall'osservatorio milanese.

A quindici anni dall'introduzione della responsabilità amministrativa da reato degli enti, l'aspetto che maggiormente connota l'esperienza giurisprudenziale attuale è certamente il significativo tasso di ineffettività di tale disciplina; i dati citati nel corso di questa giornata di studi dimostrano che le iscrizioni di notizie dell'illecito amministrativo nei confronti dell'ente sono obiettivamente basse, estremamente inferiori rispetto a quelle delle correlative fattispecie di reato presupposto.

Alla base di questo fenomeno sono ravvisabili plurime ragioni: certamente le ragioni culturali, incisivamente evocate dal Prof. Piergallini, e, segnatamente, la diffidenza di una cultura giuridica, ancora fortemente permeata di antropomorfismo, ad affrontare le nuove sfide interpretative poste dalla responsabilità da reato dell'ente. Ma vi sono anche precise ragioni giuridiche. Una causa, di immediata evidenza, è costituita dalle valutazioni di opportunità, dalle analisi costi-benefici operate dalla pubblica accusa, pur in assenza di fondamento legale, nella selezione dei casi in cui procedere nei confronti dell'ente[1].

[1] Significativamente nel Bilancio di Responsabilità Sociale 2013/2014 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano a pag. 43, nel paragrafo dedicato alla «*Responsabilità della persona giuridica*», si legge che «*Nei primi dieci mesi del 2014 si sono avute 31 iscrizioni di società rispetto alle 20 iscrizioni nello stesso periodo del 2013. Il numero è comunque molto inferiore a quello delle iscrizioni a mod. 21 (registro Noti) dei reati "presupposti" come si evince non solo dalle tabelle sopra-riportate ma anche dalle indicazioni di altri dipartimenti (*in primis*, corruzione, infortuni sul lavoro ed ambiente). Questa situazione deriva, in primo luogo, dall'interpretazione, nel senso della discrezionalità dell'iscrizione della persona giuridica. È necessario un approfondimento da parte dell'Ufficio tenendo presente che tale opzione è avallata da parte della dottrina che riconduce la discrezionalità alla natura amministrativa del relativo procedimento* ex *231*». Nel Bilancio di Respon-

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nella prassi giurisprudenziale il processo all'ente si intenta non già ogni volta che ne sussistano i presupposti di legge, ma quando ne vale la pena; di frequente quando l'ente è un soggetto aggredibile con successo, perché adeguatamente patrimonializzato (*deep pocket*). La pubblica accusa, in altri termini, esercita discrezionalmente un ruolo arbitrale, che non gli é riservato dal d. lgs. n. 231/2001, nel decidere se attivare il processo nei confronti dell'ente; questo assetto pone seri problemi di eguaglianza degli enti innanzi alla legge e, di conseguenza, crea distorsioni anche nel libero dispiegarsi della concorrenza.

A questa situazione si può cercare di ovviare non soltanto sul piano culturale, ma anche intervenendo sull'impianto del sistema processuale delineato dal d. lgs. 231/2001 e, segnatamente, abrogando l'art. 58 del d. lgs. n. 231/2001[2].

Nel disegno del legislatore storico, infatti, tale norma, coerentemente con la natura puramente amministrativa dell'illecito dell'ente da reato, prevede per l'archiviazione «*un procedimento semplificato senza controllo del giudice*», che si esaurisce in una dialettica tutta interna all'organo della pubblica accusa. L'archiviazione è, infatti, disposta dal Pubblico Ministero con un decreto motivato che viene comunicato al Procuratore Generale presso la Corte di Appello[3].

sabilità Sociale 2014/2015 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano a pag. 57, nel paragrafo dedicato alla «*Responsabilità della persona giuridica*», si legge «*Quest'anno in tutta la Procura risultano, ad oggi, 33 nuove iscrizioni, mentre nel I° dipartimento sole 8 iscrizioni, a fronte di nr. 78 procedimenti per reati presupposti della 231. È di tutta evidenza la gravità e la conseguente preoccupazione che deriva dall'aumento dello* spread *tra reati presupposti ed iscrizioni che in alcuni casi sfiora il 90%. Poiché la Procura di Milano è stata da sempre all'avanguardia nell'applicazione/implementazione della 231, questi dati indicano il concreto rischio di un declino dell'istituto che, invece, doveva rivoluzionare e contraddistinguere il rapporto tra giurisdizione ed economia. È quanto mai opportuno aprire un'analisi ed un confronto su questo* trend *negativo dell'applicazione della responsabilità della persona giuridica dovuto a plurimi fattori quali la difficoltà nel suo accertamento, l'aumento dei soggetti processuali in procedimenti già di per sé complessi, l'aumento dei tempi processuali che genera nei procedimenti a rischio di prescrizione ed altro. Tuttavia, si resta dell'opinione che tale istituto sia centrale e attuale nel definire l'area del contrasto alla criminalità economica che spesso si caratterizza per essere motivata unicamente dall'interesse delle società*».

[2] In alcune inchieste sulla sanità lombarda, negli anni 2006-2007, relative a condotte di truffa ai danni del sistema sanitario nazionale, poste in essere esponendo codici di rimborso dolosamente sovrastimati per interventi chirurgici di *routine*, si è registrata, a margine del provvedimento sulla richiesta di archiviazione formulata nei confronti delle persone fisiche, la sollecitazione rivolta dal giudice per le indagini preliminari al pubblico ministero ad esercitare l'azione punitiva nei confronti dell'ente per delitti presupposto evidentemente espressivi di una politica di impresa; tali «inviti», tuttavia, essendo privi di copertura legale, ovviamente, non hanno sortito alcun effetto.

[3] La Relazione Ministeriale al Decreto al paragrafo 58 rileva che «*Per l'archiviazione si è previsto un procedimento semplificato senza controllo del giudice, sull'esempio di quanto prevede l'art. 18 comma 2 legge 689/1981. Si tratta, infatti, di un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero. È sembrata, pertanto, del tutto estranea a questa materia la procedura di archiviazione codicistica. Le esigenze di verifica dell'operato del pubblico ministero in relazione alla contestazione di queste violazioni sono assicurate attraverso un meccanismo meno articolato, che prevede una comunicazione al procuratore generale, il quale può sostituirsi al pubblico ministero e contestare direttamente l'illecito*

File riservato ad esclusivo fine di studio

Tuttavia, se si abrogasse questa norma, per effetto della clausola generale di rinvio, nei limiti della compatibilità strutturale, dettata dall'art. 34 d. lgs. n. 231/2001, si riespanderebbe automaticamente la disciplina generale delineata dal codice di rito. Si trascorrerebbe, quindi, da un sistema imperniato sul controllo gerarchico interno agli uffici del pubblico ministero ad uno fondato sul controllo esterno da parte del giudice. Tale mutamento non esaurirebbe il suo rilievo in una prospettiva meramente dogmatica, in quanto fondamentali valori processuali sono coinvolti: la scelta di non esercitare l'azione punitiva nei confronti dell'ente uscirebbe dal circuito chiuso e solipsistico delle articolazioni interne alla Pubblica Accusa e sarebbe, invece, rimessa alla dialettica, certamente maggiormente vivace, tra pubblico ministero e giudice.

Il mutamento auspicato, inoltre, consentirebbe, in qualche misura, di ovviare al grave problema della carenza di iscrizioni. Nel sistema attuale, indipendentemente dalla teorizzazione o meno di forme di discrezionalità nell'esercizio della pretesa punitiva nei confronti dell'ente, il pubblico ministero non ha interesse a iscrivere quelle notizie di illecito amministrativo che dovrà poi procedere ad archiviare; in tale contesto, pertanto, la scelta tra l'azione e l'inazione rischia di rimanere opaca, perché di frequente inespressa e surrogata dalla opzione immediata di non iscrivere l'illecito.

Secondo la costante interpretazione giurisprudenziale, tuttavia, nel sistema di controllo sulla richiesta di archiviazione delineato dal codice di procedura penale, il sindacato del giudice si estende all'intera *notitia criminis*, indipendentemente dalle prospettazioni del pubblico ministero[4]; in altri termini il giudice per le indagini preliminari deve scrutinare l'intera regiudicanda, censurando non solo le lacune oggettive, ma anche le lacune soggettive della contestazione formulata dal pubblico ministero, e, segnatamente, ordinando, per le ipotesi di reità obliterate e per gli autori del reato eventualmente pretermessi, l'iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Se nel sistema di responsabilità dell'ente da reato fosse introdotta (mediante la abrogazione espressa dell'art. 58 del d. lgs. n. 231/2001) la possibilità della annotazione giudiziale coattiva dell'illecito amministrativo, il giudice per le indagini preliminari potrebbe ordinare al pubblico ministero di annotare gli elementi identificativi dell'ente ingiustamente pretermesso nel registro di cui all'art. 355 c.p.p.; sarebbe, pertanto, bonificato un forte settore di ineffettività della responsabilità da reato dell'ente.

Una fondamentale sentenza della Corte costituzionale, la sentenza n. 88

amministrativo».

[4] Cass. pen., Sez. Un., 31 maggio 2005, n. 22909, *P.M. in proc. Minervini*, rv. 231162; si veda anche Cass. pen., sez. II, 7 luglio 2015, n. 31912, *P.M. in proc. Giovinazzo*, rv. 264509, quanto alle lacune c.d. oggettive della iscrizione nel registro degli indagati, e Cass. pen., sez. III, 11 novembre 2014, n. 5924, *P.M. in proc. ignoti*, rv. 262388, quanto alle lacune c.d. soggettive.

File riservato ad esclusivo fine di studio

del 15 febbraio 1991, ha rilevato che il controllo giudiziale dell'archiviazione consente di realizzare l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale e di evitare che il potere di archiviazione, ove rimesso esclusivamente alla pubblica accusa, possa preludere alla scelta di non agire anche in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della *notitia criminis*, risolvendosi in un sostanziale potere di cestinazione. In tale sentenza la Corte costituzionale ha profeticamente presagito la attuale situazione di marcata ineffettività della azione punitiva nel sistema di responsabilità da reato dell'ente. Il passaggio ad controllo giurisdizionale sulle iscrizioni degli illeciti nel registro degli indagati e sulle richieste di archiviazione potrebbe garantire che i processi agli enti concretamente non instaurati siano solo quelli risultanti effettivamente superflui e non già quelli ritenuti inopportuni per le più varie ragioni.

Una ulteriore dinamica in atto è, inoltre, la concorrenza subita dal regime di responsabilità da reato degli enti da parte delle misure di prevenzione patrimoniale, sempre più di frequente utilizzate nei confronti degli autori di *white collars crimes*[5]. Le logiche sanzionatorie sottese alla responsabilità da reato dell'ente ed alle misure di prevenzione patrimoniale si rivelano, tuttavia, diametralmente opposte e non sembrano presentare, sul piano astratto, significativi ambiti di sovrapposizione.

L'orizzonte normativo delle misure di prevenzione patrimoniale non prevede che gli enti possano essere destinatari di tali misure e, pertanto, il coinvolgimento del soggetto metaindividuale viene realizzato secondo percorsi interpretativi tendenti a reificarlo, mettendone in ombra ed obliterandone la soggettività giuridica.

Poiché nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniale sono sempre e comunque responsabili le persone fisiche, è ad esse che bisogna fare riferimento quando operano, anche in via di fatto e di interposizione, attraverso lo schermo della società. Diametralmente opposta è, invece, la logica sanzionatoria del d. lgs. n. 231/2001: nel paradigma sanzionatorio della responsabilità da reato è l'ente ad essere l'autore della determinazione illecita e, nel perseguimento della stessa, a strumentalizzare i soggetti che operano nel suo interesse o a suo vantaggio.

Si tratta, dunque, di statuti differenti nelle finalità e nelle modalità applicative; la disciplina del procedimento di prevenzione ha, pertanto, un carattere di specialità che non consente di applicare le sue previsioni, come pure talora si è opinato, al processo nei confronti degli enti[6].

Per converso, la estensione della responsabilità da reato degli enti alle ti-

[5] Su una prima disamina di tale tema si veda D'Arcangelo, *Responsabilità da reato degli enti e le misure di prevenzione patrimoniale*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2015, vol. IV, p. 119 ss.
[6] Cass. pen., Sez. Un., 25 settembre 2014, n. 11170, *Uniland S.p.a. ed altro*, rv. 263679.

File riservato ad esclusivo fine di studio

piche forme delittuose della criminalità organizzata non ha sortito gli effetti desiderati dal legislatore.

Il legislatore, nell'estate del 2009, ha significativamente arricchito, con l'introduzione di una sola norma, l'art. 24 *ter* del d. lgs. n. 231/2001, la platea dei destinatari del sistema di responsabilità da reato dell'ente; se storicamente tale disciplina nasce come un sistema di responsabilità per enti leciti che occasionalmente commettono illeciti, l'art. 24 *ter* d. lgs. n. 231/2001, estendendo la responsabilità da reato dell'ente anche ai delitti associativi ed al delitto di associazione a delinquere di tipo mafioso, ha ampliato lo spettro applicativo di tale forma di responsabilità anche ad enti, geneticamente e strutturalmente, criminali.

A Milano ci sono stati dei tentativi da parte della direzione distrettuale antimafia, di contestare la responsabilità da reato dell'ente per l'illecito delineato dall'art. 24 *ter* d. lgs. n. 231/2001 a margine delle indagini e dei processi per le infiltrazioni nel settore economico delle 'ndrine calabresi. Tali contestazioni, tuttavia, sono quasi integralmente naufragate sia in sede di giudizio abbreviato, sia in sede dibattimentale, perché la fenomenologia dell'ente criminoso mal si concilia con l'interesse o il vantaggio richiesti dall'art. 5 del d. lgs. n. 231/2001 e tale insuperabile aporia ha portato, quasi ineluttabilmente, ad esiti assolutori.

L'ente coinvolto in attività criminali che costituiscono espressione di una associazione a delinquere di tipo mafioso, non è un concorrente nel reato, ma, spesso, è un soggetto giuridico strumentalizzato, reificato, quasi sempre inautonomo rispetto alle determinazioni criminose del sodalizio criminoso o dei suoi vertici. Pertanto, di frequente in tali ambiti, non è possibile ravvisare alcuna dicotomia tra ente e persona fisica, essendo il primo sistematicamente strumentalizzato ed integralmente asservito alle volizioni criminose del sodalizio criminoso.

L'asservimento dell'ente alla realizzazione di un reato, tuttavia, ne oblitera la autonomia e la soggettività e, di conseguenza, offusca la finalizzazione del reato all'interesse del soggetto metaindividuale.

Costituisce, inoltre, una intrinseca contraddizione logica contestare la colpevolezza di organizzazione ad un ente, quale quello criminale, che è efficacemente organizzato, ma non già secondo i canoni di adeguatezza organizzativa enunciati dal codice civile, bensì secondo una rigorosa logica illecita.

L'unica possibilità, se si vuole garantire effettività a questo settore della responsabilità da reato dell'ente, è quella di valorizzare la previsione dell'art. 16, co. 3, del d. lgs. n. 231/2001, secondo la quale ove lo scopo dell'ente sia essenzialmente quello di commettere o agevolare la commissione di reati, è sempre disposta l'interdizione perpetua.

La Relazione Governativa, che esprime nitidamente la ideologia del legislatore delegato del 2001, considera tale previsione una «*evenienza pervero piut-*

File riservato ad esclusivo fine di studio

tosto infrequente nel contesto della tipologia di illeciti compresa nel decreto» e la introduce nel sistema esclusivamente per esigenze di simmetria sistematica, quale una sorta di *extrema ratio* sanzionatoria.

Tali disposizione e l'analogo precetto del terzo comma dell'art. 24 *ter* d. lgs. n. 231/2001, tuttavia, evidenziano un significato esegetico più profondo rispetto a quello tralatiziamente prospettato; non esauriscono il loro rilievo in una prospettiva meramente sanzionatoria ma enunciano una disciplina particolare in tema di criterio ascrittivo della responsabilità per gli enti illeciti, derogatoria, in ragione della diversità del presupposto normato, rispetto a quella enunciata dall'art. 5 del d. lgs. n. 231/2001.

Il criterio del collegamento con l'interesse ed il vantaggio non è, pertanto, richiesto nella ipotesi in cui l'ente o una sua unità organizzativa sia destinato allo scopo esclusivo o prevalente di consentire o agevolare la commissione di un reato presupposto e, pertanto, nel caso dell'ente intrinsecamente illecito (o anche delle *conduit companies* usate esclusivamente o prevalentemente per commettere illeciti). L'ente criminale deve essere sanzionato, «*sempre*» sanzionato, come precisa l'art. 16, co. 3, mediante la interdizione perpetua dall'attività, pur in assenza della prova dei criteri ascrittivi enunciati dagli artt. 5, 6 e 7 d. lgs. n. 231/2001.

Una ulteriore dinamica applicativa chiaramente percepibile é la netta tendenza degli enti a sottrarsi al sindacato della autorità giudiziaria in materia di *compliance*.

In un fondamentale saggio del 2003[7], Natalino Irti considerava il d. lgs. n. 231/2001 come una espressione dell'intento del legislatore di dare regole al mercato, ma, paradossalmente, perseguendo tale fine, il legislatore ha creato un nuovo mercato, il mercato delle regole.

Evidenti sono stati i fenomeni degenerativi, che obliterano la profonda valenza culturale e prevenzionale del d. lgs. n. 231/2001: il ricorso ad una concezione solo cosmetica o cartolare dei modelli organizzativi, la organizzazione aziendale declinata in termini puramente difensivi o meramente assicurativi contro il rischio di una ingerenza giudiziaria (*compliance as insurance*).

Tuttavia, anche negli enti che hanno affrontato seriamente le sfide e le opportunità del d. lgs. n. 231/2001 lo scetticismo sul sistema delineato dal legislatore sembra, ormai, profondo.

Il sistema di responsabilità da reato degli enti è, infatti, sovente tacciato di essere indeterminato perché lascia margini eccessivamente ampi al sindacato giudiziale sui modelli organizzativi.

Non avendo il legislatore delineato con compiutezza il contenuto degli stes-

[7] N. Irti, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa»-codici di autodisciplina*), in *Giur. comm.*, 2003, vol. I, p. 126 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

si[8], in sede di valutazione giudiziale il giudice potrebbe stigmatizzare la mancata adozione da parte dell'ente di cautele organizzative previamente non riconoscibili o, persino, ignote per l'ente, perché consolidatesi solo successivamente alla commissione del reato o perché enucleate dal giudice solo in sede processuale.

Il rischio, spesso evocato, e talora inveratosi, è che il sindacato giudiziale sul modello organizzativo divenga un *ex post facto law*[9] nel quale l'ente risponde per qualsiasi ragione (e, dunque, senza ragione).

Per tale ragione attualmente la grande maggioranza dei processi in tema di responsabilità da reato degli enti viene definita mediante il ricorso a patteggiamenti; il costo della sanzione, al fine di evitare le maggiori incertezze ed i maggiori costi conseguenti ad un giudizio di merito, viene deliberatamente assunto dall'ente e traslato sui prezzi. La giurisprudenza in materia di responsabilità da reato degli enti correlativamente si inaridisce, perché si polarizza quasi esclusivamente sull'ambito cautelare e sul patteggiamento.

La negozialitá tra Stato ed enti, che costituisce il peculiare fondamento del d. lgs. n. 231/2001, in questa temperie, trasmigra dalla fattispecie ascrittiva dell'illecito al momento sanzionatorio. Si assiste infatti ad una fioritura di profili di negozialità che non sono stati considerati dal legislatore, ma che agevolmente possono essere considerati espressione delle finalità generali perseguite da tale disciplina oltre che di una sorta di declinazione dei principi della *restorative justice* in tale ambito.

In sede cautelare o quale contenuto «atipico» del patteggiamento[10] si affermano accordi tesi a determinare consensualmente il profitto del reato[11], ad individuare i beni da confiscare, a realizzare una surrogazione reale dell'oggetto del sequestro, in virtù della quale si sostituisce il bene originariamente staggito con altro bene, di pari valore, ma meno strategico ai fini della continuità dell'esercizio di impresa[12].

[8] Il legislatore, infatti, nella oggettiva impossibilità di determinare analiticamente il contenuto dei modelli, anche in considerazione della variegata morfologia degli enti destinatari (per natura giuridica, dimensioni e tipologia di attività svolta), ha individuato esclusivamente gli elementi essenziali del modello di organizzazione e gli scopi che lo stesso deve perseguire. Gli artt. 6 e 7 del d. lgs. n. 231/2001 si limitano, pertanto, a delineare un contenuto tipico minimale dei modelli organizzativi, senza, tuttavia, esplicitare le fonti dalle quali l'ente può mutuare le prescrizioni organizzative di dettaglio.

[9] J. Bentham, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789, p. 62, stigmatizza, infatti, il diritto giurisprudenziale che «consente al giudice nella interpretazione delle norme di comportarsi allo stesso modo del padrone col proprio cane: prima, si può dire che lo lasci fare e poi decide se è il caso o no di bastonarlo».

[10] L. Varanelli, *I riti speciali: casi e questioni con particolare riguardo al patteggiamento e al rito immediato*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2010, vol. I, p. 206 ss.

[11] Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano, 20 dicembre 2006.

[12] Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano, 1 luglio 2009. Sia consentito rinviare a F. D'Arcangelo, *Profili di negozialità nel sequestro e nella confisca per equivalente nella trama*

File riservato ad esclusivo fine di studio

L'affermazione nella temperie attuale delle negozialità sulla sanzione, pur certamente sintonica con le finalità perseguite dal legislatore, tuttavia, oblitera il senso profondo delle scelte operate dal d. lgs. n. 231/2001.

Nella esperienza giurisdizionale si sta, infatti, progressivamente erodendo la valenza centrale del modello organizzativo nella fattispecie di responsabilità da reato dell'ente; l'appello al destinatario della sanzione a concorrere a costruire il precetto è in buona parte abbandonato o disatteso.

Il d. lgs. n. 231/2001, tuttavia, prima ancora di essere diritto punitivo, è una disciplina che richiede il concorso attivo del destinatario alla realizzazione delle finalità prevenzionali perseguite dal legislatore.

La architettura normativa delineata dal legislatore nel d. lgs. n. 231/2001 è indubbiamente sofisticata, a tratti anche barocca, e si regge su un delicato equilibrio tra autonomia organizzativa degli enti ed eteronomia regolamentatoria, che deve comporsi armonicamente per consentire ai destinatari della disciplina di orientare le proprie scelte e di fondare su basi razionali anche il sindacato giudiziale sui modelli organizzativi.

Il d. lgs. n. 231/2001 ha, infatti, rappresentato il primo tentativo nell'ordinamento italiano di realizzazione di una «co-regolamentazione statale-privata dei rischi derivanti dalla gestione illecita di attività economiche»[13], incentivando gli enti collettivi ad assumersi direttamente il compito di prevenire l'insorgenza di reati mediante l'adozione di una adeguata[14] ed effettiva organizzazione interna[15].

La innovativa previsione di una «colpa di organizzazione»[16] si ricollega, pe-

del d.lgs. 231/2001, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2014, vol. I, p. 9 ss.

[13] F. Centonze, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema della importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *Analisi giur. econ.*, n. 2, 2009, p. 219.

[14] Sul canone della adeguatezza organizzativa si vedano V. Buonocore, *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Giur. comm.*, 2009, vol. II, p. 177 ss.; *Id.*, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, vol. I, p. 1 ss.; D. Galletti, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n.231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, vol. I, p. 127; P. Montalenti, Corporate governance*, consiglio di amministrazione, sistemi di controlli interno, Spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 837 ss.; N. Pisani, *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, in *Banca, borsa*, 2008, vol. I, p. 100 ss.; P. Sfameni, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 154 ss.

[15] Nota incisivamente Irti, cit., p. 129, che «Nel perimetro del rischio d'impresa, per effetto del D.Lgs. 231/01, si iscrive anche il rischio della inadeguatezza del modello organizzativo; il rischio di impresa si connota anche come rischio dell'organizzazione e vengono in rilievo la struttura interna dell'impresa, i rapporti di gestione, i vincoli di dipendenza gerarchica».

[16] Secondo Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, *Mussoni ed altri*, rv. 244256, il d. lgs. n. 231/01 ha, infatti, introdotto una nuova forma «*normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale, avendo il legislatore ragionevolmente tratto dalle concrete vicende occorse in questi decenni, in ambito economico e imprenditoriale, la legittima e fondata convinzione della necessità che qualsiasi ente adotti modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire la commissione di determi-*

File riservato ad esclusivo fine di studio

raltro, ad una linea evolutiva dell'ordinamento che obbliga progressivamente gli enti ad internalizzare le proprie inefficienze organizzative[17] e, per effetto del d. lgs. n. 231/2001, a minimizzare il rischio reato, mediante una gestione dello stesso dinamica e che trae origine, almeno in parte, dalla autoregolamentazione dello stesso destinatario della prescrizione[18].

La tendenza regressiva in atto si può contrastare efficacemente solo orientando il sindacato sui modelli organizzativi in senso propriamente giuridico, affinché, mediante il riferimento a specifici parametri normativi, ne sia reso prevedibile l'esito.

Le prime pronunce della giurisprudenza sul sindacato giudiziale dei modelli organizzativi hanno invero creato una errata percezione, quasi un effetto di distorsione ottica, della regola di responsabilità dell'ente. Le pronunce di prima generazione, tutte rese in ambito cautelare, spesso nei confronti di enti privi di modelli organizzativi, hanno, infatti, accreditato nella pubblicistica l'idea di un giudice creatore di norme prevenzionistiche, che demiurgicamente interviene nel tessuto societario, decidendo, in base a proprie ed imperscrutabili opzioni, quale sia il livello di organizzazione adeguato e doveroso.

Non é corretto, tuttavia, sul piano metodologico, confondere il tipo di sindacato giudiziale dinamico e proattivo che presiede alla introduzione dei modelli organizzativi *post delictum* con il sindacato sui modelli organizzativi *ante delictum*, fortemente simile a quello sul momento oggettivo della colpa[19]. Vi sono state invero anche delle pronunce di seconda generazione, in numero esiguo, ma pur tuttavia significative, che hanno esaminano i modelli organizzativi, le loro connotazioni funzionali e le loro partizioni strutturali[20].

Muovendo dalle stesse si può rilevare come la regola di responsabilità da reato dell'ente non sia una norma sanzionatoria in bianco. La chiave del sistema è il raccordo tra la nozione di idoneità organizzativa delineata dagli artt. 6 e 7

nati reati». La colpevolezza si incentra, pertanto, sulla «*omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose*». La mancata adozione dei modelli organizzativi, in presenza di un reato commesso nell'interesse o vantaggio della società da parte di un soggetto che abbia un rapporto qualificato con l'ente, è sufficiente a costituire quella «*rimproverabilità*» delineata dalla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria.

[17] D. Galletti, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n.231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, vol. I, p. 127.

[18] C. De Maglie, *L'etica ed il mercato, La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano 2002, p. 372.

[19] C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, vol. III, p. 167 ss.

[20] Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano, sent. 17.11.2009, in *Le Società*, 2010, p. 475 ss.; Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano, sent. 3 gennaio 2011, in *Le Società*, 2012, p. 65 ss.; Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, *P.G. in proc. Impregilo S.p.A.*, rv. 257988.

File riservato ad esclusivo fine di studio

del d. lgs. n. 231/2001 e le prescrizioni del codice civile in tema di adeguatezza organizzativa nel governo societario; il sistema della responsabilità da reato dell'ente non è una provincia esotica del diritto sanzionatorio, che vive secondo propri principi autonomi, ma dialoga con la trama dell'intero ordinamento e si armonizza con lo stesso.

L'agire nella legalità è ormai elemento essenziale del perseguimento dell'interesse sociale, come espressamente prevede l'art. 2392, co. 1, c.c.; l'adempimento per gli amministratori «*dei doveri ad essi imposti dalla legge*», tuttavia, non si esaurisce nel mero divieto di violare le prescrizioni normative e dello statuto, ma si arricchisce anche di specifici obblighi di *facere*.

L'art. 2381, co. 5, c.c., infatti, enuncia il canone di adeguatezza organizzativa ed, in virtù dello stesso, gli organi delegati devono costruire un assetto amministrativo, organizzativo e contabile della società che sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa. L'art. 2403, co. 1, c.c. analogamente prescrive che il collegio sindacale vigili sull'osservanza della legge, dello statuto, nonché sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società sul suo concreto funzionamento.

In passato chi decideva di esercitare l'impresa in forma societaria poteva limitarsi a scegliere uno dei tipi sociali previsti dal codice civile, in quanto l'organizzazione societaria era materia per esperti di economia aziendale, non certo per giuristi. Dopo l'ultima riforma del diritto societario l'organizzazione societaria assume rilievo anche per il giurista, quale canone precettivo, la cui inosservanza determina l'insorgenza di responsabilità, anche risarcitoria, per l'organo gestorio[21].

In tale contesto interpretativo il canone di adeguata organizzazione aziendale determina il rinvio ad un ampio compendio di fonti normative di diversa valenza, norme interne, europee, internazionali, *hard law*, *soft law*, raccomandazioni, regolamenti, codici di autodisciplina, che ne costituiscono attuazione e che devono orientare il giudice nel sindacato sui modelli organizzativi *ex* d. lgs. 231/2001[22].

[21] Trib. Milano, sez. VIII civ., 13 febbraio 2008, n. 1774 ha evidenziato tali collegamenti sistematici, affermando la responsabilità risarcitoria degli amministratori «da inadeguatezza organizzativa» in caso di mancata adozione dei modelli organizzativi *ex* d. lgs. 231/01 che aveva indotto l'ente a patteggiare la pena. La sentenza è commentata da V. Buonocore, *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Giur. comm.*, vol. II, 2009, p. 177 ss.

[22] C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «modello organizzativo» ex d.lgs. 231/2001)*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli 2011, vol. IV, p. 210; G. Fidelbo, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Le Società*, *Gli speciali*, 2011, p. 249 ss.; V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2011: incertezze dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2011, vol. III, p. 69 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Il modello cautelare idoneo è, infatti, (come si desume, sul piano metodologico, anche dal contenuto precettivo dell'art. 30 del d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81 che fa riferimento, per delineare la idoneità del modello organizzativo, ad una disciplina normativa specifica e preesistente al momento del giudizio) quello forgiato dalle migliori conoscenze, consolidate e condivise nel momento storico in cui è commesso l'illecito, in ordine ai metodi di neutralizzazione o di minimizzazione del rischio tipico. Il giudice, pertanto, non è un creatore, bensì un mero consumatore di regole organizzative[23].

L'accertamento di idoneità del modello organizzativo è, pertanto, un giudizio «strettamente normativo» inteso a verificare se le regole prevenzionali e cautelative previste nel modello organizzativo siano o meno conformi alle migliori conoscenze, consolidate e condivise nel momento storico in cui è commesso l'illecito, in ordine ai metodi di minimizzazione del rischio tipico.

L'ente, peraltro, non risponde, secondo la logica del *post hoc propter hoc,* solo perché è stato commesso un reato presupposto, come si desume nitidamente dall'art. 7, co. 2, d. lgs. n. 231/2001[24]; l'illecito amministrativo da reato non è, infatti, una responsabilità di rimbalzo, che consegue indefettibilmente alla commissione del reato presupposto, e l'ente non è un garante delle condotte dei propri apicali e dipendenti.

La giurisprudenza di legittimità significativamente ha rilevato come l'illecito amministrativo ascrivibile all'ente non coincide con il reato, ma costituisce «qualcosa di diverso, che addirittura lo ricomprende». In tale prospettiva interpretativa accolta anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 218 del 2014, l'illecito da cui deriva la responsabilità dell'ente costituisce una fattispecie complessa, in cui il reato rappresenta il presupposto fondamentale, accanto alla qualifica soggettiva della persona fisica e alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio che l'ente deve aver conseguito dalla condotta delittuosa posta in essere dal soggetto apicale o subordinato.

L'accertamento del modello organizzativo non deve, inoltre, avere ad oggetto l'intero spettro previsionale del modello, ma esclusivamente quel segmento organizzativo nel cui ambito è maturato il delitto presupposto.

In tale contesto il giudice potrà dichiarare l'inidoneità del modello organiz-

[23] In una analoga prospettiva ermeneutica la giurisprudenza di legittimità ha orientato il sindacato sull'accertamento del nesso eziologico e della colpa. Ad esempio, secondo Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2000, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1217 «in tema di colpa, posto che il giudice non è facitore di norme ma solo fruitore, il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere fondato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute – conoscibili – dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza e perizia».

[24] Cass. pen., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251, *Fenu ed altri*, rv. 248791, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 431, con nota adesiva di F. Mucciarelli, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n.231/2001.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

zativo soltanto laddove sia dimostrato (e, segnatamente, sia in grado di dimostrare in sentenza) che il livello delle cautele espresse dal modello organizzativo sullo specifico segmento oggetto di scrutinio sia carente o inferiore rispetto a quello imposto da precisi riferimenti normativi espressivi delle *best practice* di settore[25].

Il canone della esigibilità, inoltre, impone che il raffronto tra il dover essere, il livello delle cautele organizzative doveroso, ed il concreto assetto dell'ente debba essere operato con riferimento alle conoscenze disponibili al momento della commissione del delitto presupposto[26].

Nei settori a minore tasso di densità normativa, inoltre, nei quali i parametri normativi di riferimento diventano meno solidi e vincolanti, il giudice potrà esercitare il proprio sindacato, ricorrendo, quali principali criteri orientativi disponibili, alle linee guida di settore, alle linee guida delineate da Confindustria ed ai codici di autodisciplina.

Nelle pronunce giurisprudenziali di prima generazione si è reiteratamente stigmatizzata l'inadeguatezza del mero riferimento alle linee guida delle associazioni di categoria, ma, quando mancano altri parametri di orientamento, le stesse possono ragionevolmente essere considerate dal giudice come espressive del canone di adeguatezza organizzativa.

Il rischio che il giudice retrospettivamente costruisca una regola organizzativa non riconoscibile al momento del fatto si rivela, pertanto, insussistente, ove il sindacato giudiziale richiesto dal d. lgs. n. 231/2001 sui modelli di organizzazione e di prevenzione del rischio reato sia correttamente inteso e sia svolto confrontando le cautele adottate in concreto con quelle normativamente preesistenti e riconoscibili (*rectius*: prevedibili) nel caso concreto.

[25] L'omessa previsione di cautele con riferimento al rischio reato inveratosi in relazione alla commissione del delitto presupposto dovrà, invece, essere considerata alla stregua della mancata adozione del modello organizzativo.

[26] Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano, sent. 17.11.2009, in *Le Società*, 2010, p. 475 ss. con note critiche di C. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione lassista o interpretazione costituzionalmente orientata?*, *ibidem*, p. 476 ss., e di V. Salafia, *Per la prima volta, il GIP Milano assolve una s.p.a. da responsabilità amministrativa*, *ibidem*, p. 482 ss. La sentenza è, altresì, criticata da T. Epidendio, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2010, vol. IV, p. 149 ss. In osservanza al canone della esigibilità nella vicenda Impregilo si è ritenuta cautela idonea anche una misura che era tale all'atto della commissione dell'illecito (la previsione in una società per azioni quotata di un organo di vigilanza monocratico), ma che il successivo sviluppo della riflessione sul d. lgs. 231/2001 ha ampiamente confutato. Ancorché tale cautela fosse ritenuta pacificamente inadeguata al momento del giudizio, si era in presenza di un caso di applicazione «pioneristica» della responsabilità da reato dell'ente, in quanto il delitto presupposto era stato commesso a pochi mesi dall'entrata in vigore di tale disciplina.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Stefano Manacorda

Territorialità ed extraterritorialità in relazione alle garanzie penali nella responsabilità degli enti

Mi accingo immediatamente a trattare il tema che mi sono ritagliato in questo dibattito odierno, un tema per certi versi eccentrico, mi verrebbe da dire anche «esotico» e soprattutto caratterizzato, a differenza di molti degli altri elementi con cui ci siamo confrontati finora, da un difetto quasi integrale di pronunce giurisprudenziali sul punto, che lascia irrisolti alcuni nodi.

I profili con i quali intendo confrontarmi sono quelli dell'applicazione della legge penale nello spazio con riferimento agli enti collettivi, che potrebbero riassumersi in due componenti: la territorialità per gli enti stranieri che delinquono in territorio italiano e la extraterritorialità per gli enti italiani che delinquono all'estero.

Sebbene sia un tema poco trattato, esso sta assumendo crescente rilevanza, come confermato dalla previsione nell'attuale delega relativa alla cooperazione giudiziaria in materia penale di un intero capitolo dedicato proprio agli illeciti commessi dagli enti.

Il rinnovato interesse è dovuto ad evidenze empiriche, legate all'organizzazione delle attività produttive, all'esercizio delle attività commerciali in sedi e Paesi diversi da quelli in cui si svolge l'attività principale dell'ente e, direi, anche ad una certa aderenza con alcune tipologie di reati (penso, ad esempio, ai reati informatici) la cui localizzazione territoriale, per definizione, è problematica e destinata a porsi in via crescente. Potremmo dire che il sistema si avvale, al pari di ciò che accade nell'ambito della disciplina codicistica, di un meccanismo a tenaglia, in cui i due bracci sono rappresentati dal regime di extraterritorialità, per gli enti aventi la loro sede principale in Italia, aspetto che pone problemi interpretativi e, di converso, dal regime di territorialità per tutti gli enti, compresi quelli stranieri, operanti in Italia, in un contesto, però, dove questi aspetti assumono, a mio modo di vedere, connotati di ulteriore problematicità.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Prima di arrivare alla trattazione della disciplina normativa, che in realtà si articola su poche e frammentarie disposizioni – poco note e scarsamente commentate – del d. lgs. n. 231/2001 (in particolare l'art. 4 che, però, si correla anche agli artt. 1, 34 e 36, di cui farò menzione) e ad un certo nucleo di disposizioni contenute nella legislazione speciale, vorrei sottolineare un profilo di sistema che mi pare particolarmente importante: l'intero capitolo della legge penale nello spazio interessa poco i penalisti e questo anche con riferimento al diritto penale degli individui, perché lo si ritiene tradizionalmente impermeabile ai principi di garanzia, alle esigenze che promanano dai postulati di fonte costituzionale, anche europea, assunto che, a mio avviso, varrà la pena di ridimensionare. Difatti, emergono, proprio in relazione all'applicazione della legge penale nello spazio, alcuni elementi legati alle garanzie dell'ente, in particolare equità e proporzionalità, che determinano l'insorgere di esigenze di coordinamento tra le diverse autorità nazionali. Potremmo forse menzionare un unico dato – che sarà anche oggetto di una breve riflessione al termine di queste note – che costituisce un'ipotesi nient'affatto scolastica: cosa accade qualora un ente delinqua, o meglio, si veda imputato un reato commesso sul territorio di più Stati e questo dia luogo a procedimenti penali paralleli in più ordinamenti? Il primo rilievo rispetto a questa ipotesi è indirizzato alla tematica del *ne bis in idem,* ma, come anche dimostrerò, a un istituto che è presente nel decreto, quello della *litispendenza*.

Siamo tutti consapevoli del fatto che all'origine del d. lgs. si pongono una serie di atti di fonte internazionale quali la Convenzione OCSE, la Convenzione del Consiglio d'Europa in materia di corruzione e la Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Rammento questo dato, che sembrerebbe avere una valenza meramente storica, perché in alcuni commenti che sono stati, forse a prima lettura, espressi in relazione a queste componenti del d. lgs. ci si è chiesti se le scelte ordinamentali compiute dal nostro legislatore fossero o meno determinate da imperativi di fonte internazionale. Voglio essere più esplicito: la domanda è se il regime della extraterritorialità del d. lgs. n. 231 sia stata una scelta in qualche modo obbligata dalle fonti di natura internazionale, perché queste appunto vincolavano il legislatore italiano a dare attuazione a precisi imperativi di tutela proiettati oltre frontiera. Ovviamente non è questa la sede per cimentarmi con la lettura di queste disposizioni, che peraltro è stata oggetto di interpretazioni divergenti nei pochissimi commenti che ho avuto modo di leggere, ma, a mio modo di vedere, siamo in un ambito nel quale i vincoli di natura internazionale sono flebili. Con riferimento specifico alla responsabilità degli enti, sono stato in grado di individuarne uno solo nell'art. 4 della Convenzione OCSE che, peraltro, contiene indicazioni normative esigue, rispetto alle quali il legislatore italiano aveva un ampio margine di apprezzamento. In altri

File riservato ad esclusivo fine di studio

termini il legislatore italiano non era «eterodeterminato», come oggi, invece, si tende a ritenere, formalizzando il numero crescente di obblighi di penalizzazione, di tutela, che non mi vedono sempre particolarmente entusiasta; in questo specifico ambito, il legislatore godeva di una certa autonomia di valutazione, che si è però poi sostanziata, come dicevo all'inizio di queste note, nella scelta di un regime di extraterritorialità della nostra disciplina punitiva anche per enti che delinquono all'estero.

Allora perché il legislatore ha fatto una scelta di questo tipo? L'ha fatta, a mio parere, per due fondamentali ragioni: per una scelta di sistema e per una scelta emulativa. La scelta di sistema nasceva da quel parallelismo che il legislatore italiano voleva istituire tra il regime codicistico, relativo alla responsabilità degli individui, e le prime disposizioni del decreto, per il regime di responsabilità degli enti collettivi: si è inteso replicare quanto avevamo ereditato dal Codice Rocco sulla disciplina, particolarmente penetrante, di applicazione della legge penale nello spazio, contenuta negli articoli da 7 a 10 del c.p., con riferimento alla responsabilità degli enti per ragioni di coerenza, appunto sistematiche, peraltro con una duplicazione che lascia spazio a qualche dubbio interpretativo.

La scelta emulativa è votata alla assimilazione agli altri Stati che nell'ambito della responsabilità da reato degli enti hanno optato per un regime *lato sensu* di extraterritorialità; mi riferisco, come ovvio, alla disciplina statunitense e a quella inglese che, con modalità diverse, hanno proiettato oltrefrontiera la responsabilità da reato delle persone giuridiche, probabilmente sul presupposto che, attraendo nell'area della giurisdizione penale interna entità economiche anche straniere, si estendesse non solo la capacità punitiva del sistema, ma anche la capacità economica di recupero delle sanzioni, che sono molto cospicue in detti ordinamenti. Le due scelte hanno dato vita a una sorta di vocazione imperialista, propria della legge penale italiana, nel diritto sanzionatorio economico rispetto alle quali occorre brevemente meditare.

Passando alla disciplina, essa si sostanzia, come ricordato, in termini espliciti in un unico riferimento normativo, quello contenuto nell'art. 4 del decreto: tale norma consente, alle condizioni previste agli artt. 7 e 10 c.p., di far rispondere del reato commesso all'estero l'ente che abbia la propria sede principale in Italia. Su un primo, emblematico, dato vorrei immediatamente porre l'attenzione: la norma in parola è priva di qualsiasi riscontro applicativo (almeno secondo quanto risultato dalle ricerche nelle più comuni e fornite banche dati ed ammesso anche un potenziale margine di errore): questo dato rappresenta un elemento rilevantissimo per la comprensione complessiva del sistema. L'ente, per effetto di questa scelta normativa, risponderà sempre dell'illecito quando l'autore-persona fisica rientri nella giurisdizione italiana ai sensi della disciplina del codice penale e sempre che il medesimo ente abbia la propria sede principale

File riservato ad esclusivo fine di studio

in Italia; tale elemento agisce, quindi, come condizione ulteriore e restrittiva ai fini dell'applicazione della disciplina.

Qualcuno interpreta questa norma come trasposizione del principio di personalità attiva che è presente nelle convenzioni, qualcun'altro come equivalente della condizione della presenza del reo sul territorio. Non è questa la sede per soffermarsi su questo dato; mi interessa, invece, sottolineare come l'art. 4 operi da tendenziale «ripetitore» in capo all'ente della giurisdizione e della responsabilità, nel senso che l'ente risponde allorquando la persona fisica che abbia agito nel suo interesse o a suo vantaggio soddisfi le condizioni degli artt. 5 ss. L'ente, quindi, replicherà dall'individuo-autore del fatto l'applicabilità della legge italiana senza necessità di ulteriori accertamenti o verifiche, una sorta di valutazione della responsabilità «di rimbalzo»: è sufficiente che la persona fisica sia chiamata a rispondere ai sensi degli artt. 7 e 10 c.p., affinché anche l'ente, in presenza delle condizioni del decreto, sia assoggettato alla giurisdizione italiana.

Perché, allora, non si dispone di nessun caso giurisprudenziale in relazione a questo art. 4? Lo dico in maniera estremamente sintetica, senza poter argomentare ulteriormente: il motivo è che si è constatata, nella prassi, una netta preferenza per il principio di territorialità. Mediante un'interpretazione estensiva dell'art. 6 c.p., si è ritenuto che gli enti italiani che delinquono all'estero, rispondano sempre per il fatto di reato, per effetto di condotte che, almeno in parte, si sono realizzate in Italia, di modo che non c'è bisogno di ricorrere all'art. 4 del decreto. Ed è infatti difficile immaginare un reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente che abbia la sede principale in Italia che non sia in qualche modo ricollegabile alle decisioni adottate in Italia, soprattutto quando i fatti di reato che sono contestati nella prassi sono relativi a soggetti apicali. Quindi, la norma dell'art. 4 è rimasta sostanzialmente inoperante e il suo svuotamento in sede applicativa ha, a mio avviso, un ulteriore effetto che è stato scarsamente colto: la stessa disposizione prevede che si proceda contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo, ovvero se la richiesta del Ministro della Giustizia, oltre a concernere la persona fisica, riguardi anche l'ente. È una norma che introduce un filtro di opportunità politica su fatti di reato commessi dalla società italiana che realizza un fatto di corruzione all'estero. Per effetto della «disapplicazione sostanziale» dell'art. 4 del decreto anche questa opzione della norma è rimasta lettera morta.

E allora che cosa ha operato nella prassi italiana? Ha operato l'istituto della territorialità, con riferimento al quale il legislatore è completamente silente, non essendovi nel d. lgs. n. 231/2001 nessuna norma che riproduca l'art. 6 c.p., con ulteriori conseguenze sul piano applicativo e delle garanzie, determinati dall'attività interpretativo-applicativa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

L'esigua giurisprudenza prima richiamata, però, non si è fermata a questo; per effetto di un'interpretazione sistematica degli artt. 1, 34 e 36 del decreto, laddove si parla indistintamente di enti, ha fatto applicazione dell'art. 3 Cost. e, in virtù del principio di uguaglianza, ha affermato che enti stranieri ed enti italiani devono essere trattati analogamente. Gli artt. 34 e 36 del decreto, fanno riferimento a norme di procedura e alla competenza del giudice interno, dimodoché si è ritenuto perfettamente applicabile il principio di territorialità. Fin qua, apparentemente, *nulla quaestio*: nessuno di noi direbbe che il principio di territorialità non si applichi agli enti. Proseguendo, tuttavia, si legge in una sentenza della Corte d'Appello di Milano (sez. IV penale, n. 1937/2014) che: «Le Banche italiane non possono certo dirsi esentate da siffatta disposizione. Perché mai dovrebbero mai esserlo le Banche di diritto straniero che in Italia cercano obbiettivi d'investimento?»; la motivazione è suggestiva, ma non convince sotto il profilo dell'esatta ricostruzione del passaggio normativo che porta all'estensione dell'art. 6 c.p. e ancora, nell'unica decisione che ho trovato della Suprema Corte (Cass. pen., sez. V, n. 32352/2014), e che tradisce, a mio avviso, qualche imbarazzo si dice – a fronte di un'obiezione difensiva – «in senso contrario depone la norma codificata dall'art. 6 […]. Neppure può condividersi l'aggettivazione di "paradossale", riferita dal ricorrente all'ipotesi di applicazione del diritto penale italiano a una società estera che abbia sempre operato all'estero».

Dove sorge eventualmente il problema? Sorge per effetto di quell'inciso dell'art. 6 c.p., laddove si dice che è sufficiente che il fatto sia commesso in tutto o *in parte* nel territorio italiano per richiamare la giurisdizione italiana. Quella nozione di *parte* è già oggetto dell'interpretazione svalutativa in sede giurisprudenziale anche per le persone fisiche, con il conseguente risultato che, ai fini dell'imputazione di uno dei fatti di reato previsti dal decreto, è sufficiente che una minima porzione della condotta di una delle persone fisiche, che abbiano eventualmente anche solo agito in concorso con gli altri, priva dei requisiti del tentativo, ma rilevante dal punto di vista naturalistico, sia stata realizzata in Italia perché la giurisdizione italiana attragga l'integralità dell'illecito individuale e dell'illecito dell'ente collettivo. In questo modo, però, noi stiamo riconducendo alla disciplina punitiva italiana enti che sono integralmente assoggettati, questa è l'ipotesi, alla normativa straniera, e che non si vedono quindi astretti ai vincoli ordinamentali, non dico di natura penale, ma di natura societaria, civile, propri del nostro ordinamento e che non hanno un modello di organizzazione «all'italiana», che non hanno un organismo di vigilanza, che è un *unicum* nel panorama comparatistico e che quindi non potranno avvalersi sostanzialmente dell'esimente relativa al modello di organizzazione. Questa è la vera problematica con la quale ci siamo confrontati nella prassi e che coinvolge anche la legalità penale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Alcuni tentativi dottrinali sono stati compiuti per restringere la portata territoriale della legge penale italiana e del decreto, ma sono naufragati. Ne citerò solo due che mi sembrano significativi. Si è detto che laddove carenze organizzative si siano verificate nella sede straniera sarebbe quantomeno dubbio che l'illecito penale sia stato commesso in Italia; siamo qua in presenza di una teoria, a mio avviso, per certi versi condivisibile, che valorizza il requisito della colpa di organizzazione e che lo identifica nel luogo in cui la violazione delle regole cautelari si sarebbe realizzata, tendendo a rompere l'automatismo che è invece restituito da questa interpretazione lata della territorialità.

Ancora si è detto, da parte di autorevoli processualisti, che il luogo di commissione dell'illecito amministrativo non può che essere individuato nel territorio in cui la società incolpata ha costituito la sua sede amministrativa e il suo apparato organizzativo, anche per la mancanza di potere dell'autorità italiana ad accertare la sussistenza del modello e la possibilità dunque di giungere a una sua validazione.

Non entrerò nel merito, giacché queste note hanno una valenza meramente ricognitiva di un panorama dottrinale e giurisprudenziale frammentario e piuttosto esiguo. Semplicemente mi preme sottolineare, in questa sede, che tali proposte di lettura del dato normativo, che a mio modo di vedere avevano il pregio di valorizzare, anche nell'ambito dell'applicazione della legge penale nello spazio, il requisito della colpa di organizzazione e, per certi versi, l'autonomizzazione della responsabilità dell'ente nelle forme di cui si è già detto, non sono penetrate nella prassi, sono state completamente disattese, determinando, in tal modo, anche l'obliterazione di quel filtro politico che il legislatore aveva voluto.

Cos'altro si può, invece, valorizzare all'interno del decreto in chiave applicativa affinché vengano salvaguardate determinate esigenze di garanzia? Rammento che lo stesso art. 4, co. 1, contiene un inciso che non è di scarso rilievo e che peraltro è il frutto, a mio avviso, di una scelta coraggiosa del legislatore, perché si è detto che si può fare applicazione della legge italiana agli enti che delinquono all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto. Ora, questa è una norma della cui portata forse occorrerebbe discutere anche con riferimento al diritto penale dell'individuo, perché consente il venire meno della giurisdizione italiana in presenza, non di una sentenza passata in giudicato all'estero, per il principio del *ne bis in idem*, ma per effetto semplicemente di un procedimento aperto nei confronti dell'ente all'estero. La disposizione recepisce nell'ambito del diritto degli enti l'istituto della litispendenza, che è un istituto avanzato in termini di garanzia, perché vuol dire che l'ente non deve contemporaneamente difendersi della medesima accusa di fronte a due autorità giudiziarie di due diversi Paesi. Questa disposizione meriterebbe qualche approfondimento: sulla medesimezza del fatto credo

File riservato ad esclusivo fine di studio

ci sia un'interpretazione giurisprudenziale già consolidata che non necessita di ulteriori riflessioni; ma che vuol dire «se l'autorità straniera procede»? Procede su che piano? Sul piano esclusivamente penale? O anche sul piano parapenale-punitivo, trattandosi di un'autorità amministrativa dotata di poteri sanzionatori? Oggi siamo di fronte a casi nei quali una società che abbia realizzato un fatto di corruzione che interessa anche la giurisdizione americana è stato oggetto di indagine da parte del DOJ, cioè del dipartimento di giustizia: è sufficiente questo? Probabilmente sì. E se vi è solo l'autorità amministrativa come, per esempio, la SEC, che agisce con riferimento a determinate tipologie di reato? Vale questo a precludere l'esercizio della giurisdizione italiana? Sono tutte domande che rimangono in un limbo di incertezza per effetto della disapplicazione dell'art. 4. d. lgs. n. 231/2001. Senonché, questa disposizione potrebbe essere oggetto, e questa era una proposta che era già emersa in sede dottrinale, di una applicazione ragionata; cioè, il legislatore l'ha prevista con riferimento esclusivo alla extraterritorialità, ma giacché riguarda fatti di reato commessi all'estero, o anche in parte all'estero, quindi anche in parte in Italia, sorge, a mio avviso, il dubbio, e anzi più di un dubbio, che debba essere applicata anche nei casi di ricorso alla nozione dilatata della territorialità. Detto in altri termini, se l'autorità giudiziaria italiana viene a conoscere di un fatto di reato imputabile all'ente commesso in parte in Italia e in parte all'estero, ricorrerà sì alla territorialità, ma non potrà procedere laddove nei confronti dell'ente già proceda l'autorità straniera, per effetto di una lettura attenta di questa disposizione, confermata anche da un supporto testuale, dal punto di vista ermeneutico.

È auspicabile che la giurisprudenza prenda atto dell'esistenza di queste norme, ne faccia un'applicazione misurata, sempre che il legislatore non intenda intervenire per modificare questi dati.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Ciro Santoriello

La responsabilità penale dei componenti l'Organismo di Vigilanza

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La responsabilità penale dei componenti l'Organismo di Vigilanza in relazione ai reati-presupposto della responsabilità dell'ente collettivo. – 2.1. I reati di concussione e corruzione – 2.2. La violazione delle norme antinfortunistiche – 2.3. I reati societari – 2.4. I reati comuni richiamati dagli artt. 24 e seguenti del d. lgs. n. 231 del 2001.

1. Considerazioni introduttive

Il novero delle fattispecie penali di cui possono essere protagonisti i membri dell'O.d.V. è decisamente ridotto, stante il fatto che la loro posizione all'interno della persona giuridica non risulta funzionale ad una gestione dell'ente né consente loro di intromettersi nelle scelte dell'imprenditore circa le modalità di conduzione dell'impresa[1]. Per comprendere le ragioni di questa affermazione, occorre operare, nell'esame della responsabilità penale dei componenti l'Organismo di Vigilanza, una importante distinzione, essendo necessario differenziare fra la eventuale partecipazione di tali soggetti nei cosiddetti reati presup-

[1] Sulle diverse funzioni che sono attribuite all'organismo di Vigilanza ed ad altri organi collegiali di controllo – come, ad esempio, il collegio sindacale – si tornerà più avanti. In ogni caso, sulle funzioni dell'Organismo di Vigilanza con riferimento alla disciplina di cui al d. lgs. n. 231, cfr. A. Baudino, U. Bocchino, *I modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. lgs 231/2001. Manuale di controllo di gestione*, a cura di U. Bocchino, Il Sole 24 ORE, Milano 2008, p. 120; D. Galletti, *I modelli organizzativi nel D. Lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la* corporate governance, in *Giur. comm.*, 2006, 1, p. 132; G. Catalano, *Organismo di Vigilanza e dinamica dei controlli interni: le novità del codice di autodisciplina alla luce della recente normativa e dell'esperienza statunitense*, in *www.rivista231.it*, 2007, 1, p. 17; A. Scafidi, S. Annovazzi, *Il ruolo del collegio sindacale nell'ambito dei Modelli Organizzativi* ex *d. lgs. 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e controllo*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2007, vol. II, p. 109 e 2007, vol. III, p. 103; E. Romolotti, *Organismo di Vigilanza 231 e sicurezza sul lavoro: un problema strutturale*, *ivi*, 2008, vol. IV, p. 87.

File riservato ad esclusivo fine di studio

posto considerati dagli artt. 24 ss. d. lgs. n. 231/2001, da un lato, e le fattispecie criminose non richiamate dal d. lgs. n. 231/2001 ma che ciò nonostante possono comunque essere realizzate da quanti compongono l'organo collegiale in parola, dall'altro.

2. La responsabilità penale dei componenti l'Organismo di Vigilanza in relazione ai reati-presupposto della responsabilità dell'ente collettivo

2.1. I reati di concussione e corruzione

L'analisi circa la responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza e dei suoi componenti quando la stessa venga condotta con riferimento alle fattispecie di reato ricomprese nel d. lgs. n. 231/2001 ed ivi considerate quali illeciti presupposto della responsabilità dell'ente collettivo pone un primo problema in relazione al fatto che buona parte degli illeciti penali richiamati dagli artt. 24 ss. d. lgs. n. 231/2001 rientrano fra i cosiddetti «reati propri», ovvero sono delitti che possono essere realizzati e commessi solo da soggetti in possesso di una determinata qualifica normativamente definita. In particolare, fra gli illeciti penali che possono fungere da presupposto della responsabilità dell'ente hanno la qualifica di «reati propri», 1) i delitti di concussione e corruzione – ovviamente, in tale ultimo caso, con riferimento alla persona corrotta –, essendo necessaria in capo al soggetto agente la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio; 2) tutti i delitti in materia societaria disciplinati dagli artt. 2621 e 2640 del c.c., dovendo il soggetto agente essere amministratore, componente del collegio sindacale, dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, socio conferente, direttore generale o liquidatore della persona giuridica; 3) i reati di omicidio e lesioni colpose gravi o gravissime commessi in violazione delle norme sulla salute e tutela della sicurezza sul lavoro, dei quali possono essere chiamati a rispondere, giusto quanto prevedono gli artt. 2, 55 e 56 del recente d. lgs. n. 81/2008, solo il datore di lavoro, dirigente, preposto, responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

La domanda che occorre porsi, quindi, allorquando si voglia verificare la responsabilità penale dei componenti l'Organismo di Vigilanza per gli illeciti indicati appena sopra ai numeri 1, 2 e 3 è se la qualifica di componente del suddetto organismo rientri o meno fra le figure soggettive considerate dalle diverse disposizioni richiamate degli artt. 24 ss. d. lgs. n. 231/2001 quali possibili responsabili degli illeciti penali.

La risposta a tale quesito è decisamente negativa con riferimento ai delitti di concussione e corruzione. Se infatti è senz'altro possibile che gli amministratori o i direttori generali di una persona giuridica possano rivestire la qualifica

File riservato ad esclusivo fine di studio

di pubblico ufficiale o (con un maggiore grado di probabilità) di incaricato di pubblico servizio, allorquando la società da loro gestita, pur se di diritto privato, svolga comunque attività di carattere o rilievo pubblicistico – si ricorda infatti che gli artt. 357 e 358 c.p. hanno accolto la concezione c.d. funzionale-oggettiva della nozione di pubblico ufficiale, non considerando invece più rilevante l'eventuale rapporto di dipendenza del singolo dallo Stato o da altro ente pubblico, essendo invece rilevante l'effettivo svolgimento di attività pubblicistica –, è da escludere che tale medesima qualifica possa essere attribuita ai componenti l'Organismo di Vigilanza. Tale organo, infatti, nonostante la rilevanza dei suoi compiti e nonostante il fatto che l'efficace svolgimento del suo ruolo possa rivestire un considerevole interesse per la collettività – potendo l'Organismo di Vigilanza scongiurare che l'ente collettivo funzionalizzi le proprie potenzialità operative al raggiungimento di finalità illecite e criminose –, ha comunque natura esclusivamente privatistica e risulta assolutamente privo dei poteri tipici della potestà amministrativa, né tanto meno può formare e manifestare la volontà della pubblica amministrazione ovvero esercitare poteri autoritativi, deliberativi o certificativi.

In conclusione, dunque, laddove ci si avveda che la struttura organizzativa della società sia utilizzata dagli amministratori per commettere i reati di concussione o corruzione – grazie ai particolari poteri autorizzativi e di pubblica amministrazione riconosciuti alla persona giuridica –, nessuna conseguenza penale può derivare in capo ai componenti l'Organismo di Vigilanza, anche in caso di un insoddisfacente adempimento dei loro compiti.

Sul punto, tuttavia, va fatta una precisazione. Infatti, la circostanza che i componenti l'Organismo di Vigilanza, non essendo pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, non possano essere chiamati a rispondere in prima persona dei reati di concussione o corruzione, non esclude che costoro possano concorrere a vario titolo al reato commesso dagli amministratori quando abbiano intenzionalmente e previo accordo favorito la condotta delittuosa di questi ultimi: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'amministratore di una società per azioni che svolge un'attività di interesse pubblico (ad esempio, la gestione di una rete metropolitana), prima di ricevere una somma di denaro costituente il corrispettivo di un accordo corruttivo per l'affidamento ad un'altra ditta di lavori di manutenzione della linea di trasporti, si premuri di accordarsi con i componenti l'Organismo di Vigilanza affinché questi non chiedano spiegazioni circa le modalità di affidamento dell'appalto. In tali casi, dunque, il soggetto che partecipa ai lavori dell'Organismo di Vigilanza non riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio ma ciò nonostante coopera nell'azione criminosa con altro soggetto che risulta titolare di quella qualifica giuridica e dunque partecipa, in qualità di cd. *extraneus*, alla violazione dei precetti di cui agli artt. 317 ss. c.p. e di tali reati dovrà rispondere[2].

[2] In questo senso, Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2016, *Antonini*, sul punto sorprendentemente

File riservato ad esclusivo fine di studio

2.2. La violazione delle norme antinfortunistiche

Analoghe conclusioni valgono con riferimento ai reati di omicidio e lesioni colpose gravi o gravissime commessi in violazione delle norme sulla salute e tutela della sicurezza sul lavoro. Anche in ordine alle fattispecie previste e punite dagli artt. 589 e 590 c.p. – nonostante in entrambe le disposizioni compaia, per indicare il destinatario della prescrizione, l'espressione «chiunque» – si è in presenza di reati propri, che possono essere commessi – secondo quanto è dato di desumere dal combinato disposto degli artt. 2, 55 e 56 d. lgs. n. 81/2008 – solo dal datore di lavoro, dal dirigente, dal preposto e dal responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

Queste conclusioni vengono però da alcuni messe in discussione laddove il reato della cui responsabilità si discute sia rappresentato dalla violazione degli artt. 589 e 590 c.p., ovvero in caso di omicidio e lesioni colpose derivanti dalla violazione della normativa antinfortunistica sui luoghi di lavoro.

Da più parti, infatti, si sostiene che, rispetto ai suddetti illeciti, la posizione dei componenti l'Organismo di Vigilanza si atteggi in maniera diversa rispetto a quanto può sostenersi per le altre tipologie di illeciti ricomprese nel novero dei reati che fondano la responsabilità delle società. Due sono le considerazioni che supportano tale conclusione, anche se prima di riassumere tali argomentazioni è opportuno soffermarsi sui soggetti che possono essere chiamati a rispondere delle violazioni di cui ai citati artt. 589 e 589 c.p. per violazioni della normativa antiinfortunistica.

In proposito va ricordato che per individuare i soggetti che possono rispondere dei suddetti reati non può farsi riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 589 e 590 c.p., ma alle previsioni presenti nel d. lgs. n. 81/2008. Gli artt. 589 e 590 c.p., infatti, utilizzano, per indicare il destinatario della prescrizione, l'espressione «chiunque», facendo pensare che per la violazione in discorso non sia necessario che il soggetto sia in possesso di alcuna particolare qualifica soggettiva: tuttavia questa conclusione è erronea, giacché la presenza della formula «chiunque» che compare nelle suddette disposizioni codicistiche è dovuta al fatto che tanto l'art. 589 che l'art. 590 c.p. disciplinano ogni ipotesi di omicidio e lesioni colpose – ovvero anche le fattispecie in cui tali condotte non siano assunte suo luogo di lavoro, ma ad esempio sulla strada o in qualsiasi altra circostanza – sic-

non massimata e secondo cui i componenti l'Organismo di Vigilanza non hanno alcun obbligo di garanzia e di protezione con riferimento alla prevenzione degli infortuni e delle malattie dei dipendenti, non competendo a tale organo né l'adozione né lo specifico suggerimento circa la predisposizione di specifiche cautele antifortunistiche, specie quando si tratta di misure da assumere in un'ottica di politica aziendale, rispetto alla cui adozione i componenti l'Organismo di Vigilanza sono pacificamente estranei.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ché è ovvio che per indicare il possibile responsabile di tale illecito il legislatore abbia utilizzato una formula omnicomprensiva. Di contro, laddove si discuta dei reati di omicidio e lesioni colpose dovute alla violazione della normativa antinfortunistica sui luoghi di lavoro, per individuare i possibili responsabili di tale illecito bisogna fare riferimento al citato d. lgs. n. 81/ 2008 – il testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro –, giacché è in tale testo che sono indicate da un lato le prescrizioni dirette alla prevenzione infortuni il cui mancato ossequio determina la violazione degli artt. 589 e 590 c.p. e dall'altro – in particolare gli artt. 2, 55 e 56 – i soggetti che sono tenuti all'osservanza delle suddette prescrizioni antifortunistiche.

Orbene, leggendo i citati artt. 2, 55 e 56 emerge come possibili responsabili per le fattispecie di omicidio colposo e lesioni colpose sui luoghi di lavoro possono essere, esclusivamente, il datore di lavoro, il dirigente, il preposto ed il responsabile del servizio di prevenzione e protezione. In nessuna di tali figure possono essere sussunti i componenti l'Organismo di Vigilanza, come può desumersi ricordando quali siano le definizioni che il d. lgs. n. 81/2008 fornisce dei suddetti soggetti.

In proposito va ricordato che:

a) in base al citato art. 2, il datore di lavoro è il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa;

b) il dirigente è la persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa;

c) il preposto è colui che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa;

d) il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, infine, è chi sia in possesso delle capacità e dei requisiti professionali di cui all'art. 32 del medesimo decreto legislativo n. 81 designata dal datore di lavoro per coordinare il servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

Nonostante – come detto – nessuna di tali qualifiche possa essere riferita a chi partecipi ai lavori dell'Organismo di Vigilanza e quindi sembrerebbe doversi escludere una possibile responsabilità di costoro in relazione ai reati in parola,

File riservato ad esclusivo fine di studio

alcuni pervengono ad una conclusione diversa sulla base di due considerazioni.

In primo luogo, si richiama il disposto di cui all'art. 30, co. 3 e 4, d. lgs. n. 81/2008, in base al quale l'organo di controllo deve provvedere alla verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio di infortuni nei luoghi di lavoro gestiti dall'impresa collettiva, nonché deve controllare l'efficace funzionamento del modello organizzativo adottato dall'ente onde prevenire sinistri ed incidenti alla salute dei lavoratori.

In secondo luogo, ed in connessione con la riflessione precedente, si sostiene che nello stesso decreto n. 81 potrebbe rinvenirsi un ulteriore disposizione relativa all'organismo di vigilanza. Il riferimento è all'art. 16 del decreto suddetto, a norma del quale «1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni: *a)* che essa risulti da atto scritto recante data certa; *b)* che il delegato possegga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; *c)* che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; *d)* che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate; *e)* che la delega sia accettata dal delegato per iscritto. 2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità. 3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. La vigilanza si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4».

Sulla base di quanto dispone questa disposizione, la possibile responsabilità penale dei componenti l'Organismo di Vigilanza è ricostruita come segue. Quando il datore di lavoro delega ad un terzo il profilo della sicurezza del lavoro egli rimane comunque titolare di un obbligo di vigilanza circa la corretta esecuzione dei propri compiti da parte del soggetto delegato, sicché in presenza di una violazione delle prescrizioni di cui al decreto n. 81 rispondono tanto il delegato che il datore di lavoro delegante; tuttavia, l'obbligo di vigilanza di cui si discute va assolto – secondo quanto prevede il citato art. 16 – attraverso l'adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui al sopra citato art. 30, co. 3 e 4 d. lgs. n. 81/2008; l'organismo di vigilanza svolge un ruolo determinante nella efficace attuazione del modello per cui laddove i componenti di tale collegio non adempiano in modo corretto a tale compito, la loro negligenza può avere un'efficacia impeditiva sulla vigilanza che il datore di lavoro deve costantemente esplicate sulla condotta del soggetto delegato alla sicurezza; se dall'omessa vigilanza del datore di lavoro deriva la violazione della normativa antifortunistica con conseguente verificarsi di un omicidio o lesioni colpose, dei

File riservato ad esclusivo fine di studio

reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p. possono rispondere – oltre al datore di lavoro ed al delegato per la sicurezza – anche quanti fanno parte dell'O.d.V., laddove si dimostri che costoro non abbiano saputo controllare l'efficace funzionamento del modello organizzativo adottato dall'ente onde prevenire sinistri ed incidenti alla salute dei lavoratori e tale circostanza abbia, a sua volta, determinato un comportamento da parte degli altri soggetti presenti in azienda.

Le superiori considerazioni non risultano tuttavia convincenti e non ci paiono idonee a superare la nostra affermazione di irrilevanza della condotta dei componenti l'Organismo di Vigilanza in caso di commissione dei reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p. – salvo i casi che vedremo fra un attimo.

Il punto critico delle tesi sovra esposte ci pare da rinvenire nelle finalità e nella rilevanza che si assegnano al controllo che l'O.d.V. deve svolgere in ordine all'efficace funzionamento del modello organizzativo adottato dall'ente onde prevenire sinistri ed incidenti alla salute dei lavoratori. Diversamente da quanto sostenuto dalla tesi che qui si critica, il suddetto obbligo di vigilanza grava sull'O.d.V. non in quanto a tale organo competa la prevenzione degli eventi di lesione ai danni dei dipendenti dell'impresa, bensì in quanto – come chiaramente indica il primo comma del medesimo art. 30 citato – solo tale efficace funzionamento (di questa parte) del modello organizzativo può avere un'efficacia esimente della responsabilità delle persone giuridiche di cui al d. lgs. n. 231/2001 in caso di infortunio mortale o con lesioni ai danni di un dipendente dell'azienda: detto altrimenti, il combinato disposto di cui agli artt. 25 *septies* d. lgs. n. 231/2001, artt. 589 e 590 c.p., art. 30 d. lgs. n. 81/2008, non fonda certo una responsabilità degli Organismi di Vigilanza e dei relativi componenti per i reati di lesioni od omicidio colposo, di cui rispondono solo i soggetti indicati dall'art. 2 d. lgs. n. 81/2008: le predette disposizioni, infatti, indicano solo le modalità, le condizioni in presenza delle quali la società il cui dipendente si sia infortunato nel corso della sua attività lavorativa può andare esente da responsabilità nonostante la lesione alla salute del dipendente sia addebitabile ad un atteggiamento negligente di uno dei dirigenti.

In via conclusiva, in base ai citati artt. 25 *septies*, 589 e 590 c.p., i componenti l'Organismo di Vigilanza devono operare per garantire e controllare il corretto funzionamento del modello societario di organizzazione e gestione per la prevenzione dei rischi contro la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro: tuttavia, se non adempiono a tale obblighi e si verifica un infortunio a carico di uno dei dipendenti dell'impresa, nei loro confronti può maturare una ipotesi di responsabilità civile nei confronti dell'ente collettivo nel cui ambito operano, ma nessuna contestazione di violazione delle previsioni penali di cui agli artt. 589 e 590 c.p. può essere loro mossa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

A conferma di tale considerazione può farsi ricorso al criterio del «comportamento alternativo lecito» per comprendere come non vi siano spazi per attribuire ai membri dell'O.d.V. alcuna ipotesi di responsabilità penale in caso di violazione, nell'ambito dell'ente entro il quale operano, degli artt. 589 e 590 c.p.

Si è detto che la responsabilità di tali soggetti può fondarsi sulla circostanza che il loro mancato controllo sul corretto funzionamento del modello organizzativo aziendale con riferimento al settore della sicurezza sui luoghi di lavoro ha impedito a sua volta al datore di lavoro di svolgere adeguatamente il suo ruolo di prevenzione degli infortuni – eventualmente unitamente ad altri soggetti, come il delegato o il responsabile per la sicurezza: tale affermazione evidentemente si fonda su un'applicazione, in tale ambito, del dettato di cui all'art. 40 c.p. in base al quale, come si è detto, non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire equivale a cagionarlo. Ciò posto, deve tuttavia ricordarsi che intanto si può porre in capo ad un soggetto un obbligo di impedire un evento in quanto l'ordinamento riconosca a quel medesimo soggetto i poteri di intervento necessari per arrestare le circostanze di fatto ed i comportamenti altrui idonei a determinare il verificarsi dell'evento stesso: orbene, è evidente che, nel caso che stiamo considerando, nessun potere di questo tipo, nessuna facoltà di intervento è riconosciuta in capo all'Organismo di Vigilanza, per cui non si vede come sia possibile attribuire ai componenti dello stesso una posizione di garanzia rispetto ad una vicenda su cui essi non avevano alcun controllo né alcuna possibilità di impedimento.

Ecco dunque come l'utilizzo del criterio del «comportamento alternativo lecito» rende ragione delle nostre conclusioni in ordine all'insussistenza di un'ipotesi di responsabilità dei componenti dell'O.d.V. nel caso considerato: quand'anche si ritenga che questi soggetti non abbiamo adempiuto correttamente agli obblighi di controllo e sorveglianza sull'efficace attuazione del modello organizzato non può ritenersi che tale inosservanza abbia avuto efficacia causale sul verificarsi dell'infortunio, giacché gli stessi – laddove avessero registrato una qualche criticità nel funzionamento del modello organizzato – in nessun modo avrebbero potuto porvi rimedio, salvo segnalare la carenza al datore di lavoro, il quale rimane l'unico soggetto in grado di farvi fronte e la cui inerzia certo non è surrogabile da un intervento fattivo e operativo dell'O.d.V.

Peraltro, la circostanza che i componenti del collegio di Sorveglianza possono svolgere – quando riscontrano l'insufficienza del modello organizzativo o la sua carente implementazione in azienda – solo una funzione di suggerimento o di sollecito nei confronti del datore di lavoro e dei suoi collaboratori consente comunque di rinvenire un'ipotesi di responsabilità di questi soggetti in relazione ai reati di omicidio o lesioni colpose i componenti l'Organismo di Vigilanza titolo di cooperazione colposa con la condotta del datore di lavoro, del dirigente,

File riservato ad esclusivo fine di studio

del preposto ecc., specie nei casi di colpa cosciente. Si ipotizzi che il dirigente di uno stabilimento aziendale decida, nella speranza così di ben figurare in sede di valutazione del suo lavoro, sui costi per la sicurezza e riduca quindi la spesa per la tutela dei lavoratori, ritenendo che anche con i minori importi da lui stanziati non dovrebbero verificarsi infortuni ai danni dei dipendenti; allorquando in conseguenza degli inopportuni risparmi di spesa operati dal dirigente si verifica un serio infortunio ai danni di un lavoratore, se l'Organismo di Vigilanza non si è avveduto della dissennata intenzione dell'amministratore, non vi sarà alcuno spazio per una formulazione di una imputazione a titolo di colpa ai danni dei componenti l'Organismo, posto che su costoro non grava un obbligo di garanzia e di impedimento di eventi dannosi a carico dei dipendenti dell'azienda[3]. Diversa è invece la conclusione, allorquando l'Organismo di Vigilanza sia stato avvisato dal dirigente della sua scelta di politica aziendale ed abbia concordato su tale impostazione, contribuendo mediante la propria valutazione positiva a far accettare questa soluzione ai dipendenti ed agli altri amministratori dell'ente; in tale ipotesi, infatti, l'intervento dell'Organismo di Vigilanza riveste una ben determinata e significativa valenza causale rispetto al verificarsi dell'infortunio, potendo sostenersi che laddove l'organo di controllo avesse censurato l'operato del dirigente il sinistro non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in maniera meno grave: in questo caso, quindi, può – anche se formuliamo tale conclusione in via dubitativa – chiamarsi il componente dell'Organismo di Vigilanza a rispondere ai sensi dell'art. 113 c.p. dei delitti di omicidio o lesioni colpose ai danni dei lavoratori dell'ente.

2.3. I reati societari

Più articolato, infine, si presenta la riflessione da svolgere in relazione alla possibile responsabilità dei componenti l'Organismo di Vigilanza per i reati societari disciplinati dagli artt. 2621 ss. c.c. Si è già detto che i soggetti attivi di tali illeciti possono essere solo l'amministratore, i componenti del collegio sindacale, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, il socio conferente, il direttore generale o il liquidatore della persona giuridica ed è evidente che i componenti l'Organismo di Vigilanza non possono rientrare – in quanto tali – in nessuna di queste categorie, con la conseguenza che tali soggetti non potranno essere chiamati a rispondere per le violazioni disciplinate dal codice civile non essendo titolari delle qualifiche societarie richieste.

Onde superare tale conclusione non può essere richiamata neppure la previsione di cui all'art. 2639, co. 1, c.c., secondo cui per i reati previsti dagli artt.

[3] In questo senso anche G. Casaroli, *Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 589; S. Panagia, *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 149.

File riservato ad esclusivo fine di studio

2621 ss. «al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione». Come è noto, tale equiparazione – che accoglie il principio di irrilevanza della denominazione formale rispetto al contenuto della funzione esercitata, imponendo di accertare la titolarità della qualifica richiesta dalla legge penale sulla base del contenuto della funzione corrispondente, e quindi dei poteri e dei doveri che ne garantiscono l'esercizio, senza che rilevi la particolare denominazione impressa dalla legge civile a chi ne risulti titolare – si giustifica per il fatto che la riforma dei reati societari ha preceduto quella della disciplina civilistica, cosicché il legislatore penale ha operato senza poter conoscere le scelte che sarebbero maturate nella definizione degli organi delle società di capitali, per cui era necessario adottare una previsione normativa che consentisse di rendere le singole fattispecie incriminatrici, strutturate sulla base di tipologie più ristrette di soggetti attivi, operanti anche relativamente alle nuove figure soggettive previste in sede civilistica, con nomi diversi ma con funzioni almeno in parte sovrapponibili – si pensi, ad esempio, nel sistema dualistico, alla figura del consigliere di gestione, introdotta dalla riforma della disciplina delle società di capitali, ed equiparata, a fini penalistici e proprio in virtù dell'art. 2639 c.c. in commento, alla figura dell'amministratore[4].

Nonostante però la funzione dell'art. 2639 c.c. sia quella di consentire un ampliamento dell'area di applicabilità degli artt. 2621 ss. c.c., tale previsione non consente di superare la conclusione da noi in precedenza formulata giacché – come correttamente sostenuto in dottrina[5] – il comma primo dell'art. 2639 c.c. non può operare rispetto agli organismi interni di vigilanza creati in esplicazione dell'autonomia statutaria o in relazione alle previsioni del d. lgs. n. 231/2001, trattandosi di soggetti la cui istituzione ed il cui funzionamento non sono regolamentati all'interno del codice civile e che svolgono funzioni non equiparabili a quelle attribuite all'amministratore, ai componenti del collegio sindacale, al

[4] Sulla *ratio* dell'art. 2639 c.c., cfr. A. Alessandri, *I Soggetti*, in *Il nuovo diritto penale delle società commerciali*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, Milano 2002, p. 40; A. Bianconi, *Art. 2639 c.c.*, in *Le fonti del diritto italiano. Leggi penali d'udienza*, a cura di T. Padovani, Giuffrè, Milano 2003, p. 1338; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano 2003, p. 130; A. Rossi, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 898; I. Merenda, *Art.2639*, in *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, a cura di M. Ronco, S. Ardizzone, Utet, Torino 2007, p. 1981.

[5] Così Alessandri, *I soggetti*, cit., p. 40; Merenda, *Art.2639*, cit., p. 1982; L. Foffani, *Estensione delle qualifiche soggettive*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Cedam, Padova 2003, p. 1919; V. Napoleoni, *Estensione delle qualifiche soggettive*, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di G. Bonfante, D. Corapi, G. Marziale, R. Rordorf, V. Salafia, Ipsoa, Milano 2004, p. 1872.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, al socio conferente, al direttore generale ed al liquidatore della persona giuridica[6].

2.4. I reati comuni richiamati dagli artt. 24 e seguenti del d. lgs. n. 231 del 2001

Per terminare l'indagine sulle possibili ipotesi di responsabilità penale dei componenti l'Organismo di Vigilanza occorre ora riflettere su quali possano essere le modalità di partecipazione criminosa di questi soggetti agli altri reati considerati negli artt. 24 ss. d. lgs. n. 231/2001 ed in relazione ai quali non è richiesta in capo al soggetto agente la ricorrenza di alcuna qualifica soggettiva: si pensi, ad esempio, ai delitti di indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, ai reati di frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico, o ai reati in materia informatica e di illecito trattamento dati.

La circostanza che tali fattispecie – trattandosi di reati cd. comuni – possono essere commessi da chiunque, non essendo necessario cioè che il soggetto agente rivesta all'interno dell'ente una determinata qualifica sembra deporre per una loro sicura riferibilità anche ai componenti l'Organismo di Vigilanza, non sussistendo ostacoli perché anche costoro rispondano dei delitti in parola. Ragionando in termini generali ed astratti, questa affermazione è senz'altro da condividere, proprio in ragione del fatto che le fattispecie delittuose in parola possono essere commesse – come spesso espressamente indicano le stesse previsioni punitive – da «chiunque»; tuttavia, a ben vedere, e facendo riferimento a quello che è il ruolo e la funzione che l'Organismo di Vigilanza è chiamato a svolgere nell'azienda, sembra più realistico pensare che anche in relazione a tali fattispecie criminali saranno rari i casi di incriminazione dei componenti dell'organo di controllo.

Va considerato infatti che la politica criminale che fa da sfondo all'intervento normativo di cui al d. lgs. n. 231/2001 si fonda su una premessa ben esplicitata dal legislatore – in particolare negli artt. 5, 6 e 7 del medesimo testo normativo –, ovvero la possibilità di riconoscere una responsabilità (amministrativa o penale che si voglia) dell'ente solo allorquando l'illecito sia stato commesso da un soggetto il quale, in virtù delle funzioni di gestione e controllo da lui esercitate, ha un dominio assoluto sulla persona giuridica ed perciò in grado di manifestarne all'esterno la volontà criminosa «impegnando sul terreno sanzionatorio

[6] Chiaramente, anche in relazione ai reati societari, la circostanza che i componenti l'Organismo di Vigilanza non rivestano la qualifica soggettiva richiesta dalla fattispecie penale non esclude una loro possibile responsabilità per il reato a titolo di concorso con l'amministratore, il direttore generale, *etc.* Valgono nel caso di specie le medesime argomentazioni che si sono sviluppate con riferimento ai reati di concussione o corruzione o in ordine alla violazione della normativa antinfortunistica ed a cui, per ragioni di sintesi e brevità, ci si richiama.

File riservato ad esclusivo fine di studio

penale-amministrativo la responsabilità della *societas*»[7]. In proposito, ben chiara è la *Relazione governativa al decreto legislativo n. 231 del 2001*, punto 3.2, che se da un lato afferma come i soggetti in grado di determinare, con il loro agire delittuoso, la responsabilità della società sono solo quelli formalmente investiti di una posizione apicale ovvero le persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di costoro, dall'altro evidenzia come «non sia possibile riferire una responsabilità all'ente per illeciti relativi allo svolgimento di una funzione che si risolve in un controllo sindacale».

Allorquando il legislatore, in sede di *Relazione* al decreto 231, escludeva la rilevanza – ai fini della responsabilità dell'ente – dei reati commessi ed inerenti l'esercizio della funzione di controllo, faceva evidentemente riferimento alla posizione del collegio sindacale, il quale, in ragione delle competenze allo stesso attribuite, non è certo in grado di esprimere con la propria condotta un agire delittuoso dell'ente; tuttavia, è evidente che le medesime considerazioni possono svolgersi con riferimento all'Organismo di Vigilanza che è senz'altro privo di funzioni di gestione e deliberazione circa la determinazione della politica aziendale. Ciò comporta, dunque, che anche in relazione ai reati comuni previsti dagli artt. 24 ss. pare decisamente arduo rinvenire una responsabilità penale dei componenti del Consiglio di Vigilanza in relazione alla commissione di illeciti che possano determinare la responsabilità dell'ente, proprio perché fra questi ultimi è la persona giuridica non vi è alcuna forma di immedesimazione organica e manca ogni presupposto per riferire le conseguenze delle condotte di costoro alla sfera patrimoniale ed alla personalità della persona giuridica.

Né vale, a resistere alla nostra conclusione, il richiamo ai compiti di vigilanza e controllo che gli artt. 6 e 7 attribuiscono all'Organismo di Vigilanza. Come già sostenuto con riferimento alla violazione della normativa antinfortunistica, la previsione normativa di tali obblighi non vale a fondare in capo all'organo collegiale un dovere di prevenzione di possibili reati da parte dei soggetti apicali dell'ente, bensì rappresenta una un presupposto per escludere – in caso di corretto adempimento degli stessi – la responsabilità dell'ente collettivo in relazione a determinati illeciti commessi dai soggetti indicati negli artt. 5 e 6 del d. lgs. n. 231/2001[8]. Ovviamente, come già più volte segnalato, questa conclusione non esclude certo la possibilità che i componenti l'Organismo di Vigilanza possano concorrere con i delitti considerati negli artt. 24 e seguenti citati unitamente agli amministratori, direttori generali *etc.*, ad esempio garantendo un sostanziale disimpegno nell'esercizio della loro funzione così da impedire o ritardare il più possibile l'emersione e la scoperta delle condotte criminose: in questo caso, i

[7] Come si esprime la *Relazione governativa al decreto legislativo n. 231 del 2001*, punto 3.2.
[8] Così anche Casaroli, *Sui criteri di imputazione*, cit., p. 589; A. Lanzi, *La responsabilità penale degli organi di gestione delle società*, in *Le monografie*, Il Sole 24 ORE, Milano 2003, n. 2, p. 164.

File riservato ad esclusivo fine di studio

componenti l'Organismo di Vigilanza dovranno rispondere del fatto di reato ai sensi dell'art. 110 c.p. secondo quelli che sono i principi generali del nostro ordinamento penale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Francesco Centonze

La responsabilità da reato degli enti collettivi: prospettive di riforma[*]

1. È tempo di bilanci per il decreto legislativo dell'8 giugno 2001, n. 231. Più in generale, è tempo di bilanci per un peculiare modello di regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e le imprese, tra le autorità pubbliche e le organizzazioni private. La letteratura internazionale descrive con varie espressioni (*enforcement of self-regulation*, *management-based regulation*, *principles-based regulation*, e così via) il mutamento del regime regolatorio che sarebbe avvenuto negli ultimi decenni e che si caratterizzerebbe per una nuova ripartizione nei rapporti fra Stato e privato; nonché per un'inedita distribuzione di competenze che avrebbe l'obiettivo di conferire alle imprese importanti prerogative una volta riservate alle autorità pubbliche.

Il d. lgs. n. 231/2001 si inserisce in questo più generale cambiamento della regolazione: l'autorità statale delega alle imprese rilevanti compiti di prevenzione della criminalità economica. Si tratta di un paradigma politico-criminale costruito su un assunto empirico: l'ente, vicino alla fonte dell'illecito, risulterebbe capace di affiancare l'autorità statuale nella prevenzione e sanzione di condotte illegali. I *compliance programs,* dunque, rappresenterebbero, seguendo la filosofia di fondo del decreto, gli strumenti funzionali a disinnescare comportamenti contrari alla legge.

Già Federico Stella aveva descritto, con grande efficacia, nello scritto del 1998 su «*Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*», i pregi di tale strategia politico criminale e le ragioni per le quali l'impresa avrebbe avuto interesse a impegnarsi nella prevenzione, spinta dalla «carota» dei benefici sanzionatori.

La prima domanda che ci si dovrebbe porre a quindici anni di distanza è dunque la seguente: questa strategia politico criminale ha funzionato? La *partnership* pubblico-privato ha realmente favorito una prevenzione dell'illecito

[*] Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Quindici anni di responsabilità da reato degli enti» svoltosi a Padova il 4 marzo 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

economico? Si può osservare – rispetto a quindici anni fa – una contrazione del fenomeno criminale legato all'attività d'impresa?

2. La letteratura internazionale pone da tempo il problema della valutazione dei risultati preventivi dei *compliance programs* avvertendo come l'adesione dell'impresa ai modelli di organizzazione possa risultare puramente cosmetica: si tratterebbe, per usare le parole di Garapon, di «modelli di carta» a metà strada tra «mere comunicazioni alla clientela e fumosi esercizi di linguaggio imprenditoriale». Nella stessa direzione, si sottolinea pure che ciò che veramente interessa alla società non pare essere l'efficacia della *compliance*, ma la sua formalizzazione con finalità marcatamente difensive: una sorta di assicurazione contro il rischio di un'eventuale futura inchiesta.

L'efficacia dell'approccio *carrot-stick* non trova, peraltro, conferme neanche nella prassi: mancano, infatti, approfondite indagini empiriche sulla misurazione della concreta efficacia preventiva dei modelli organizzativi.

Per restare sul nostro Paese, qualche studioso (mi riferisco a Pozza e Corbella) ha tuttavia affermato che i modelli di organizzazione funzionano soprattutto nella grande impresa, in particolare lì dove sussiste una dissociazione tra proprietà e controllo, nonché nelle strutture complesse di alto livello manageriale, che spingono per la costruzione delle procedure di *compliance*.

Questi rilievi illuminano un tema assai rilevante per il contesto italiano e troppo spesso dimenticato: un'eventuale efficacia preventiva delle procedure del d. lgs. n. 231/2001 riguarderebbe solo una percentuale molto piccola delle imprese italiane, ossia le grandi imprese ad azionariato diffuso nelle quali, in presenza di una scissione tra proprietà e gestione, i modelli organizzativi possono veramente fungere da strumento di controllo dei manager.

Il fenomeno della criminalità d'impresa nel nostro Paese è però anche (e soprattutto) il prodotto di un diverso contesto imprenditoriale: quello delle imprese piccole o medie, nelle quali vi è un accentramento tra proprietà e gestione. Questi enti sono caratterizzati da processi decisionali informali, da procedure organizzative snelle e, di solito, dal mancato adeguamento (o comunque dalla conformità solo «formale») alle disposizioni del d. lgs. n. 231/2001.

In queste imprese le *chance* preventive rimangono oggi affidate al diritto penale classico rivolto alla persona fisica, non potendosi realisticamente confidare nell'efficacia di modelli organizzativi capaci di neutralizzare eventuali iniziative illecite dell'imprenditore/manager.

Possiamo dunque affermare che la prospettiva di prevenire l'illecito economico attraverso la responsabilità degli enti – con la «lotta di judo» di cui parlava

File riservato ad esclusivo fine di studio

Federico Stella – finisce per essere confinata a uno spicchio della criminalità economica nel nostro Paese.

Tra l'altro, si deve pure considerare la scarsa applicazione della disciplina sulla responsabilità degli enti in molte zone del Paese: la ragione risiede nel convincimento, diffuso in ampi settori della magistratura, che il procedimento contro l'imprenditore/datore di lavoro risulti sufficiente a soddisfare le esigenze preventive e repressive in realtà aziendali piccole o medie, mentre il ricorso anche alle sanzioni verso l'ente finirebbe per dar vita, sostanzialmente, a un *bis in idem* (l'imprenditore sopposto al procedimento penale il più delle volte è anche il proprietario della società).

3. Ecco allora approdare a una prima conclusione rispetto al percorso di riforma che auspicabilmente dovrà essere intrapreso: l'Italia ha deciso di introdurre un meccanismo di responsabilità, nato per la grande impresa azionaria a risparmio diffuso, che non può essere applicato in modo efficace a una realtà economica, imprenditoriale radicalmente diversa, quella della piccola e media impresa.

Si dovrebbe dunque, di conseguenza, escludere dall'ambito di intervento del d. lgs. n. 231/2001 le società nelle quali l'organo amministrativo sia costituito per la maggioranza da soggetti cui è riferibile il controllo dell'ente e che, allo stesso tempo, abbiano sul territorio nazionale dipendenti non superiori a un certo numero (50 o anche 30 potrebbe essere un limite ragionevole).

Una norma di questo genere metterebbe fine, tra l'altro, al mercato, diffuso nel contesto delle piccole e medie imprese, delle consulenze stereotipate e dei modelli di organizzazione cartacei privi di agganci alla realtà aziendale.

4. Come si anticipava, ogni serio percorso di riforma deve muovere dalla verifica degli effetti di quell'autoregolamentazione incentivata dal d. lgs. n. 231/2001. D'altra parte, l'«effettività» è uno dei cardini della disciplina, come risulta chiaramente dall'intera costruzione normativa e dalla stessa relazione al decreto.

La mia impressione è che la prassi dimostri come i cambiamenti più significativi nell'impresa (parliamo sempre della grande società per azioni) avvengano non attraverso la costruzione dei modelli organizzativi, ma per il tramite (o a seguito) delle indagini penali: in altre parole, oggi, il più efficace intervento sull'illegalità degli affari non sembra tanto il risultato di una regolazione *ex ante* dell'ente (quella promessa dal d. lgs. n. 231/2001), ma di una regolazione *ex post*, successiva alla commissione dell'illecito, governata dal pubblico ministero, talvolta in una logica negoziale con l'impresa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Soffermiamoci un momento su questo punto.

Il decreto «scommette» sul fatto che l'ente possa migliorare le proprie pratiche organizzative spinto dalla minaccia di una sanzione che sarebbe comminata nel caso in cui dovesse verificarsi il reato e venisse accertata la mancata adozione di adeguate cautele preventive. L'idea, in definitiva, è quella di incentivare l'ente a mutare i propri assetti procedurali *prima* della commissione di un illecito.

L'esperienza di questi anni mi pare che abbia, invece, mostrato come le pratiche organizzative mutino davvero solo con la scoperta dell'illecito e l'intervento della magistratura.

La pendenza di un procedimento penale contro l'ente, infatti, di norma attiva un dialogo nel quale la difesa sottopone all'accusa le misure organizzative adottate dalla società e magari prova anche a dimostrare la dissociazione dell'ente dalla condotta criminale posta in essere dalle persone fisiche: in tali casi la società può offrire a supporto della tesi difensiva – oltre alle misure rimediali – una collaborazione nello svolgimento delle indagini.

Nel caso di avvio di una fase cautelare poi, generalmente si ricercano tra le parti soluzioni condivise sulla cessazione delle condizioni (organizzative) che legittimerebbero la misura.

Come si vede, il pubblico ministero diventa in questi casi una sorta di regolatore, molto simile ad un'autorità amministrativa: richiede misure procedurali, modifiche organizzative, cambi nel *management*. Tale logica negoziale ricorda le interlocuzioni più o meno formali tra imprese e autorità amministrative indipendenti e rimanda a quel ruolo di *moral suasion,* ormai centrale nella regolazione del mercato, nella quale sono ben presenti, per usare le parole di Gustavo Visentini, la «persuasione morale», il dialogo informale, la «concertazione riservata».

In definitiva, accusa e difesa possono ricorrere a metodi consensuali e «partecipati» di produzione delle regole organizzative da applicarsi nella fattispecie concreta. Questa evoluzione della prassi pare costituire la naturale attuazione della *partnership* pubblico/privato nella prevenzione della criminalità economica.

Il punto però è che un tale modello di co-regolamentazione deve, per quanto possibile, sottrarsi alla discrezionalità incontrollata ed essere canalizzato in modelli procedimentali formalizzati. Per evitare quello che il consigliere D'Arcangelo, nel suo intervento, ha definito un sistema *extra ordinem* che viaggia su un binario parallelo rispetto al nostro codice di rito, è dunque necessario, in prospettiva di riforma, codificare i presupposti, i requisiti e i risultati della negoziazione *post delictum*.

File riservato ad esclusivo fine di studio

5. Un ulteriore spunto di riflessione riguarda la fragilità, in concreto, dell'accordo tra lo Stato e la società che aderisce alle disposizioni del d. lgs. n. 231/2001 con la promessa di benefici sanzionatori nell'ipotesi di realizzazione di illeciti: la prassi ha infatti dimostrato che il meccanismo premiale non offre certezze all'impresa.

Da un lato, manca una chiara ed esaustiva indicazione legislativa delle regole di «idonea organizzazione» che l'impresa deve adottare, dall'altro lato, il giudice può risultare vittima della distorsione cognitiva del senno di poi. Insomma, l'accertamento della colpa di organizzazione soffre di incertezze forse ancora maggiori rispetto alla prova del delitto colposo.

Il problema rispetto agli enti è che, come insegnano gli economisti, un contratto funziona e le parti eseguono i rispettivi obblighi se è un contratto ottimale, cioè se i contraenti hanno certezza delle conseguenze dell'accordo: altrimenti la tendenza delle parti è a ridurre l'impegno nell'adempimento delle rispettive prestazioni.

Per ritornare all'autoregolamentazione delle società, è evidente allora che il maggior sforzo preventivo si avrà in presenza della ragionevole certezza che l'impegno sarà ricompensato: insomma, senza certezza per l'impresa è difficile ottenere una efficace prevenzione. Questo è un passaggio chiave.

Come garantire i benefici premiali alla società che li merita?

Non credo nei modelli di certificazione per le ragioni che sono state illustrate da Vittorio Manes; è invece senza dubbio possibile un intervento del legislatore volto a specificare e dettagliare i requisiti del modello organizzativo idoneo.

Si tratta di una strada impegnativa, ma senz'altro percorribile. In questa direzione rinvio alla ricerca svolta con Stefano Manacorda e con altri colleghi, culminata nel volume «*Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*»: l'obiettivo, credo centrato, è stato quello di elaborare, selezionando le migliori indicazioni provenienti dalla prassi e dalla letteratura in materia, delle linee guida per la costruzione di un modello organizzativo finalizzato alla prevenzione delle corruzione.

6. Il tentativo di precisare e contenere il dovere di autocontrollo non offre tuttavia garanzie definitive all'ente. La ragione è chiara: il giudice non possiede gli strumenti per misurarne *ex post* (in maniera affidabile) lo sforzo preventivo e, dunque, il giudizio è comunque esposto, per quanto si delimitino gli obblighi preventivi, a una notevole discrezionalità.

In realtà, l'unica condotta che il giudice è in grado di ponderare con oggettività è eventualmente il comportamento successivo della società, ossia lo sforzo finalizzato a far emergere l'illecito e a rimediare alla *défaillance* organizzativa.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Il problema è che oggi, in Italia, l'ente che scopre un fatto illecito, commesso da un proprio dipendente o apicale, ha interesse a non consentirne l'emersione per non subire un procedimento ai sensi del d. lgs. n. 231/2001. E ciò è davvero paradossale: lo Stato chiede all'impresa di prevenire la criminalità economica e quando si verifica un fatto di reato la stessa società viene incentivata a tenerlo nascosto!

È infatti evidente che i benefici dell'art. 17 del d.lgs. n. 231/2001 non sono sufficienti a spingere ad affrontare il procedimento denunciando il reato: rimane invero il profilo – decisivo – legato al pregiudizio reputazionale subito dall'ente già con l'avvio di un'inchiesta penale.

La soluzione al problema appena segnalato è chiara: dev'essere incoraggiata l'emersione dell'illecito e dev'essere incentivato il *self-reporting* da parte dell'ente con il premio della non punibilità. È, in altre parole, essenziale che l'impresa sappia che l'emersione dell'illecito *garantisce* la non punibilità.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Riciclaggio

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Enrico Mezzetti

Le recenti politiche penali in materia di riciclaggio, autoriciclaggio e reimpiego in Italia tra obblighi comunitari ed effettività delle misure di contrasto

Il tema oggetto del presente contributo è emblematico del percorso che sta svolgendo il diritto penale dell'economia e del profitto[1]: i fenomeni di riciclaggio (*lato sensu* intesi) sembrerebbero infatti costituire la frontiera più avanzata delle nuove forme di criminalità che attualmente stanno attraversando il nostro Paese, ma anche l'Europa, generando un fenomeno che potrebbe essere definito di «globalizzazione delle attività illecite». Il reato (moderno) appare come endemicamente transfrontaliero mettendo in crisi, da un lato, consolidati criteri di disciplina della legge nello spazio legati al più tradizionale principio di territorialità, e, dall'altro, impone interventi misurati di contrasto che appaiano essi stessi di caratura transnazionale (come ad es. la normativa in tema di crimine organizzato transnazionale piuttosto che di mandato d'arresto europeo)[2]. In particolare, si tenterà di ricostruire la genesi di questi «tipi» di nuovi illeciti, che, anche in ragione della loro innovatività, faticano ad essere catalogati all'interno del sistema del diritto penale «classico».

Giova in primo luogo una precisazione: nel caso *de quo* più che parlare di politiche penali (o criminali) di contrasto all'autoriciclaggio[3] sembrerebbe più

[1] E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli Editore, Bologna 2016[4], p. 22 ss.

[2] Sul punto, per una visione generale dei problemi, cfr. E. Mezzetti, *L'internazionalizzazione della legge penale*, in M. Ronco, E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, con la coll. di G. Caruso, Zanichelli Editore, Bologna 2016[3], p. 159 ss.

[3] Per una messa a fuoco del fenomeno v. R. Acquaroli, *Considerazioni sulla clausola di non punibilità dell'autoriciclaggio*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, Bologna 2016, p. 375 ss.; E. Mezzetti, D. Piva (a cura di), *Punire l'autoriciclaggio, come, quando e perché*, Giappichelli, Torino 2016; A. Lanzi, *L'autoriciclaggio e la necessità di un intervento di «razionalizzazione» da parte della giurisprudenza*, in *Indice pen.*, 2015, p. 1 ss.; A. Gullo, *Autoriciclaggio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016; D. Brunelli, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a mar-*

File riservato ad esclusivo fine di studio

corretto fare riferimento a politiche punitive *tout court*. Infatti, la politica criminale, così come la politica penale, è un concetto che, anche se dovrebbe essere molto chiaro – trattandosi, cioè, delle misure di contrasto della criminalità per affievolire perlomeno il fenomeno di devianza sociale attraverso misure proporzionate, dissuasive e che colpiscano in modo chirurgico un fenomeno al fine di evitare che vi siano delle ripercussioni di carattere negativo che possano intervenire nel tessuto vivo dell'economia – tende sempre di più a essere perso di vista, fino a diventare evanescente nel diritto penale moderno.

Pertanto, nel settore del riciclaggio[4] sembrerebbe più corretto parlare di «politiche punitive», al fine di valorizzare tutta quella serie di reati satellite che compongono una specie di costellazione di ipotesi di reato che inevitabilmente tendono a sovrapporsi a fronte della stratificazione di interventi normativi, ponendo dei problemi di concorso di reati apparente o effettivo. Infatti, da una situazione di iniziale *deregulation*, attualmente si è di fronte, riguardo sia al sistema normativo penale interno che al sistema internazionale, ad una specie di superfetazione delle misure di repressione di questo tipo di criminalità[5], perciò, come anticipato, si potrebbe dire che il settore di contrasto a tutti i fenomeni di reimpiego e di riciclaggio di proventi illeciti costituisce, da un certo punto di vista, l'emblema dell'attuale stato del diritto penale dell'economia e della fisionomia che ha assunto l'illecito penale moderno.

Per districarsi all'interno della selva di reati previsti dai vari legislatori, è necessario operare un distinguo tra le fonti di matrice internazionalistica e quelle comunitarie, perché il fenomeno del riciclaggio pone da tempo risalente problemi dal punto di vista dell'attuazione di accordi internazionali avvenuti, tanto su

gine del dibattito sulla nuova incriminazione, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015; S. Cavallini, L. Troyer, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del «vicino ingombrante»*, *ivi*, 2015, p. 95 ss.; A.M. Dell'Osso, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 796 ss.; F. Sgubbi, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di «oggetti perversi» dell'azione legislativa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, p. 137.

[4] Per una panoramica dei problemi che il riciclaggio solleva v. M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, Milano 1997; V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 75 ss.; E. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano 2013, p. 631 ss.; M Angelini, *Il reato di riciclaggio (Art. 648 bis c.p.). Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Giappichelli, Torino 2008; A.R. Castaldo, M. Naddeo, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Cedam, Padova 2010.

[5] Si pensi al fatto che il legislatore, nel solo settore del fenomeno in genere della punizione di condotte di «ripulitura» del denaro, è intervenuto prima sulla fattispecie di ricettazione con la l. n. 152 del 1975, in seguito interpolando il testo con la l. n. 119 del 2013, quindi con la previsione di cui all'art. 12 *quinquies* della l. n. 356 del 1992 sul trasferimento fraudolento di valori, con la l. n. 328 del 1993 (art. 4) sul riciclaggio, che ha (art. 5) rivisto pure la disciplina in tema di reimpiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, ed infine con la l. n. 186 del 2014 che ha introdotto il nuovo art. 648 *ter*. 1, che prevede il delitto di autoriciclaggio.

File riservato ad esclusivo fine di studio

base mondiale, che, più specificamente, comunitaria. In altre parole, si assiste ad una diversificazione delle fonti sovranazionali, si pensi, a titolo di esempio, alla Convenzione unica sugli stupefacenti di New York del 1961, la Convenzione ONU contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, settori in cui sembrerebbe molto lontana l'oggettività giuridica del riciclaggio, mentre, invece, già si ponevano una serie di problemi di possibile collegamento tra la commissione di questi reati e il ricircolo dei proventi nascenti dagli stessi nel circuito «bianco» dell'economia lecita. Si potrebbe proseguire con le più recenti raccomandazioni del *Financial Action Task-Force* (FATF-GAFI)[6], o del Gruppo di azione finanziaria internazionale, così come la Dichiarazione di principi di Basilea del 1988[7], anch'essa molto significativa perché, in tale occasione, il c.d. «comitato Cook» della banca dei regolamenti internazionali adottò una serie di misure che hanno di fatto costituito la cornice rispetto alla quale i legislatori dei vari ordinamenti successivamente si sono mossi. A livello di fonti comunitarie, invece, si può citare la Raccomandazione 80/10[8], sulle misure contro il trasferimento e la custodia di fondi di origine criminale, del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, così come la Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, il sequestro, la confisca dei proventi da reato dell'8 novembre 1990.

Un altro profilo di interesse concernente le politiche punitive moderne riguarda la capacità di insinuazione del circuito criminale nell'economia lecita mediante l'utilizzazione di strumenti telematici in cui la smaterializzazione dell'oggetto materiale della condotta, attraverso strumenti sofisticati di comunicazione, non solo di dati, ma anche di flussi finanziari, consente di non basarsi più sull'elemento dell'*apprensione*, impedendo così di ragionare secondo i crismi del diritto penale classico. In tali ipotesi, la condotta sembra si riferisca a qualche cosa di sostanzialmente invisibile, che viaggia attraverso il web e che a un certo punto consente trasferimenti illeciti di denaro da una parte all'altra del mondo.

Non a caso, i c.d. *cyber crimes*[9] hanno avuto un'evoluzione dirompente negli

[6] *Raccomandazioni GAFI-FATF. Standard internazionali per il contrasto del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo e della proliferazione delle armi di distruzione di massa*, febbraio 2012.

[7] Basel Committee on Banking Supervision, *Prevenzione dell'utilizzo del sistema bancario per il riciclaggio di fondi di provenienza illecita*, dicembre 1988.

[8] Raccomandazione n. 80/10 del 27 giugno 1980 del Consiglio d'Europa, intitolata «*Misure contro il trasferimento e la custodia di fondi di origine criminale*», è la prima norma comunitaria in materia di riciclaggio e viene considerata come l'antecedente della più nota Convenzione di Strasburgo.

[9] In letteratura v. G. D'Aiuto, L. Levita, *I reati informatici. Disciplina sostanziale e questioni processuali*, Giuffrè, Milano 2012; *Computer Forensics e Indagini Digitali. Manuale Tecnico-Giuridico e Casi Pratici,* Experta, Forlì 2011; J. Balkin, *et al.*, *Cybercrime: Digital Cops in a Networked Environment*, New York University Press, New York 2006; S. Brenner, *Law in an Era of Smart Technology,* Oxford University Press, Oxford 2007; P. Csonka, *Internet Crime, the Draft Council of Europe Convention on Cyber-crime: A Response to the Challenge of Crime in the Age of the Internet?*,

File riservato ad esclusivo fine di studio

ultimi anni anche in relazione ai fenomeni di reimpiego fraudolento di valori, in ragione della loro connaturata natura transfrontaliera. Proprio la capacità, infatti, di poter utilizzare sempre di più strumenti sofisticati di trasferimento dell'attività da un luogo ad un altro possiede una pulsione universalistica che ha messo in crisi la struttura del diritto penale classico, che si basava invece sul principio di territorialità, in cui il reciproco rispetto della sovranità altrui impediva di introdurre misure di contrasto del crimine transfrontaliero. Tale fenomeno, al contrario, si caratterizza proprio per il trascendere completamente dai confini nazionali, comportando la difficoltà dei legislatori di trovare, prima di tutto, delle misure che potessero inseguire questi circuiti criminali così estesi e vasti, ed in secondo luogo, delle forme di coordinamento che consentano indagini che siano coordinate in modo da intercettare tutti i fenomeni criminali che non possono essere circoscritti nel territorio di un'unica nazione.

La caratteristica della transnazionalità dei reati in analisi era emersa chiaramente già dalla Convenzione di Palermo del 2000[10], in cui sono state esaminate specificamente le questioni inerenti alle misure di contrasto al fenomeno del riciclaggio, come del resto in tutti i protocolli dell'anno successivo, poi trasfuse nella l. n. 146/2006, che ha introdotto anche in Italia precise forme di repressione del crimine organizzato transnazionale, cercando, in particolare, di ridurre un fenomeno di reato-fine rispetto all'attività dell'associazione criminale in cui la realizzazione del riciclaggio e del reimpiego del denaro costituisce uno dei target più significativi. Ora, la transnazionalità come caratteristica essenziale di questo tipo di reati comporta l'allontanamento in maniera siderale di questi ultimi dal paradigma rappresentato dall'introduzione del reato di ricettazione[11], nonostante la collocazione limitrofa che i predetti reati condividono nel sistema del codice penale.

Oltretutto, nei casi in questione, l'autore del reato non è un singolo individuo, ma si tratta di un'organizzazione criminale ramificata e ben estesa in cui

in *Computer Law & Security Report*, Vol. XVI no. 5, 2000; M. Cuniberti, G.B. Gallus, F.P. Micozzi, *I nuovi reati informatici*, Giappichelli, Torino 2009; R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, Cedam, Padova 2010; P. Grabosky, *Electronic Crime,* Oxford University Press, New Jersey 2006; *United Nations Manual on the Prevention and Control of Computer-related Crime*, in *International Review of Criminal Policy*, 1999, pp.43-44; S.C. McQuade III, *Understanding and Managing Cybercrime,* Prentice Hall, Boston 2006;. S.C. McQuade III, *The Encyclopedia of Cybercrime,* Greenwood Press, Westport 2009; D.B. Parker, *Fighting Computer Crime,*Wiley, New York 1983; C. Pecorella, *Il diritto penale dell'informatica*, Cedam, Padova 2006; C. Santoriello, *et al.*, *I reati informatici. Nuova disciplina e tecniche processuali di accertamento*, Cedam, Padova 2010; I. Walden, *Computer Crimes and Digital Investigations*, Oxford University Press, Oxford 2007; D.S. Wall, *Cybercrimes: The Transformation of Crime in the Information Age,* Wiley, Cambridge 2007; M. Yar, *Cybercrime and Society,* Sage Publications, London 2006.

[10] Su cui v. Mezzetti, *L'internazionalizzazione della legge penale*, cit., p. 213 ss.; A. Peccioli, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Giappichelli, Torino 2005, p. 141 ss.

[11] Per alcune riflessioni di carattere generale sul punto cfr. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, cit., p. 616 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ognuno, secondo una precisa allocazione di compiti e risorse, svolge la propria funzione e dove il carattere di transnazionalità consente pure di richiamare l'attività di settori dell'organizzazione stessa molto distanti geograficamente l'uno dall'altro. Tanto che uno dei criteri di collegamento più significativi, che forse è proprio il concetto di chiusura per definire il crimine organizzato transnazionale, è quello che riguarda il c.d. criterio, secondo cui, anche se l'organizzazione, la preparazione, l'esecuzione di un reato transnazionale è avvenuta in un paese, se gli effetti di quel tipo di organizzazione criminale si perpetrassero all'interno di un paese diverso, si applicherebbe la disciplina, ai sensi di quest'ultimo criterio di collegamento, del crimine organizzato transnazionale[12].

È evidente che il fenomeno del riciclaggio e dell'autoriciclaggio pone questo tipo di problematiche. Insomma, si è passati da una risalente situazione nella quale intercorreva un rapporto *dualistico* tra un rapinatore, un ladro, o comunque un soggetto che, quasi sempre in solitudine, commetteva il reato presupposto ed il ricettatore a cui, poi, costui si rivolgeva per «piazzare» sul mercato il bene che era stato rubato o rapinato, a quella attuale, in cui un'organizzazione nella quale invece sussiste una *circolarità* dello svolgimento dell'attività, che si chiude con la reimmissione nell'economia reale dei beni derivanti *lato sensu* dal reato, determina che i protagonisti sono tutti riconducibili ad un'organizzazione criminale ben strutturata. Pertanto, da questa prospettiva, si potrebbe dire che si tratta di un tipo di reato che, oltre per la *transnazionalità*, si caratterizza per una connaturata *struttura plurisoggettiva*. Il che costituisce, probabilmente, anche il motivo per il quale sono state superate quelle barriere che impedivano da tempo l'introduzione dell'autoriciclaggio. Infatti, se è all'organizzazione criminale che vanno ricondotte tutte le attività, di commissione del reato presupposto e di reimpiego del denaro, il c.d. *privilegio dell'autoriciclaggio* non poteva più essere accettato.

Da questo punto di vista, quindi, l'altra caratteristica essenziale di questo tipo di criminalità è anche quella di realizzare un tipo di reato in cui viene esaltata una sorta di *connessione paratattica*[13]: chi commette il reato presupposto è in maniera naturale anche colui che, in qualche misura, si occuperà pure di compiere tutta l'attività successiva che serve al fine di conseguire il profitto derivante dalla realizzazione del reato presupposto in un'organizzazione complessa. Di qui, il superamento di una c.d. *visione atomistica* del diritto penale: infatti, con l'introduzione dell'autoriciclaggio, i partecipanti all'organizzazione saranno chiamati a rispondere, tanto del reato che costituisce l'attività di ripulitura del profitto, quanto del reato presupposto.

[12] Sul punto v. Mezzetti, *L'internazionalizzazione della legge penale*, cit., p. 221.
[13] In letteratura v. A. Pagliaro, *I reati connessi*, G. Priulla, Palermo 1956, p. 5 ss.; più di recente Id., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano 2007, p. 438.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Questo tipo di misura di contrasto tende a far affievolire un altro dei capisaldi – almeno, fino a qualche tempo fa, così era inteso – del diritto penale tradizionale, cioè quello del *ne bis in idem* sostanziale[14]: esistono infatti tutta una serie di indicatori piuttosto evidenti che depongono per un superamento di tale principio. Basti pensare alle recenti prese di posizione della Corte costituzionale[15] che hanno seguito la pronuncia Grande Stevens in materia di manipolazione del mercato[16], relativamente alla possibilità di applicare la sanzione penale e quella amministrativa allo stesso soggetto per il medesimo fatto, o alla sovrapposizione di sanzioni che si muovono su un territorio più ampio di quello del diritto criminale inteso in senso stretto, come la previsione dell'art. 25 *octies* del d. lgs. n. 231/2001[17]. Norma, quest'ultima, più volte rivista, proprio in virtù dell'introduzione di una serie di altre incriminazioni che venivano a completare il quadro dei reati di riciclaggio, compresa l'ultima innovazione relativa al reato di autoriciclaggio. Preoccupandosi peraltro pure di estendere la responsabilità amministrativa da reato dell'ente rispetto alla commissione di questo tipo di reato-presupposto da parte della persona fisica.

Il fenomeno del riciclaggio e di tutti i reati che ruotano attorno a questa costellazione di illeciti ha anche spostato, in qualche misura, l'oggettività giuridica di tutela. Allo stato, non sembrerebbe più possibile ritenere che delitti come il riciclaggio o l'autoriciclaggio possano essere circoscritti alla mera tutela del patrimonio, così come, tradizionalmente, per collocazione topografica dovrebbe risultare dalla lettura del codice penale. Infatti, la *ratio* delle predette incriminazioni va ormai ricondotta a tutta una serie di terminali di tutela che fanno apparire questo tipo di illeciti come *plurioffensivi*[18]: oltre al patrimonio, gli illeciti riconducibili al riciclaggio hanno uno sfondo sempre più marcatamente macroeconomico, il che potrebbe addirittura sospingerli in una dimensione ancora più collettiva di reati che offenderebbero, allora, l'economia pubblica *tout court*[19]. Seguendo questo tipo di prospettiva, si potrebbe addirittura affermare che, da un certo punto di vista, oltre che l'economia nazionale, sia offesa anche l'*economia sovranazionale*. Che, a livello comunitario, si sostanzierebbe in quegli stessi interessi finanziari dell'Unione Europea su cui si basava la Convenzione PIF del 1995.

[14] Su cui, tra gli altri, si v. lo studio di F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna 1966, p. 387 ss.
[15] Corte costituzionale, 8 marzo 2016, n. 102 in tema di illeciti in materia di *market abuse*.
[16] Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014 – Ricorso n. 18640/10 – *Grande Stevens e altri c. Italia*.
[17] Su cui cfr. Ambrosetti, Mezzetti, Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 60.
[18] Cfr. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, cit., p. 639 ed ivi letteratura citata.
[19] V. C.F. Grosso, *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1279, nonché Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, cit., p. 640.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Inoltre, si potrebbe anche ragionare in termini di tutela della *concorrenza*[20], perché queste forme di criminalità evidentemente tendono a orientare un certo tipo di circuiti illegali in maniera tale da sovvertire perfino le regole che governano la concorrenza sul mercato. Ma da un certo punto di vista, riproponendo l'idea della connessione paratattica, se si tratta di punire un fatto che è posto in connessione teleologica con un altro tipo di reato, evidentemente uno dei possibili aspetti che possono essere presi in considerazione nell'incriminazione dei reati di riciclaggio e di autoriciclaggio, potrebbe essere anche la tutela della stessa *amministrazione della giustizia*. Uno degli obiettivi, infatti, che si pone il legislatore nel punire questi illeciti sembrerebbe proprio quello di riuscire ad introdurre strumenti mirati che servano ad impedire i fenomeni di «ostacolo» alla scoperta dell'operato risalente all'autore del fatto di reato presupposto.

Un'altra caratteristica che presenta questo tipo di criminalità è quella di avere un *doppio fronte* rispetto al quale il legislatore deve intervenire: un *sistema preventivo* che è fatto sia di strumenti di carattere prettamente penale, ma anche di misure più propriamente amministrative. Da questo punto di vista, il riciclaggio va direttamente collegato con la nuova disciplina che è stata progressivamente introdotta in materia di corruzione con la l. n. 190/2012, così come con le fattispecie integranti i reati tributari, cioè quelli che violano l'obbligo al rispetto dell'imposizione fiscale. Riguardo a tale aspetto, il legislatore ha pensato di intervenire in via preventiva, predisponendo anche delle misure amministrativo-preventive di contrasto delle azioni strumentali alla commissione di questi reati o comunque di attività che intersecano questo circuito criminale, di cui l'attività di riciclaggio costituisce un segmento fondamentale. Pertanto, sono stati coinvolti tutta una serie di soggetti ulteriori che partecipano del sistema relativo a queste misure di contrasto. Si pensi alla centralità del settore bancario e dell'intermediazione finanziaria, ove sono stati appositamente individuati degli operatori, il cui precipuo compito è quello di segnalare appunto le c.d. «operazioni sospette». Si faccia, per esempio, riferimento al fatto che lo stesso delitto di autoriciclaggio è entrato in vigore nell'ambito di un pacchetto che riguardava la *voluntary disclosure*[21] nel dicembre 2014 ed in cui il sistema prevedeva la possibile segnalazione di coloro che raccolgono le adesioni rispetto al programma di *voluntary disclosure*, collegando l'effettivo operare della relativa causa di non punibilità anche riguardo alla non commissione di reati di riciclaggio, proprio in ragione della stretta interconnessione di tali ipotesi. Il che consente di ribadire che l'origine dell'introduzione del reato di autoriciclaggio sembrerebbe essere collegata pure alla normativa che riguardava un settore connesso, solo apparen-

[20] In questi termini si v. anche V. Plantamura, *Diritto penale ed economia pubblica: tra esigenze di determinatezza e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 787 ss. e spec. 800 ss.
[21] Su cui v. D. Piva, *Gli effetti penali della* voluntary disclosure, in *Corr. trib.*, n. 4, 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

temente distante, quale appunto quello della disciplina sulla imposizione fiscale.

Le misure di contrasto in questione si inseriscono, poi, anche nell'altro fondamentale settore della sanzionatorietà, cioè quello della *repressione*. Sul punto, è particolarmente utile soffermarsi sull'introduzione dell'art. 12 *sexies* del d.l. n. 306/1992[22]. Essendo quello in esame, infatti, uno dei segmenti fondamentali della criminalità del profitto, sono state pensate misure di contrasto proporzionate e adeguate, ove un ruolo chiave è giocato naturalmente dal sequestro preventivo e dalla confisca, previste da norme che, non a caso, replicano in buona sostanza diverse caratteristiche delle analoghe misure introdotte pure in altri settori nevralgici, come le ipotesi di confisca nei reati tributari o nei reati di corruzione. Da questo punto di vista, quindi, si è assistito ad un notevole rafforzamento repressivo con la previsione della c.d. *confisca allargata* di cui all'art. 12 *sexies*.

L'ultimo aspetto su cui può essere utile soffermarsi riguarda il coordinamento delle indagini attraverso agenzie specializzate a intercettare già le azioni prodromiche dei fenomeni di cui si è dato conto, attraverso la gestione di quella preconizzata e mai del tutto introdotta Procura Europea che avrebbe dovuto rappresentare una specie di centrale di raccolta delle notizie di reato all'interno dello spazio giudiziario europeo, in modo da gestire in maniera coordinata le attività di investigazione e di polizia giudiziaria di scoperta di questo tipo di illecito, che – come detto – si caratterizza per la sua connotazione naturalmente transfrontaliera. In quest'ottica avrebbe rilievo anche il mandato d'arresto europeo, trattandosi di reati che hanno pure una cornice edittale significativa che consentirebbe l'emissione di misure cautelari personali, affinché la risposta sanzionatoria agli illeciti *de quo* fosse il più possibile omogenea all'interno dello spazio giudiziario eurounitario, anche al fine di scongiurare il fenomeno c.d. di *forum-shopping*, per il quale si sceglie il luogo di commissione del reato a seconda dell'affievolimento delle misure di contrasto al tipo di reato compiuto.

E ciò è tanto più necessario visto che, rispetto all'autoriciclaggio, i sistemi adottati dai vari paesi europei sono piuttosto compositi: in Francia, ad esempio, non è prevista una sanzionatorietà espressa dell'autoriciclaggio, ma questa viene ricavata solo attraverso un'interpretazione giurisprudenziale; in Germania, dopo un dibattito piuttosto significativo sul paragrafo 261 StGB, si era cercato di superare il dualismo tra l'individuazione del soggetto che aveva compiuto il reato presupposto e colui che, invece, aveva gestito l'attività di riciclaggio arrivando ad accettare un'eventuale parificazione tra i due soggetti, con una nuova legge anticorruzione vigente dal 26 novembre 2015 è stato esplicitamente introdotto il reato di autoriciclaggio; ancora, gli artt. 301, 368, co. 2, e 505 del codice penale, rispettivamente, spagnolo, portoghese e belga puniscono espressamente

[22] Su cui v., in dottrina, G. Fornasari, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12* sexies *della legge n. 356 del 1992*, in *Critica del diritto*, 1994, pp. 17-18.

File riservato ad esclusivo fine di studio

l'autoriciclaggio come oggi avviene anche in Italia, e lo stesso vale anche per l'art. 421 *bis*, co. 3, del codice penale dello Stato Città del Vaticano. Tuttavia, allo stesso tempo, esiste una norma, il paragrafo 165.1 del codice penale austriaco, che esclude espressamente la punibilità dell'autoriciclaggio.

Da questo quadro sembra sfuggire la possibilità di ricondurre ad uniformità il trattamento sanzionatorio, con ciò rischiando di vanificare l'intento di contrastare effettivamente questo fenomeno di criminalità organizzata e transfrontaliera. Tali difficoltà si palesano in realtà come fisiologiche ad un percorso intricato che dovrebbe condurre all'introduzione di un diritto penale finalmente moderno e privo di tutta quella serie di ostacoli connessi al diritto penale «classico», che, tuttavia, allo stato attuale, paiono molto difficili da superare.

La recente, impetuosa emersione di una nuova stagione dei nazionalismi costituisce, allo stato, un ostacolo difficilmente superabile sulla strada della formazione di un diritto penale (perlomeno) europeo federale, sentiero che è da sempre ostruito dalla tenace difesa della propria sovranità statale che molti Paesi continuano a manifestare. Anche in settore nevralgici come quello delle misure di contrasto alla criminalità (organizzata e transfrontaliera) del profitto.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Giuseppe Maresca

La valutazione del rischio nel sistema di prevenzione del riciclaggio[*]

Io mi occupo di politiche di prevenzione, in particolare di protezione del sistema finanziario dal suo utilizzo a fini criminali. In questo convegno il focus è sul riciclaggio e, per la natura stessa di questo reato, l'attività dei miei uffici si svolge in gran parte, per oltre la metà, in campo internazionale, proprio perché la risposta a questo tipo di reati non può essere ristretta all'ambito nazionale, visto che i capitali si muovono oltre i confini territoriali e oltre gli ambiti di efficacia delle normative nazionali.

Prima di iniziare la mia relazione, volevo però prendere spunto dalla provocazione di Donato Masciandaro per riprendere un paio di temi: in particolare la tesi del «*it takes two to tango*», «occorrono due persone per ballare il tango», secondo cui non ci sarebbero centri *off-shore* se non ci fosse un interesse del mondo finanziario *on-shore* per l'attività di questi soggetti. Sicuramente la tesi è corretta, ma nella realtà poi le situazioni non sono mai così nette: sono infatti diverse le ragioni per cui a volte i centri *off-shore* sono favoriti, a volte sono tollerati, a volte sono invece subiti e anche la risposta della comunità internazionale non è sempre coerente, o efficace, o sufficiente, come d'altra parte è stato sottolineato dal professor Mezzetti nella sua relazione quando ricordava le difficoltà di costruire una normativa europea penale coerente. Ci si può domandare perché alcuni Paesi adottano o conservano norme che sono palesemente di ostacolo alla cooperazione internazionale. La risposta è che la cooperazione internazionale è faticosa e costosa.

Poco fa, chiacchierando con il professor Masciandaro, ricordavo quando gli inglesi si sono decisi a intervenire sulle isole del Canale, che non erano soltanto dei centri *off-shore*, ma dei centri *off-shore* amministrati da truffatori. Gli in-

[*] Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Riciclaggio» svoltosi a Padova il 6 aprile 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

glesi erano preoccupatissimi che la cattiva gestione dei centri *off-shore* potesse avere dei contraccolpi sulla credibilità del sistema finanziario inglese. Questo aspetto reputazionale fu la molla che fece inviare uomini del Tesoro inglese a governare questi centri finanziari, che sono rimasti, almeno per buona parte dei centri *off-shore* in linea con le indicazioni di vigilanza. Ciò che ha determinato la scelta inglese di intervenire è stato il timore che determinati costi collaterali, non voluti, fossero diventati talmente importanti da mettere in discussione e in pericolo l'intero modello.

Quel che è successo con le Isole del Canale è quello che tipicamente succede con i centri *off-shore*: accanto a vantaggi per alcuni soggetti, questi centri producono esternalità, costi per il sistema finanziario internazionale; sono tollerati finché questi costi sono mantenuti entro certi limiti, banalmente fin quando c'è un certo equilibrio con i vantaggi che generano (si tratta di vantaggi e di svantaggi diseguali, perché se prendiamo Gran Bretagna e Italia, è ovvio dove vanno in vantaggi: verso il centro finanziario di Londra e dove vanno gli svantaggi: verso il Fisco italiano). La reazione della comunità internazionale avviene in una sorta di risposta a *pussée*, cioè di tanto in tanto c'è una reazione e si dice no, basta, è troppo, facciamo qualche cosa, incominciamo a mettere dei vincoli, a contenere l'attività dei centri *off-shore*. Quando l'attività dei centri *off-shore* rientra parzialmente sotto controllo, l'attenzione della comunità internazionale si affievolisce, permettendo una nuova crescita delle esternalità *off-shore*.

Si potrebbe utilizzare lo strumento della teoria dei giochi per analizzare le condizioni per cui al crescere delle esternalità si determinano le caratteristiche di squilibrio che spingono la comunità internazionale a trovare forma di collaborazione per tenere sotto controllo l'attività dei centri *off-shore*.

Queste le considerazioni che mi venivano in mente sul fatto che servono due per ballare il tango: è sempre vero che si tratta di problematiche complesse che potrebbero essere oggetto di un'interessante analisi economica.

Venendo adesso alla mia relazione, vorrei sottolineare che l'analisi del rischio sta acquistando un ruolo centrale nei sistemi di protezione del sistema finanziario.

La Raccomandazione 1 del GAFI, il Gruppo di azione finanziaria internazionale che è lo *Standard Setter* in materia di prevenzione del riciclaggio, cioè il soggetto che scrive le regole internazionali che tutti i Paesi devono seguire, stabilisce l'obbligo per tutti i Paesi di identificare, valutare e comprendere i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo cui sono esposti; devono inoltre adottare le misure, dedicare le risorse necessarie ad assicurare che tali rischi siano efficacemente mitigati. In altre parole, il GAFI dice ai Paesi: fate un'analisi della vostra esposizione ai rischi di riciclaggio e allocate le risorse laddove i

File riservato ad esclusivo fine di studio

rischi sono più elevati. Se quindi le regole (le 40 Raccomandazioni) sono uguali per tutti, la loro applicazione dovrà essere modulata a fronte dei particolari profili di rischio di ogni paese. Infatti il GAFI continua: sulla base di tale valutazione i Paesi devono applicare un approccio basato sul rischio per garantire che le misure rivolte a prevenire o a mitigare il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo siano proporzionali ai rischi effettivamente individuati; chiede cioè ai paesi di andare oltre la norma astratta e di esaminare, caso per caso, dove sono i pericoli e i rischi maggiori perché lì occorre maggiore attenzione. Tale approccio deve costituire il fondamento essenziale per un'efficace allocazione delle risorse. E infine, ove individuino maggiori rischi, i Paesi devono garantire che i regimi di antiriciclaggio e contrasto vi facciano fronte in maniera adeguata, mentre ove i rischi siano minori si possono alleggerire le misure di prevenzione. I Paesi devono poi obbligare le istituzioni finanziarie, le attività e professioni non finanziarie designate a identificare, valutare e adottare azioni efficaci atte a mitigare i rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo.

Abbiamo quindi un sistema *top down*, che parte da un'analisi generale e si sviluppa a scendere con analisi via via più ristrette e mirate. Si noti bene che l'approccio basato sul rischio non è solamente un modo per favorire una efficiente allocazione delle risorse, per quanto già questo è un elemento importante, ma è proprio una diversa filosofia per affrontare i problemi di contrasto al riciclaggio, individuando e analizzando i pericoli maggiori per ogni Paese. Questo approccio è ripreso dalla IV direttiva che, recependo in maniera uniforme per i Paesi dell'UE le 40 Raccomandazioni del GAFI, è in linea con gli standard internazionali. Prescrive infatti la direttiva che ciascuno Stato membro adotta opportune misure per individuare, valutare e comprendere e mitigare i rischi di riciclaggio e finanziamento al terrorismo che lo riguardano e tiene aggiornata la valutazione.

L'approccio basato sul rischio è già presente, in parte, nella nostra normativa. Serve tuttavia un cambio di mentalità: non si può ritenere che una legge generale o la successiva normativa secondaria possano stabilire regole per qualunque fattispecie. Bisogna invece responsabilizzare i soggetti obbligati – mi riferisco naturalmente alle banche, visto che stiamo parlando del sistema finanziario, ma anche ai soggetti che lavorano con il sistema finanziario, in particolare ad alcuni professionisti – e chiedere loro di agire in maniera appropriata, sulla base di un'analisi dei loro specifici rischi di riciclaggio, assoggettandoli a un sistema sanzionatorio adeguato. Quindi, invece di un gran numero di regole, molto specifiche e dettagliate, si stabiliscono poche regole generali e si chiede ai soggetti obbligati di fare la loro parte.

Un interessante risvolto, anche se laterale, di questo approccio è questo: non potendo entrare nei particolari, nei dettagli, ma limitandosi a regole generali, la

File riservato ad esclusivo fine di studio

direttiva lascia molto spazio a ciascuno Stato membro per recepire la normativa comunitaria secondo propri criteri, proprie scelte. E questo sostanzialmente apre due interrogativi: è possibile comunque un'uniforme applicazione del diritto comunitario? E, dal punto di vista del business, non si possono in questa maniera creare delle distorsioni alla concorrenza, per esempio dei danni alle imprese che operano nei Paesi che adottano una normativa più restrittiva? Su questo punto il legislatore nazionale dovrà fare molta attenzione a tenersi in linea con quello che fanno i legislatori degli altri paesi comunitari.

L'analisi del rischio rappresenta anche una sfida anche per chi fa vigilanza; quindi da una parte naturalmente penso alla Banca d'Italia, ma anche alle forze di polizia che hanno un ruolo importante nella vigilanza o nel monitoraggio di soggetti che operano con il sistema finanziario. Infatti la funzione di vigilanza deve avere una buona comprensione dei rischi di riciclaggio, di finanziamento del terrorismo che esistono nel Paese, deve avere accesso a tutte le operazioni, a tutte le informazioni degli specifici rischi nazionali e internazionali associati ai clienti, prodotti e servizi degli enti obbligati e deve saper modulare la propria azione sulla base del rischio, deve cioè sottoporre a ispezione quei soggetti che più presentano profili di rischio.

Su questa strada, che cosa è stato già fatto? Innanzitutto nel 2014 per la prima volta, proprio in risposta alle richieste della Raccomandazione 1 del GAFI, è stata condotta un'analisi nazionale dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo e sono state individuate le minacce più rilevanti, i metodi usati dai criminali per portare queste minacce, le vulnerabilità del sistema nazionale di prevenzione, di investigazione, di repressione di tali fenomeni, i punti di forza e i punti di debolezza e i settori maggiormente esposti a tali rischi. L'analisi è stata fatta nell'ambito del Comitato di sicurezza finanziaria, l'organismo preposto al coordinamento delle politiche di prevenzione, dove siedono tutte le amministrazioni, enti e forze di polizia che hanno un compito nell'ambito della prevenzione e repressione del riciclaggio, compresa la UIF che è uno dei soggetti più importanti. L'analisi nazionale del rischio non è, quindi, uno studio fatto da professori indipendenti, ma è il prodotto del mettere a fattor comune le diverse esperienze dei soggetti che istituzionalmente si occupano del problema, mettere assieme tutte le loro conoscenze settoriali e creare un quadro unitario di analisi del rischio. Le conclusioni di questo lavoro riflettono quindi una valutazione condivisa dei fenomeni, raggiunta partendo da informazioni, dati e valutazioni provenienti dai patrimoni informativi eterogenei. Tali conclusioni servono come base per un coordinamento delle *policies* dei diversi attori.

I dati utilizzati per l'analisi sono uno degli aspetti più interessanti ma anche più delicati del lavoro, perché la loro consistenza, qualità e affidabilità è lontana dall'essere soddisfacente. Se avessimo le statistiche che il professor Ma-

File riservato ad esclusivo fine di studio

sciandaro sogna, cioè dati perfetti e perfettamente coerenti, l'analisi certamente sarebbe più semplice; in realtà abbiamo stime quantitative dei flussi di denaro riciclato o destinato al finanziamento del terrorismo, abbiamo casi e tipologie di condotte criminali, abbiamo informazioni su soggetti obbligati, abbiamo informazioni sia quantitative, sia qualitative sui tipi, la frequenza, la gravità delle irregolarità riscontrate, elaborate dalle autorità di vigilanza competenti sulla base dei controlli antiriciclaggio effettuati; abbiamo le informazioni sulle sanzioni erogate, le informazioni sul numero e la qualità di delle segnalazioni di operazioni sospette, informazioni qualitative e quantitative sulla cooperazione tra le autorità nazionali e tra queste e le autorità straniere. Per la gran parte dei fenomeni non abbiamo dati diretti ma una serie di indicatori che, messi insieme, cioè verificati nella coerenza, ci permettono di arrivare a un quadro realistico del rischio in Italia.

La metodologia adottata è abbastanza semplice, e prevede un primo passaggio dove si fa una valutazione della minaccia, il rischio inerente al riciclaggio e al finanziamento al terrorismo; un secondo passaggio dove viene valutata la vulnerabilità a questa minaccia, tenendo conto di quanto il rischio inerente può essere poi ridotto dal regime di protezione, negli aspetti di prevenzione, di investigazione e di repressione, arrivando così al rischio residuale o effettivo; il terzo passaggio dove sono disegnate le priorità e le *policies* per il futuro.

Anche per mantenere la mia presentazione in limiti temporali contenuti, mi soffermerò soprattutto sul primo passaggio, l'individuazione delle minacce, che mi sembra il più interessante. Le minacce principali evidenziate sono il riciclaggio di denaro, la criminalità organizzata, la corruzione, l'estorsione, l'evasione e i reati tributari, il narcotraffico, i reati fallimentari e societari; è importante anche l'uso del contante, gli investimenti di tipo finanziario e quelli di tipo reale, immobili e aziende. Senza dimenticare, naturalmente, il finanziamento del terrorismo.

Riciclaggio di denaro: è noto che non abbiamo una misurazione del valore economico delle attività criminali di riciclaggio, né abbiamo una stima su cui si riesca effettivamente a convergere; abbiamo delle valutazioni ad ampio spettro che vanno dall'1,7 fino al 12% del PIL a seconda delle definizioni e delle metodologie statistiche adottate. L'esperienza operativa ci dice comunque che si tratta di una minaccia molto significativa e che i soldi riciclati sono in gran parte il frutto di attività criminali condotte in territorio nazionale. In misura molto ridotta si tratta di riciclaggio di operazioni criminali fatte all'estero: si tende a riciclare all'estero i proventi di operazioni criminali condotte in Italia. Le più preoccupanti per impatto finanziario sono la corruzione, l'estorsione, l'evasione e i reati tributari, il narcotraffico, i reati fallimentari.

Criminalità organizzata: c'è da dire con molta chiarezza che, se si esclude l'evasione fiscale, la quasi totalità delle condotte criminali può essere fatta

File riservato ad esclusivo fine di studio

risalire alla criminalità organizzata e quindi al narcotraffico, all'estorsione, al gioco d'azzardo, al traffico illecito di rifiuti, al contrabbando e alla contraffazione; sono tutti reati su cui la criminalità organizzata ha direttamente o indirettamente il controllo. Il riciclaggio sul territorio nazionale e all'estero dei proventi della criminalità organizzata coesistono, soprattutto con riferimento all'evasione fiscale. A livello europeo c'è una crescente consapevolezza della minaccia rappresentata dalle mafie italiane, con esperienze nazionali anche piuttosto dolorose. C'è uno studio della Banca d'Italia del 2011, un po' datato, che indica che la quota dell'attività italiana all'estero non dichiarata alle autorità italiane può ritenersi compresa tra i 124 e 194 miliardi di euro a fine 2008, siamo su una forchetta tra l'8 e il 12% del PIL. La *Voluntary Disclosure* e il conseguente rientro dei capitali – che ha avuto un discreto successo – è stata in gran parte agevolata dalle decisioni delle autorità svizzere che hanno ritenuto non più opportuno dare protezione a determinati investimenti in odore di criminalità provenienti da altri Paesi, compresa l'Italia. Tuttavia questo flusso di capitali rischia di essere *una tantum*, cioè un rimpatrio in sanatoria di alcuni capitali portati all'estero, mentre la produzione di ulteriori capitali illeciti continua e continua in altri Paesi il loro riciclaggio.

Uso eccessivo del contante: è un altro problema rilevante insieme alla diffusa presenza dell'economia informale. Nel 2012 la BCE ha fatto uno studio su vari Paesi europei che mostra che l'uso del contante è molto elevato in Italia, dove l'85% delle transazioni sono regolate in contante, rispetto a una media europea del 60%. Andando a spacchettare i dati, vediamo che il dato italiano è simile a quello di altri Paesi del Sud dell'Europa o dell'Europa dell'Est, mentre i Paesi dell'Europa Centrale e Settentrionale hanno delle medie di utilizzo del contante più vicine a quelle americane, cioè molto più basse. Sullo stesso argomento la UIF sta facendo un interessante studio.

Finanziamento del terrorismo: si tratta di una questione ovviamente molto delicata e molto attuale; dirò subito che in Italia abbiamo un rischio di terrorismo molto elevato. Seppure in qualche maniera meno elevato che in altri Paesi tipo Francia o Belgio, sicuramente il rischio di terrorismo è presente e attuale anche se i rischi di finanziamento del terrorismo sembrano essere ancora contenuti. Innanzitutto abbiamo un'eterogeneità di forme di finanziamento, abbiamo insieme forme sofisticate di reimpiego di proventi delittuosi con forme in qualche maniera arcaiche, dovuto anche alla piccola quantità di denaro utilizzato da queste cellule di possibili terroristi. Quindi, la minaccia legata al terrorismo internazionale è ancora poco significativa, ma è in continuo aumento; si tratta perlopiù di terroristi individuali, ancora non ci sono delle chiare connotazioni di raggruppamenti di terroristi; altri canali formali e informali di trasferimento dei fondi, poiché la finalità prevalente è quella di fare pervenire il denaro a chi

File riservato ad esclusivo fine di studio

è incaricato dell'azione terroristica. Si cerca di utilizzare canali diversi da quelli bancari tradizionali, in poche parole, trasporto di contante o *money-transfer* o sistema di *hawala*, che esiste anche in Italia. Partendo dall'esperienza quotidiana è difficile collegare flussi finanziari e autorizzazioni specifiche da parte di gruppi di terroristi; il rischio inerente di finanziamento del terrorismo è quindi abbastanza significativo, in quanto combinazione di una minaccia che comunque è poco significativa, mentre le criticità del sistema, cioè la difficoltà di individuare anche piccole minacce è molto significativa. In conclusione possiamo dire che il rischio è presente e non deve essere sottovalutato.

Vorrei terminare questa mia presentazione dandovi un'idea di come stiamo cercando di applicare questa metodologia dell'approccio basato sul rischio a un soggetto, a un settore specifico che è quello del *money-transfer*. Sappiamo tutti quanti che esiste in Italia un numero considerevole di punti di vendita dove si può andare a consegnare piccole somme di denaro che saranno recapitate in tempi molto brevi in qualsiasi paesino sperduto in qualsiasi parte del mondo. Abbiamo innanzitutto cercato di avere una mappa delle dimensioni di questo fenomeno; non vi darò numeri perché in realtà sono irrilevanti: in questo caso basta rilevare che in qualsiasi centro urbano vi è una molteplicità di questi punti di vendita, diciamo quindi che è diffusissimo. Il dato interessante è che l'85% dell'attività è svolta dai tre operatori internazionali più importanti, mentre il restante 15% è frazionata in un grande numero di piccole società di varia natura: società che hanno una base strettamente etnica, per esempio alcune banche straniere organizzano servizi dedicati di *money-transfer* per i propri emigranti, quindi sono mirate a un certo tipo di percorso del denaro; ci sono, ed è il caso tipico che conosciamo tutti, i c.d. cinesi, quei *money-transfer* che servono ad occultare i trasferimenti di denaro illeciti a fronte di movimenti di persone, di merci illeciti. Questo 15% ha una mappa molto frastagliata di soggetti che operano non sempre legalmente, ma per motivazioni diverse. A complicare la situazione c'è la normativa europea sui servizi di pagamento. La direttiva sui servizi di pagamento ha deciso la libertà di stabilimento per tutti gli istituti di pagamento; come risposta immediata le tre grandi società internazionali di *money-transfer* si sono posizionate immediatamente sull'Irlanda, per i vantaggi fiscali e regolatori, il che rende difficile monitorare l'operato di queste società e dei loro agenti dall'Italia, dalla Spagna, dalla Grecia.

Dobbiamo partire dal presupposto che l'attività di *money-transfer* è assolutamente necessaria oltre che socialmente utile: dovunque ci sia lavoro di immigrati, ci sono le rimesse verso i paesi di origine; non vengono qui per stare in vacanza o per spendere i soldi nel nostro Paese, vengono qui per mandarli alle loro famiglie. Lo fanno attraverso canali leciti, se noi li creiamo e li permet-

File riservato ad esclusivo fine di studio

tiamo, lo faranno attraverso canali sotterranei, illeciti e pericolosi se noi cerchiamo di reprimere questo fenomeno; per questo noi vogliamo che i canali di *money-transfer* siano facili da utilizzare, economici e trasparenti, quindi vigilati. L'analisi del rischio applicata a questi soggetti deve tenere conto della loro natura e della loro struttura. Con le tre grandi società abbiamo un interesse comune: i tre grandi hanno interesse a rimanere puliti, a rimanere lontani da forme di riciclaggio o da altri atti illeciti, proprio perché devono gestire il business di queste rimesse degli immigrati ma anche perché lavorano in tutto il mondo, quindi sono in qualche maniera da questo punto di vista sono i nostri naturali alleati per migliorare i controlli sui punti vendita. Ricordo a tal proposito che i punti vendita non sono agenti in attività finanziaria, sono dei meri attori, il cui unico compito è di incassare dei soldi e firmare delle ricevute. Noi chiediamo loro di identificare attentamente i soggetti che fanno le operazioni e di registrare tutti gli elementi relativi a queste operazioni in maniera tale poi che la casa madre possa fare un'analisi di questa operazione. Quindi già la 141 aveva chiarito che gli obblighi di segnalazione sono a carico delle società e non dei singoli punti vendita; questi ultimi devono soltanto, ma è compito fondamentale, effettuare correttamente l'adeguata verifica del cliente e seguire le procedure sulle quali la casa madre deve istruirli e seguirli attentamente. Sui piccoli, sul 15% del mercato, dobbiamo fare un'analisi più dettagliata e cercare di capire le finalità delle diverse società sapendo che non sempre si tratta di finalità lecite, non sempre queste società sono immuni da tentativi di scorciatoie. Quindi abbiamo un doppio problema, oltre al problema dei punti di vendita abbiamo anche un problema di controllo sulle società.

È fondamentale cominciare un'appropriata raccolta di informazioni sulle società e i loro punti vendita e per fare questo vogliamo istituire un registro nel quale dovranno essere raccolte le informazioni su tutte le società che operano in Italia attraverso agenti, anche se hanno lo stabilimento in altri Paesi europei. Questa raccolta di informazioni permetterà alle forze di polizia, in particolare alla Guardia di finanza, di procedere sulla base dell'analisi di queste informazioni, delle verifiche mirate, quindi non a caso, alla cieca, ma analizzando attentamente le informazioni esistenti e andando a cercare i punti deboli, i punti dove possono annidarsi attività criminali. Il caso dei *money-transfer* è uno degli esempi più facili da illustrare dell'applicazione dell'analisi del rischio e ci dà l'idea di come questa metodologia diventa sempre più indispensabile se vogliamo avere delle norme che funzionano al momento pratico.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Marco Pistritto

Il governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo nel sistema bancario[*]

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le peculiarità del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. – 3. Dalla cultura aziendale dell'analisi del rischio di riciclaggio… – 4. … alla cultura del governo del rischio di riciclaggio. – 5. Gli elementi cardine del governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. – 5.1 Il coinvolgimento degli organi societari in termini di consapevolezza e responsabilizzazione in ordine al corretto adempimento degli obblighi che su di essi ricadono. – 5.2 Il criterio di proporzionalità rispetto alle caratteristiche operative e dimensionali dei destinatari. – 5.3 La specializzazione dei controlli antiriciclaggio. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il tema delle considerazioni che seguono poggia sul presupposto di fondo che la normativa antiriciclaggio, sin dalle sue origini, ha individuato (e continua ancora oggi ad individuare) tra i propri punti di riferimento il ruolo, gli adempimenti e le responsabilità che sono attribuite agli intermediari finanziari e, in particolare, agli enti creditizi, così come previsto sin dai primi provvedimenti legislativi in materia[1].

Come è stato attentamente osservato[2], il nesso tra la normativa antiriciclaggio e la disciplina prudenziale degli intermediari finanziari è rappresentato da quel bene del tutto particolare che è il denaro, che costituisce il principale ogget-

[*] Lo scritto riproduce, con modifiche, adattamenti e aggiunta di note, la relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Padova al convegno «*Riciclaggio*» del 6 aprile 2016, organizzato dal Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario nell'ambito degli *Itinerari di diritto penale dell'economia*.

[1] Si veda, sul punto, l'art. 13 del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625.

[2] A. Urbani, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Cedam, Padova 2005, p. 90.

File riservato ad esclusivo fine di studio

to materiale di buona parte delle operazioni di riciclaggio; ciò, peraltro, si evince anche dalla prevalenza delle tipologie di operazioni sospette segnalate all'Unità di Informazione Finanziaria ai sensi dell'art. 41 del c.d. decreto antiriciclaggio da parte dei destinatari della normativa[3]. Allo stesso tempo, il denaro rappresenta anche la «*materia prima*» dell'attività e dei servizi svolti dalle banche e dagli intermediari finanziari, i quali, pertanto, si trovano particolarmente esposti al rischio di un coinvolgimento, anche inconsapevole, in operazioni della specie.

2. Le peculiarità del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo

Va innanzitutto evidenziato che il rischio di riciclaggio presenta caratteristiche assai peculiari, che lo rendono diverso dagli altri rischi appartenenti al medesimo *genus,* i cosiddetti rischi di non conformità alle norme, a cui sono oggettivamente esposte le banche.

Con la generica locuzione «*rischi di non conformità*»[4] ci si riferisce infatti, come noto, alla multiforme possibilità di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (di legge o di regolamenti), ovvero di autoregolamentazione (es.: statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina)[5].

In proposito, la peculiarità del rischio connesso al riciclaggio di denaro sporco e al finanziamento del terrorismo è dovuta a numerose ragioni.

Una prima riguarda il fatto che un'operazione di riciclaggio può essere effettuata non solo con la collaborazione consapevole dell'intermediario, ma anche all'insaputa di questi. Nel primo caso, è stato detto, si assiste a una vera e propria occupazione dell'intermediario (o di settori di esso) da parte della criminalità, nel secondo, invece, vi è il coinvolgimento di un intermediario inconsapevole; in particolare, in tale ultimo caso il denaro di origine illecita (origine non percepita come tale dall'intermediario stesso), entra nel sistema finanziario attraverso un'operazione che è formalmente regolare e, di conseguenza, esso potrà essere utilizzato liberamente[6].

Un secondo profilo, che caratterizza in modo peculiare il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, è legato al fatto che l'eventuale coinvolgimento inconsapevole di una banca in operazioni che originano da attività

[3] Gli ultimi dati disponibili sono contenuti in *Unità di Informazione Finanziaria, Rapporto annuale sull'attività svolta nel 2015.*

[4] Banca d'Italia, *Nuove Disposizioni di Vigilanza Prudenziale per le Banche*, Circ. 263/2006, Tit. V, Cap. 7, Sez. III, Par. 3.2.

[5] Si veda, sul punto, A. Dolmetta, *Funzione di* compliance *e vigilanza bancaria,* in *Banca borsa,* 2012, n. 1, p. 125 ss.

[6] G. Maresca, *La prevenzione del riciclaggio di denaro: l'efficacia della regolamentazione italiana*, in *Bancaria*, 2004, n. 7/8, p. 67.

File riservato ad esclusivo fine di studio

criminose non crea un danno solo alla banca stessa e ai suoi *stakeholder*, ma può rappresentare anche un fattore di forte inquinamento per l'intero sistema economico. Come è stato osservato, infatti, la presenza di operatori e di organismi economici collusi con la criminalità che reinveste i proventi illeciti in attività legali altera profondamente i meccanismi di mercato, inficia l'efficienza e la correttezza dell'attività finanziaria, andando a minare la stabilità complessiva del sistema finanziario di un paese[7].

È dunque in tale ambivalente contesto che va inquadrato il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo nelle banche, analizzando le sinergie tra la normativa antiriciclaggio e quella di vigilanza bancaria, in particolare quella riferita al governo e al sistema dei controlli interni.

Si potrebbe affermare, quindi, con un'allegoria ricorrente nel mondo della regolamentazione bancaria, che la normativa antiriciclaggio e quella di vigilanza bancaria costituiscono due pilastri di un *dolmen*, costruiti con la stessa materia prima rappresentata dall'approccio basato sul rischio, uno indispensabile all'altro per sorreggere un architrave comune, costituito dal perseguimento della sana e prudente gestione degli operatori, della trasparenza e correttezza dei comportamenti, della richiamata stabilità complessiva, del buon funzionamento e della competitività del sistema.

3. Dalla cultura aziendale dell'analisi del rischio di riciclaggio…

Si sono utilizzate parole che appaiono, a mio parere, estremamente efficaci e che la Banca d'Italia riportava in un documento del 2001, le *Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette* (c.d. «*Decalogo ter*»).

Dalle predette Istruzioni traspariva l'intendimento dell'Organo di Vigilanza di non limitarsi a disciplinare alcuni aspetti dell'organizzazione e dei controlli interni del singolo intermediario, inquadrabili giuridicamente nelle previsioni dell'art. 53 del Testo Unico Bancario come riferite al contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni. Ciò che emergeva, infatti, era l'obiettivo dell'Autorità di gettare le basi per «*l'affermazione di una nuova mentalità in seno agli operatori creditizi e finanziari*»[8], finalizzato a generare una nuova cultura dell'analisi del rischio di riciclaggio, secondo la quale gli oneri connessi al

[7] Banca d'Italia, *Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette*, 12 gennaio 2001, p. 2. Tale provvedimento faceva seguito alle «*Indicazioni operative per la segnalazione di operazioni sospette*» emanate dall'Autorità di Vigilanza nel gennaio del 1993, in collaborazione con l'Associazione Bancaria Italiana e successivamente riviste nel novembre 1994. Il provvedimento è stato poi abrogato per effetto dell'entrata in vigore della Delibera del Direttore Generale della Banca d'Italia n. 6161 del 24 agosto 2010, avente a oggetto il «*Provvedimento recante gli indicatori di anomalia per gli intermediari finanziari*».

[8] Urbani, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, cit., p. 97.

File riservato ad esclusivo fine di studio

rispetto della normativa di settore sono da valutare alla stregua di investimenti in grado di generare, per la banca, risultati positivi in termini di stabilità e di reputazione.

In tale contesto, anche il noto principio della collaborazione attiva, in cui si traduce l'obbligo di segnalare le operazioni sospette di riciclaggio per i destinatari della normativa[9], assume connotati che sono funzionali tanto alla tutela della singola banca segnalante quanto a quella del sistema.

Se è vero, infatti, che il dato oggettivo di un'operazione finanziaria può essere sintomatico di un'operazione di riciclaggio solo alla luce delle informazioni in possesso di un operatore qualificato, chiamato a valutarne la compatibilità con il profilo finanziario del cliente e a individuare eventuali anomalie sintomatiche di comportamenti criminosi[10], è altrettanto pacifico che un'approfondita conoscenza del cliente costituisce un requisito essenziale dell'attività di intermediazione; essa, per vero, consente all'intermediario di individuare i profili di rischio, le possibilità di sviluppo delle relazioni d'affari[11] e di fronteggiare possibile perdite su crediti o su strumenti finanziari dovute al finanziamento inconsapevole di attività criminose.

Del resto, che i rischi legali di non conformità siano connessi a un problema di cultura di rispetto della normativa è un dato acclarato e, oltretutto, valorizzato dal fatto che tali rischi sono diffusi a tutti livelli dell'organizzazione aziendale, soprattutto nell'ambito delle linee operative, con la necessità che l'attività di prevenzione deve svolgersi, in primo luogo, dove il rischio viene generato, responsabilizzando adeguatamente tutto il personale[12].

L'attuale normativa primaria in materia antiriciclaggio è sicuramente in sintonia con le considerazioni sopra esposte: l'art. 54 del d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231 prevede infatti espressamente che siano adottate misure adeguate di formazione del personale e dei collaboratori, e ciò al fine, non solo della corretta

[9] Sul tema, *ex multis,* I. Poznanski, *La segnalazione delle operazioni sospette ai sensi del decreto legge n. 197/1991,* in *Bancaria*, 1991, n. 4, p. 59 ss.; L. Bonzanini, *L'articolo 3 della legge sull'antiriciclaggio,* in *Banche e banc.*, 1993, p. 463 ss.; J. Tondelli, *Considerazioni su obbligo di segnalazione di operazioni sospette e reato di riciclaggio,* in *Banca borsa*, 2004, vol. II, p. 481 ss.; R. Razzante, *L'insostenibile "soggettività" della valutazione di operazioni sospette di riciclaggio,* in *Dir. banc. mercato fin.*, 2003, vol. I, p. 571; F. Lukacs, *La (ir)responsabilità risarcitoria della banca derivante dalla segnalazione di operazioni sospette di riciclaggio*, in *Banca borsa*, 2012, vol. II, p. 86 ss.; A. Barbazza, *La segnalazione di operazioni sospette nel panorama giurisprudenziale: il difficile punto di equilibrio fra la visione oggettiva della Corte di Cassazione e quella maggiormente personalistica dei Giudici di merito*, in *Banca borsa*, 2013, vol. II, p. 231 ss.

[10] L. Criscuolo, *La prevenzione del riciclaggio sotto il profilo finanziario: adeguata verifica, registrazione, segnalazione di operazioni sospette*, in *Il riciclaggio del denaro*, a cura di E. Cappa, L.D. Cerqua, Giuffrè, Milano 2012, p. 122 ss.

[11] Banca d'Italia, *Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette*, cit., p. 7.

[12] Banca d'Italia, *Nuove Disposizioni di Vigilanza Prudenziale per le Banche*, circ. n. 263/2006, Tit. V, Cap. 7, Sez. III, Par. 3.2.

File riservato ad esclusivo fine di studio

applicazione delle disposizioni di riferimento, ma anche di facilitare il riconoscimento delle attività potenzialmente connesse al riciclaggio o al finanziamento del terrorismo[13]. Si tratta di una norma la cui violazione, peraltro, comporta l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie, in particolare per gli intermediari finanziari bancari e non bancari, che possono arrivare anche a 200.000 euro (art. 56 d. lgs. n. 231/2007).

4. …alla cultura del governo del rischio di riciclaggio

L'evoluzione della normativa, a seguito, da un lato, dell'emanazione della terza direttiva europea in materia (n. 2005/60/CE)[14], della normativa primaria nazionale di recepimento (d. lgs. n. 231/2007) e delle disposizioni regolamentari adottate in attuazione della stessa e, dall'altro, delle *Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*[15], ha consentito una transizione culturale dalla logica dell'*analisi del rischio* di riciclaggio a quella del *governo del rischio* di riciclaggio.

Si tratta di una transizione, tanto fisiologica quanto inevitabile, che ha determinato un notevole impatto per le banche; essa ha, infatti, imposto un approccio c.d. *risk based* nella gestione degli adempimenti previsti dalla terza Direttiva antiriciclaggio e dal d. lgs. n. 231/2007, con la conseguente necessità di realizzare un modello organizzativo fondato su una valutazione interna del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo e sulla definizione di *policy*, procedure interne e sistemi di controllo coerenti con il profilo di rischiosità della singola banca. Peraltro, tali considerazioni trovano esplicita conferma nei principi generali riportati nell'art. 3 del d. lgs. n. 231/2007, tra i quali è richiamato l'obbligo dei destinatari di adottare idonei e appropriati sistemi e procedure per la gestione degli adempimenti previsti, in materia di controllo interno, nonché di valutazione e gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo[16].

In tal senso, se vista nel contesto della normativa di vigilanza prudenziale derivante dagli accordi di Basilea II, la logica del governo del rischio di riciclag-

[13] Si noti che una disposizione analoga la si rinviene anche all'art. 46 della Direttiva n. 2015/849 del 20 maggio 2015 (c.d. IV Direttiva Antiriciclaggio), che abrogherà, a decorrere dal 26 giugno 2017, la III Direttiva in materia (n. 2005/60/CE).

[14] Tale Direttiva, che è stata integrata dalla Direttiva 2006/70/CE dell'1 agosto 2006, ha abrogato e sostituito la direttiva 91/308/CEE del 10 giugno 1991 e la successiva direttiva 2001/97/CE del 4 dicembre 2001.

[15] Banca d'Italia, *Nuove Disposizioni di Vigilanza Prudenziale per le Banche*, Circ. n. 263/2006, cit., 15 aggiornamento del 2 luglio 2013, in forza del quale è stato inserito, tra gli altri, un nuovo capitolo in materia di controlli interni (Tit. V, Cap. 7).

[16] Si noti che la scelta di rubricare l'art. 3 del d. lgs. n. 231/2007 come «*principi generali*», denota l'attitudine del predetto corpo normativo a rappresentare una regolamentazione di tipo *principle based,* finalizzata, prima di tutto, a indicare i principi generali a cui ricondurre gli adempimenti previsti nelle specifiche disposizioni e nella regolamentazione secondaria di attuazione prevista dal successivo articolo 7.

File riservato ad esclusivo fine di studio

gio e di finanziamento del terrorismo non può prescindere dall'acquisizione di una capacità di quantificare i rischi legali e reputazionali di cui tenere conto anche nel processo di autovalutazione dell'adeguatezza patrimoniale attuale e prospettica rispetto ai rischi stimati (ICAAP – *Internal Capital Adequacy Assessment Process*)[17].

Significative, in tal senso, sono le specifiche disposizioni, emanate nel marzo 2011 dalla Banca d'Italia, in tema di organizzazione, procedure e controlli interni per la prevenzione dell'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo[18].

Si tratta di disposizioni, a carattere regolamentare, che costituiscono, a tutt'oggi, il fulcro della normativa prudenziale antiriciclaggio; esse richiedono agli intermediari di adottare una serie di presìdi organizzativi ritenuti indispensabili sia ai fini di un corretto e sostanziale rispetto della norma, sia di un efficace governo dei rischi.

Ciò che rileva, tuttavia, è che tale provvedimento regolamentare, pur essendo emanato in attuazione dell'art. 7, co. 2, d. lgs. n. 231/2007, va a declinare, nel contesto del rischio di riciclaggio, le più generali norme sulla *governance* degli intermediari nel frattempo intervenute, in particolar modo di quelle di matrice bancaria, e ciò nel presupposto – di fondo – che il rischio di riciclaggio rientra nel novero dei rischi operativi e reputazionali che la regolamentazione prudenziale emanata dall'Autorità di Vigilanza chiede di fronteggiare[19].

In proposito, le norme sulla *governance* di riferimento erano allora rappresentate dalle Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia del 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario, successivamente sostituite a seguito dell'emanazione del primo aggiornamento, del 6 maggio 2014, della circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013[20].

Appare utile richiamare il fatto che le disposizioni in parola davano, a loro volta, attuazione, per il comparto bancario, al decreto del Ministro dell'econo-

[17] Ci si riferisce alla valutazione aziendale dell'adeguatezza patrimoniale che deve essere condotta dalla banca in conformità alle disposizioni di vigilanza prudenziale richiamate alla precedente nota 16 (Tit. III, Cap. 1, Sez. II).

[18] Banca d'Italia, *Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, ai sensi dell'art. 7 comma 2 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231*, 10 marzo 2011, p. 11.

[19] Sul tema si vedano le considerazioni espresse dall'allora Vice Direttore Generale della Banca d'Italia, A.M. Tarantola, in *Prevenzione e contrasto del riciclaggio: l'azione della Banca d'Italia,* Relazione alla Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale CNPDS "*Riciclaggio, evasione fiscale ed abuso dei beni sociali: la responsabilità degli intermediari*", Milano, 28 novembre 2011, p. 10.

[20] Cfr. Banca d'Italia, *Disposizioni di Vigilanza per le Banche*, Circ. n. 285 del 17 dicembre 2013, Tit. IV, Cap. 1 – *Governo Societario.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

mia, in qualità di Presidente del CICR, in data 5 agosto 2004 emanato, su proposta della Banca d'Italia, ai sensi degli artt. 53, 67, 107 e 114 *quater* TUB, che forniva criteri generali e linee di indirizzo in materia di organizzazione e governo societario delle banche, degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 TUB[21] e degli istituti di moneta elettronica.

Il citato intervento normativo secondario traeva origine dalle novità introdotte dalla riforma del diritto societario del 2003 e dal relativo coordinamento con il Testo unico bancario, con particolare riguardo alla possibilità – riconosciuta alle banche – di adottare sistemi di amministrazione e controllo alternativi a quello tradizionale, anche alla luce delle esperienze applicative maturate nel settore bancario. Esso teneva conto, tra l'altro, delle più recenti evoluzioni del quadro normativo in materia di *corporate governance* e assetti organizzativi, riconducibili all'attuazione della l. n. 262/2005 (la c.d. legge per la tutela del risparmio) e al recepimento della nuova disciplina prudenziale per le banche di cui alla circolare della Banca d'Italia n. 263/2006, nonché dei principi e delle linee guida elaborate in materia a livello nazionale ed internazionale.

In tal senso, è opinione consolidata che tali disposizioni del 2008 rappresentino un nuovo modo prudenziale di «fare vigilanza», nel contesto del quale l'articolazione organizzativa della banca si colloca in una prospettiva di valorizzazione dell'autonomia privata[22], riconosciuta dalla richiamata riforma del diritto societario e in coerenza con i principi sottesi al novellato Testo unico bancario, evitando regole speciali intrusive, in favore della richiesta ai soggetti vigilati di attrezzarsi sul piano del funzionamento dei ruoli amministrativi e di controllo per garantire gestioni prudenti ed efficienti[23].

In altre parole, dalle citate disposizioni si può ricavare che:

1) le modalità di gestione dei rischi, ivi compreso quello di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, sono il frutto di scelte imprenditoriali, rimesse alla responsabilità delle banche e degli esponenti delle stesse; ad essi spetta, infatti, assicurare l'efficacia del sistema dei controlli e dei relativi processi secondo autonome valutazioni, fondate sulla stima dell'esposizione al rischio di riciclaggio e orientate in funzione del proprio livello di tolleranza, nel contesto più generale del processo di governo dei rischi, previsto dal Secondo Pilastro dell'Accordo di Basilea;

2) il compito dell'Autorità di Vigilanza è quello di indirizzare e accompagnare gli intermediari nell'opera di rafforzamento dei propri assetti di governo

[21] Per gli intermediari finanziari non bancari vigilati dalla Banca d'Italia le attuali disposizioni in materia di *governance* sono contenute nella Circolare della Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015, Titolo III, Capitolo 1, Sezione II.

[22] A. Minto, *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Cedam, Padova, 2012, p. 31.

[23] F. Vella, *Il nuovo diritto societario e la governance bancaria,* in *Banca, impresa, soc.*, 2003, p. 314.

File riservato ad esclusivo fine di studio

senza sostituirsi ad essi: le concrete soluzioni organizzative, infatti, non possono che essere individuate da ciascuna banca coerentemente con il proprio profilo di operatività e di rischio, secondo criteri di proporzionalità e la cui efficacia e adeguatezza sono soggette a verifica nell'azione di supervisione[24].

Un siffatto contesto ha imposto, dunque, alle banche di dare una forma e un contenuto alla propria autonomia organizzativa, dotandosi di un modello di governo per la gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che esprima un punto di equilibrio tra proporzionalità e valutazione interna del rischio stesso.

In tal senso, è evidente che, sotto un profilo di responsabilità degli esponenti aziendali, la crescente autonomia gestionale e la flessibilità riconosciuta alle banche nell'ambito della propria autonomia organizzativa per presidiare l'esposizione ai rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo implicano necessariamente la definizione di regole sugli assetti di governo e organizzativi idonee ad assicurare scelte strategiche consapevoli ed un'efficace gestione dei rischi, attraverso la corretta articolazione di ruoli e responsabilità dei principali centri decisionali nonché l'integrità e la completezza del sistema dei controlli.

5. Gli elementi cardine del governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo

Seguendo la logica che si è sin qui rappresentata, l'autonomia organizzativa attribuita ai destinatari della normativa antiriciclaggio può essere rappresentata, figurativamente, come una forma geometrica, di grandezza variabile, le cui dimensioni dipendono da quale equilibrio viene individuato tra proporzionalità e livello di esposizione al rischio e i cui vertici sono rappresentati dagli elementi cardine tipici della richiamata cultura di governo del rischio, di seguito illustrati e approfonditi.

5.1 Il coinvolgimento degli organi societari in termini di consapevolezza e responsabilizzazione in ordine al corretto adempimento degli obblighi che su di essi ricadono

Un primario aspetto attiene alla chiara attribuzione di obblighi e responsabilità in tema di antiriciclaggio in capo agli organi di governo aziendale. In particolare, gli organi aziendali, ciascuno secondo le proprie competenze e responsabilità, sono tenuti a definire politiche aziendali coerenti con i princìpi e

[24] Sul punto si veda A.M.Tarantola, *Il sistema dei controlli interni nella governance bancaria*, intervento al Convegno Dexia Crediop, *"Il sistema dei controlli aziendali: alla ricerca di una governance"*, Roma 6 giugno 2008, p. 8.

File riservato ad esclusivo fine di studio

le regole antiriciclaggio; adottare linee di *policy* idonee a preservare l'integrità aziendale; porre in atto misure organizzative e operative atte a evitare il rischio di coinvolgimento in episodi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo; svolgere controlli sul rispetto della normativa e sull'adeguato presidio dei rischi.

La scelta del regolatore in proposito è volutamente neutra rispetto alle opzioni di *governance* adottate dalla singola banca; infatti, essa individua e definisce i ruoli e i compiti in relazione alle funzioni di supervisione strategica, gestione e controllo, indipendentemente dalla strutturazione degli organi aziendali, secondo il metodo tradizionale, dualistico o monistico.

Sotto quest'aspetto, a parere di chi scrive, una riflessione andrebbe fatta, da parte del legislatore, in prospettiva dell'emanazione della disciplina attuativa dell'art. 26 TUB, in materia di requisiti degli esponenti aziendali degli intermediari finanziari, bancari e non[25].

Tale norma è stata di recente modificata per effetto del d. lgs. 12 maggio 2015, n. 72, che ha recepito la c.d. CRDIV (Direttiva n. 2013/36/UE del 26 giugno 2013) avente ad oggetto l'accesso all'attività degli enti creditizi la vigilanza prudenziale su questi ultimi e sulle imprese d'investimento.

In particolare, rileva il fatto che, ai fini dell'idoneità allo svolgimento dell'incarico, gli esponenti aziendali devono possedere requisiti, che saranno individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, attinenti alla professionalità, onorabilità e indipendenza, alla necessità di soddisfare criteri di competenza e correttezza nonché di disponibilità a dedicare il tempo necessario all'efficace espletamento dell'incarico, in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca.

Orbene, nell'ambito dei criteri di correttezza, a mio modesto avviso sarebbe opportuno che l'insussistenza di problematiche connesse alla violazione della normativa antiriciclaggio fosse adeguatamente considerata come elemento suscettibile di incidere sulla «*correttezza*» dell'esponente.

Parimenti, sarebbe auspicabile che i programmi formativi nel continuo, predisposti dalla banca a norma del richiamato art. 54 del d. lgs. n. 231/2007, riguardassero non solo gli operatori, ma anche gli esponenti aziendali.

Ciò, infatti, risulterebbe coerente con l'impegno della banca a investire sull'autorevolezza e sulla professionalità dei componenti gli organi sociali al fine di consentire un efficace esercizio delle funzioni assegnate, in coerenza con le disposizioni di vigilanza in materia di governo societario[26]. Non solo: una scelta siffatta contribuirebbe a dare sostanza e concretezza alla complessa, arti-

[25] Si noti che l'articolo 26 del TUB previsto per gli esponenti degli intermediari finanziari bancari si applica anche per quelli degli intermediari finanziari bancari, in forza del rinvio operato dall'art. 110, co. 1 *bis*, dello stesso, ad eccezione del co. 3, lett. *c*) ed *e*).

[26] Si veda sul tema della composizione qualitativa degli organi sociali, Banca d'Italia, *Disposizioni di Vigilanza per le Banche*, Circ. n. 285, cit., Parte Prima.IV.1.15.

File riservato ad esclusivo fine di studio

colata – e spesso copiosa – documentazione aziendale riferita alle politiche di governo dei rischi connessi con il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo, la cui definizione, approvazione e il successivo riesame periodico sono affidati alla competenza dell'organo con funzioni di supervisione strategica dell'intermediario.

5.2 Il criterio di proporzionalità rispetto alle caratteristiche operative e dimensionali dei destinatari

Le norme di cui al richiamato provvedimento della Banca d'Italia del 10 marzo 2011 prevedono che le prescrizioni vengano applicate in coerenza con la forma giuridica, le dimensioni, l'articolazione organizzativa, le caratteristiche e la complessità dell'attività svolta, fermi restando gli adempimenti minimali comunque necessari per il rispetto della disciplina.

Il tema della proporzionalità, che la normativa antiriciclaggio richiama espressamente tra i propri principi generali[27], si lega al concetto di approccio basato sul rischio che si è sopra richiamato.

Ciò, tra l'altro, è coerente con le raccomandazioni del Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI)[28], secondo le quali le autorità pubbliche e il settore privato sono chiamate a identificare e valutare i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo cui sono esposti al fine di adottare adeguate misure di protezione. Tale approccio, d'altronde, trova una sua conferma anche nella IV Direttiva Antiriciclaggio, in corso di recepimento.

In proposito, in Italia le Amministrazioni pubbliche coinvolte nella lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, sotto l'egida del Comitato di Sicurezza Finanziaria, sono state chiamate a effettuare, nel 2014, una prima analisi dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che gravano sull'ordinamento nazionale[29].

Analogamente, nei mesi scorsi ciascuna banca italiana è stata interessata dalla Banca d'Italia al fine di trasmettere, entro il 30 aprile 2016, una relazione avente a oggetto un'attività di autovalutazione sul livello di rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo cui la singola banca è esposta[30]. Tale

[27] Si veda, in proposito, l'art. 3, co. 4, d. lgs. n. 231/2007.

[28] In argomento v. F. De Pasquale, *Il Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI/FATF) e i gruppi regionali collegati* in *Profili internazionali dell'attività di prevenzione e contrasto del riciclaggio di capitali illeciti*, a cura di M. Condemi, F. De Pasquale, Ufficio Italiano Cambi, Roma 2004, p. 119 ss.

[29] Si veda, in proposito, la *Relazione al Ministro dell'economia e delle finanze del Comitato di Sicurezza Finanziaria – Valutazione delle attività di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, anno 2014.

[30] Sul punto, P. Fratangelo, *Intermediari bancari e gestione del rischio di riciclaggio*, in *Bancaria*, 2016, p. 59 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

autovalutazione costituisce il presupposto per la realizzazione di appropriati interventi a fronte delle eventuali criticità rilevate e per l'adozione di opportune misure di prevenzione e mitigazione. Ciò appare coerente anche con quanto previsto nel più generale quadro di riferimento per la propensione al rischio della Banca (il c.d. *Risk Appetite Framework* – RAF) che deve essere definito dall'organo con funzioni di supervisione strategica[31]. Si tratta di un'attività che tiene conto anche dei criteri che guidano il principio di proporzionalità, quali ad esempio la natura, la scala dimensionale, la differenziazione e la complessità dei settori di *business* della banca, il volume e l'ammontare delle transazioni, il mercato di riferimento, i canali distributivi, il numero di clienti classificati nelle fasce di rischio più elevate.

Il concetto di proporzionalità, tuttavia, ha una sua connotazione di matrice gestoria e organizzativa che prescinde dai potenziali danni che potrebbero derivare all'intermediario dal coinvolgimento in situazioni connesse al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

Le conseguenze di tali danni, infatti, non dipendono dalla dimensione della banca. Sotto quest'aspetto taluni recenti eventi hanno dimostrato che i danni connessi al rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo assumono un'importanza strategica, che, in certi casi, può risultare addirittura vitale: è essenziale, in particolare per un intermediario finanziario di limitate dimensioni a vocazione locale quali ad esempio le banche di credito cooperativo, rispetto alle quali è ancor più necessario che le relazioni con la clientela siano fondate su canoni di trasparenza e correttezza, preservando la fiducia del pubblico in ogni circostanza, al riparo da ingerenze di gruppi di interesse che possano sconfinare nell'illegalità.

5.3 La specializzazione dei controlli antiriciclaggio

La normativa secondaria della Banca d'Italia in materia di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo ha introdotto l'obbligo, per gli intermediari, di istituire un'apposita funzione di controllo di secondo livello, la c.d. funzione antiriciclaggio[32].

Il compito di detta funzione è quello di verificare, nel continuo, che le procedure aziendali siano coerenti con l'obiettivo di prevenire e contrastare la violazione di norme di eteroregolamentazione (leggi e norme regolamentari) e di autoregolamentazione in materia di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

[31] Banca d'Italia, *Nuove Disposizioni di Vigilanza Prudenziale per le Banche*, Circ. n. 263/2006, cit., Tit. V, Cap. 7, Sez. II, Par. 2.
[32] Banca d'Italia, *Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni*, cit., p. 16.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Si tratta di un presidio specialistico, attinente ai rischi di non conformità alla normativa in esame, che denota la particolare attenzione che è richiesta agli intermediari dall'Autorità di Vigilanza.

Un'altra specifica funzione è quella conferita al responsabile delle segnalazioni di operazioni sospette, cui compete la valutazione e la trasmissione alla UIF delle segnalazioni della specie.

Tale compito è attribuito al legale rappresentante ovvero a un suo eventuale delegato, come previsto espressamente dall'art. 42 del d. lgs. n. 231/2007 e, originariamente, dall'art. 3 del d.l. n. 143/1991. La figura del delegato, pur non inquadrandosi, *tout court*, in una funzione di controllo, avendo a oggetto un'attività di natura decisoria in merito alle segnalazioni di operazioni sospette, richiede caratteristiche qualitative molto simili a quelle previste per il responsabile della funzione antiriciclaggio, quali specifici requisiti di indipendenza, autorevolezza e professionalità.

In ragione di detti requisiti, le soluzioni operative configurabili per l'attribuzione della delega alle segnalazioni di operazioni sospette prefigurano l'affidamento dell'incarico al responsabile antiriciclaggio, ovvero a uno degli amministratori c.d. indipendenti.

Ed è proprio a quest'ultimo riguardo che emerge un altro punto interessante di contatto tra le disposizioni in materia di *governance* bancaria e quelle specifiche in materia di antiriciclaggio. Nel contesto delle norme in materia di governo societario, infatti, sta acquisendo sempre maggiore rilevanza la figura degli amministratori indipendenti, che devono essere individuati all'interno dell'organo con funzioni di supervisione strategica anche delle banche non quotate[33]. Si tratta di amministratori – il cui *status* soggettivo e i conseguenti obblighi, derivanti innanzitutto dalla circostanza di essere componenti del consiglio di amministrazione come *plenum*[34], trovano una peculiare declinazione nei doveri fiduciari di diligenza e lealtà qualificati in funzione dei compiti agli stessi asse-

[33] Banca d'Italia, *Disposizioni di Vigilanza per le Banche,* Circ. n. 285/2013, cit., Parte Prima.IV.1.15.

[34] Si veda in proposito, E. Rimini, *Il comitato di amministratori indipendenti*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, opera diretta da M. Irrera, Zanichelli, Bologna 2016, p. 358. Peraltro, in giurisprudenza, il tema della responsabilità degli amministratori indipendenti è stato trattato pervenendo a soluzioni non univoche: emblematico, sul punto, il c.d. caso Parmalat, in relazione al quale la sentenza del Tribunale di Milano (del 18 dicembre 2008) rilevava che agli amministratori indipendenti «*non deriva alcun complesso di poteri/doveri specifici che non siano quelli derivanti dal ruolo ricoperto, rispetto al quale l'indipendenza è solo il predicato soggettivo di eleggibilità […] non è l'indipendenza che fonda un distinto* status *dell'amministratore*», mentre il giudizio della Cassazione (del 4 maggio 2011) ha richiamato i «*marcati obblighi di vigile attenzione*» che la normativa di riferimento impone agli amministratori indipendenti, a dimostrazione del fatto che «*l'amministratore indipendente è soggetto pur sempre collocato dall'ordinamento in una posizione di garanzia, cioè, di protezione di interessi diffusi propri di categorie (azionisti, creditori, dipendenti, etc.) che non dispongono di adeguate capacità cognitive della realtà societaria*».

File riservato ad esclusivo fine di studio

gnati[35] – chiamati a monitorare, con autonomia di giudizio, la gestione sociale, contribuendo ad assicurare che essa sia svolta nell'interesse della società e in modo coerente con gli obiettivi di sana e prudente gestione. Si è utilizzato appositamente il termine «*monitoraggio*»[36], allo scopo di distinguere nettamente tale attività da quella, attribuita al collegio sindacale dall'art. 2403 c.c., di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento[37].

Nella prospettiva del governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, molto probabilmente la scelta di attribuire una specifica delega a un amministratore indipendente per la valutazione e la segnalazione delle operazioni sospette, dotato di adeguati requisiti di professionalità e autorevolezza, potrebbe avere più di un effetto positivo: da un lato, infatti, si rafforzerebbe il *committment* conferito agli amministratori indipendenti da parte dell'organo con funzioni di supervisione strategica della banca e, dall'altro, tale scelta rappresenterebbe un segnale, dato a tutta la struttura operativa, del coinvolgimento degli organi di vertice nel perseguire l'interesse a che la banca stessa rimanga estranea a qualsiasi operazione di natura illecita.

Peraltro, laddove si optasse per una scelta siffatta, da un lato il supporto tecnico della funzione antiriciclaggio, nell'esame istruttorio dell'operazione sospetta da vagliare, e dall'altro l'obbligo di mantenere traccia dell'*iter* di valutazione e delle eventuali motivazioni a fronte delle quali si dovesse ritenere di non procedere alla segnalazione costituirebbero, in ogni caso, presidi fondamentali per assicurare la correttezza dei comportamenti dei soggetti coinvolti, ivi compreso di quello dell'amministratore indipendente.

A tali fini, appare sicuramente rilevante, ancora una volta, l'emanazione della normativa di attuazione del richiamato art. 26 TUB, che dovrà individuare

[35] Sul tema, si vedano D. Regoli, *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di P. Abbadessa, Giappichelli, Torino 2015, p. 59; M. Bazzani, *Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova dell'immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri*, nota ad App. Roma, 12 giugno 2006 e 25 gennaio 2007, in *Riv. dir. soc.*, 2008, n. 2, p. 335; A. Pisani Massamormile, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 237 ss.; M. Stella Richter Jr., *I comitati interni all'organo amministrativo*, *Riv. soc.* 2007, p. 260 ss.

[36] La medesima locuzione viene utilizzata anche da N. Michieli, *La gestione del conflitto di interessi nelle operazioni con le parti correlate*, Giuffrè, Milano 2016, p. 220. Si vedano, in proposito, anche U. Tombari, *Amministratori indipendenti, sistema dei controlli e corporate governance: quale futuro?* in *Banca borsa*, 2012, n. 1, p. 516 ss. e, più in generale, M. Bianchini, C. Di Noia, *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte,* in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di M. Bianchini, C. Di Noia, Egea, Milano 2010, p. 10.

[37] N. Michieli, *Gli amministratori indipendenti nel comitato parti correlate, Giur. comm.*, 2014, n. 1, p. 1053 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

i criteri di professionalità e indipendenza[38]. Infatti, *rebus sic stantibus*, la definizione di «consiglieri indipendenti» è rimessa alla autonomia delle banche, chiamate a individuare nello statuto un'accezione univoca di tali soggetti, coerente con il ruolo ad essi assegnato, assicurandone l'effettiva applicazione.

6. Conclusioni

Come sopra osservato, le disposizioni di riferimento in materia di antiriciclaggio tracciano un percorso che – in conformità alle più generali normative di vigilanza – impone alle banche di dotarsi di un assetto organizzativo, di procedure operative e di sistemi informativi che – tenuto conto della natura, della dimensione e della complessità dell'attività svolta nonché della tipologia e della gamma dei servizi prestati – siano comunque in grado di garantire l'osservanza delle norme di legge e regolamentari previste in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

Tale obbligo è coerente non solo con l'evoluzione della normativa, ma anche con la crescente complessità delle operazioni di riciclaggio che, spesso, fanno ricorso a operazioni articolate che coinvolgono più soggetti, più intermediari, talvolta situati in Stati diversi.

Si tratta però di un obbligo che va analizzato in un contesto normativo di riferimento in cui l'individuo assume pur sempre una posizione centrale. In tal senso, si possono richiamare, tra gli altri:

a) il principio della *customer due diligence*, sotteso all'approccio basato sul rischio che permea gli obblighi di adeguata verifica della clientela oltreché di segnalazione delle operazioni sospette, principio questo ancor più enfatizzato dalla IV Direttiva Antiriciclaggio in corso di recepimento;

b) la necessità di delineare una struttura di controllo volta a prevenire o a far emergere tempestivamente eventuali episodi di infedeltà da parte dei dipendenti e degli altri collaboratori;

c) la responsabilità personale, in termini sanzionatori, dei soggetti chiamati a valutare la segnalazione di un'eventuale operazione sospetta nell'ambito dei due livelli di analisi prefigurati dagli artt. 41 e 42 del d. lgs. n. 231/2007 (legale rappresentante e/o suo delegato, da un lato e responsabile del punto operativo dall'altro[39]);

[38] Va osservato, sul punto, che le richiamate Disposizioni di Vigilanza in materia di governo societario (v. *supra*, nota 29) forniscono un primo parametro ai fini della valutazione dell'indipendenza degli amministratori, richiamando la necessità che la delibera consiliare riporti l'esame di tutti i rapporti creditizi intrattenuti con la banca e riconducibili al consigliere indipendente.

[39] Sul punto, si consenta di rinviare a quanto osservato da chi scrive in *La responsabilità dei soggetti coinvolti nella segnalazione delle operazioni sospette di riciclaggio di denaro sporco*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2010, vol. I, p. 106 ss., in nota a Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2009, n. 23017.

File riservato ad esclusivo fine di studio

d) il principio di riservatezza, penalmente sanzionato, dell'identità dei soggetti che hanno dato avvio all'*iter* segnalatorio, e ciò evidentemente a tutela degli stessi.

Tali elementi conducono a ritenere e a ribadire che il buon governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo delle società bancarie, e in genere degli intermediari finanziari, non si fonda solo sui modelli organizzativi, sui processi interni e sui regolamenti, ma deve necessariamente guardare alle persone, perché a esse si rivolge e da queste è realizzato.

E tutto questo, oltre a essere coerente con i principi del buon governo delle imprese e, conseguentemente, degli individui che operano nell'interesse delle stesse[40], rappresenta altresì un segnale di affidabilità del complessivo sistema finanziario in ordine alla sua capacità di tutelare adeguatamente il risparmio[41], secondo il noto principio di rilievo costituzionale, nei cui confronti negli ultimi tempi si va giustamente diffondendo, anche presso il vasto pubblico dei non addetti ai lavori, un rinnovato interesse, seppur in relazione a vicende, come a tutti noto, che in larghissima parte prescindono da fenomeni patologici inerenti la specifica materia antiriciclaggio.

[40] Minto, cit., p. 241 e G. Morbidelli, *Le modifiche statutarie e le norme regolamentari interne*, in *www.ilrisparmioreview.it*, 2009, n. 1, p. 76.

[41] C. Barbagallo, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia, Intervento al Convegno "L'impresa bancaria: i doveri e le responsabilità degli amministratori"*, organizzato dall'Associazione Bancaria Italiana e tenutosi a Roma il 26 marzo 2014, p. 18.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Andrea R. Castaldo

Costruzione normativa e difficoltà applicative dell'autoriciclaggio

Sommario: 1. Il delitto di autoriciclaggio: sterzata nel contrasto al riciclaggio o fonte di distorsioni sistemiche? – 2. I punti critici e gli obiettivi mancati: il paradosso del godimento personale. – 3. Il futuro applicativo. – 4. Delitto di autoriciclaggio e responsabilità dell'ente. – 5. Conclusioni.

1. Il delitto di autoriciclaggio: sterzata nel contrasto al riciclaggio o fonte di distorsioni sistemiche?

Innanzitutto voglio esprimere un sincero ringraziamento per l'invito allo splendido convegno oggi organizzato e il mio rammarico per non aver partecipato ai lavori di questa mattina.

Il titolo della mia relazione credo sia già evocativo: «Costruzione – o forse, provocatoriamente, distruzione – normativa e difficoltà applicative dell'autoriciclaggio»[1]. Una prima riflessione parte dalla constatazione che tali difficoltà

[1] La fattispecie è stata introdotta dalla l. 15 dicembre 2014, n. 186, che all'art. 3, co. 3 dispone: «Dopo l'articolo 648-ter del codice penale è inserito il seguente: Art. 648-ter. 1. – (Autoriciclaggio). Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. Si applica la pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all'articolo 7 del decreto – legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni. Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera

File riservato ad esclusivo fine di studio

interpretative non sono, purtroppo, un tratto peculiare dell'autoriciclaggio, ma rappresentano, oramai, carattere costante delle novità legislative, poiché ogni riforma che incide su un determinato settore, soprattutto del diritto penale dell'economia, è destinata a vivere attraverso il ruolo creativo della giurisprudenza.

L'ultima, eloquente, testimonianza di questo *trend* si può leggere nella pronuncia in tema di falso valutativo, che, nonostante sembrasse definitivamente espunto dalla scena della tipicità, è ricomparso in una recente decisione delle Sezioni Unite[2].

utilizzazione o al godimento personale. La pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale. La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648».

[2] La questione, rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, riguardava il delitto di false comunicazioni sociali; in particolare ci si interrogava in ordine alle conseguenze della modifica con cui la l. 27 maggio 2015, n. 69, art. 9, aveva eliminato, nell'art. 2621 c.c., l'inciso «ancorché oggetto di valutazioni», e sul conseguente effetto parzialmente abrogativo della fattispecie. Sul punto si erano sviluppati diversi orientamenti: secondo un primo, la significativa eliminazione dell'inciso aveva determinato l'abrogazione parziale del reato di falso in bilancio con riferimento ai falsi valutativi, verificandosi una vera e propria successione di leggi penali con effetto abrogativo; l'esplicito riferimento ai «fatti materiali», contenuto nell'art. 2621 c.c., proverebbe che il legislatore ha voluto escludere dal perimetro della repressione penale le attestazioni conseguenti a processi intellettuali di carattere valutativo – così Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, Rv. 264868: «*In tema di bancarotta fraudolenta impropria "da reato societario", di cui all'art. 223, secondo comma, n. 1, R.D. 16 marzo 1942 n. 267, la nuova formulazione degli artt. 2621 e 2622 cod. civ., introdotta dalla L. 27 maggio 2015, n. 69, ha determinato – eliminando l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", ed inserendo il riferimento, quale oggetto anche della condotta omissiva, ai "fatti materiali non rispondenti al vero" – una successione di leggi con effetto abrogativo, peraltro limitato alle condotte di errata valutazione di una realtà effettivamente sussistente*» e Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2016, n. 6916, Rv. 265692: «*In tema di false comunicazioni sociali, la nuova formulazione degli artt. 2621 e 2622 cod. civ., introdotta dalla L. 27 maggio 2015, n. 69, ha determinato – eliminando l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", ed inserendo il riferimento, quale oggetto anche della condotta omissiva, ai "fatti materiali non rispondenti al vero" – una successione di leggi con effetto abrogativo, peraltro limitato alle condotte di errata valutazione di una realtà effettivamente sussistente*». Altro orientamento, al contrario, riteneva punibile il falso "valutativo" – Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2016, n. 890, Rv. 265691: «*In tema di bancarotta fraudolenta impropria "da reato societario", di cui all'art. 223, secondo comma, n. 1, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, la nuova formulazione dell'art. 2621 cod. civ., introdotta dalla L. 27 maggio 2015, n. 69, che ha soppresso l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" con riferimento ai "fatti materiali non rispondenti al vero", non esclude la rilevanza penale della esposizione in bilancio di enunciati valutativi falsi, che violano parametri normativamente determinati o tecnicamente indiscussi (Conf. sez. 5 n. 12793 del 02 marzo 2016, non mass.)*». Le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto sostenendo che anche il falso valutativo può avere una attitudine ingannatoria e una efficacia fuorviante nei confronti del lettore del bilancio. Invero, l'impropria appostazione di dati veri, l'impropria giustificazione causale di voci, pur reali ed esistenti, ben possono avere effetto decettivo e quindi incidere negativamente su quel bene della trasparenza societaria, che si è visto costituire il fondamento della tutela penalistica del bilancio – Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 22474, Rv. 266803: «*Il reato di false comunicazioni sociali, previsto dall'art. 2621 cod. civ., nel testo modificato dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, è configurabile in relazione alla esposizione in bilancio di enunciati valutativi, se l'agente, in presenza di*

File riservato ad esclusivo fine di studio

La supplenza in pianta stabile della magistratura, la politica criminale elaborata nelle «linee guida» della Corte di Cassazione sono dunque il frutto di una cattiva volontà legislativa nella creazione di norme che non rispondono ai requisiti di razionalità del sistema e alla tecnica di redazione.

Con l'introduzione del delitto di autoriciclaggio ad opera della legge 186/2014, l'ordinamento italiano sembra finalmente adeguarsi al panorama internazionale, nel quale si ricavano misure anche civilistiche di punibilità del riciclatore autore del delitto «a monte»; d'altronde, numerose sollecitazioni in tal senso provenivano dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) e dal Fondo Monetario Internazionale, che individuavano nel contrasto all'autoriciclaggio uno strumento indispensabile per potenziare la legislazione anticorruzione[3].

È necessario evidenziare come, pur in assenza di una esplicita norma incriminatrice della condotta dell'autoriciclatore, l'esigenza di punirlo si fosse tradotta nella prassi giurisprudenziale nel ricorso estensivo all'art. 12 *quinquies* del d.l. 306/1992[4]: di recente, infatti, il giudice della nomofiliachia ha statuito come la norma, nell'assenza di clausola di riserva, «consente di perseguire penalmente anche fatti, per così dire, di "auto" ricettazione, riciclaggio, reimpiego che non sarebbero altrimenti punibili per la clausola di riserva espressamente prevista negli articoli 648-*bis* e 648-*ter,* che ne esclude l'applicabilità agli autori dei reati presupposto»[5].

Nei limiti ristretti di un intervento, vorrei soprattutto sottolineare il disallineamento[6] tra la costruzione del tipo, della struttura della fattispecie penale

criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, se ne discosti consapevolmente e senza fornire adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni». Per approfondimenti, F. D'Alessandro, *Valutazioni mendaci e false comunicazioni sociali: la cassazione si ricrede, e fa bene!*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2016, n. 3, p. 310; A. Rossi, *Reati di false comunicazioni sociali – la rilevanza penale del falso valutativo: la motivazione "di conferma" delle sezioni unite*, in *Giur. It.*, 2016, n. 8-9, p. 2007.

[3] F. Rinaldini, *L'introduzione del delitto di autoriciclaggio*, in *Voluntary disclosure e autoriciclaggio*, Giuffrè, Milano 2015, p. 139.

[4] Trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale, è punito con la reclusione da due a sei anni». Sul Punto A. Gullo, *Autoriciclaggio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2015, p. 5.

[5] Cass. pen., Sez. Un., 27 febbraio 2014, n. 2591, con commento di A. Galluccio, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra riciclaggio, illecito reimpiego e associazioni di tipo mafioso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 settembre 2014, *passim*.

[6] Diversamente, secondo N. Manieri, M. Pacini, *Reato di autoriciclaggio: introduzione in Italia*, in *www.dirittoegiustiziaonline.it*, 18 dicembre 2014, «L'introduzione del reato di autoriciclaggio risolverebbe, poi, un problema di disallineamento normativo. Il contrasto al riciclaggio è, infat-

File riservato ad esclusivo fine di studio

dell'autoriciclaggio e le finalità dell'incriminazione.

Anticipando le conclusioni, l'art. 648 *ter*. 1, c.p. mi ha ricordato il barone di *Münchausen*, uscito incolume dalle sabbie mobili in cui si era impantanato, afferrando con le proprie mani i capelli e così tirandosi fuori.

Quello che riuscì, tuttavia, al barone di *Münchausen* sarà molto difficile poterlo replicare da parte dell'imputato di autoriciclaggio[7] e ciò anche in base alle prime, timide, decisioni giurisprudenziali che si registrano[8].

ti, affidato, sul piano amministrativo, a un vero e proprio "apparato antiriciclaggio". Quest'ultimo prevede che gli intermediari finanziari, i professionisti e altri operatori identifichino i propri clienti, ne stabiliscano il livello di "rischio", registrino le operazioni più importanti, segnalino eventuali operazioni sospette di riciclaggio alla Unità di informazione finanziaria – UIF. La legge istitutiva di questo apparato introduce, a fini amministrativi, una diversa definizione di riciclaggio, in forza della quale può commettere riciclaggio anche l'autore del reato presupposto. Questo provoca, però, una grave incertezza negli operatori. Che senso ha, infatti, segnalare alla UIF il sospetto riciclaggio dell'autore del reato presupposto se quest'ultimo non può essere perseguito per riciclaggio? Ecco, quindi, che l'introduzione dell'autoriciclaggio scioglie queste incertezze».

[7] Numerosi i contributi di dottrina, tra i quali: A. Apollonio, *L'introduzione dell'art. 648-ter.1 c.p. e il superamento del criterio della specialità nel rapporto tra la ricettazione e i delitti di riciclaggio*, in *Cass. Pen*., 2015, n. 7-8, p. 2890; M. Bosi, *In tema di autoriciclaggio per interposta persona (ex art. 48 c.p.)*, in *Riv. Pen*., 2013, p. 513; R. Bricchetti, *Così l'autoriciclaggio entra a far parte del codice penale*, in *Guida al Diritto*, 2015, n. 4, p. 45; D. Brunelli, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, n. 1, p. 86; F. Consulich, *La norma penale doppia – ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2015, n. 1-2, p. 55; A. D'Avirro, M. Giglioli, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Diritto Penale e processo*, 2015, n. 2, p. 135; A. M. dell'Osso, *Il reato di Autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 2015, n. 2, p. 797; A. Lanzi, *L'autoriciclaggio e la necessità di un intervento di "razionalizzazione" da parte della giurisprudenza*, in *Indice pen*., 2015, n. 1-2, p. 1; F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *www.penalecontemporaneo*.it, 2015, n. 1, p. 108; M. Naddeo, *Autoriciclaggio: i compromessi di un difficile inquadramento sistematico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2016, n. 3-4, p. 687; A. Rossi, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, n. 1, p. 124; L. Troyer, S. Cavallini, *Privilegio di autoriciclaggio e autore "mediato": in (non fremente) attesa di futuribili modifiche legislative, dalla Suprema Corte un accorato richiamo al rispetto del principio di legalità*, in *Riv. Dott. Comm*., 2014, n. 1, p. 157; L. Troyer, S. Cavallini, *La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio di self-laundering: note sparse a margine di ricorrenti, astratti furori del legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, n. 2, p. 49; F. Sgubbi, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, n. 1, p. 137; R.M. Vadalà, *L'autoriciclaggio e la soluzione italiana nella recente riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2015, n. 3, p. 711; C. Visconti, *Riciclaggio e auto-riciclaggio*, in *Riv. It. Dir. Pen. e Proc*., 2014, n. 2, p. 684.

[8] Cfr. Cass. pen., sez. II, 14 luglio 2016, n. 33074, Rv. 267459: «*Non integra il delitto di autoriciclaggio il versamento del profitto di furto su conto corrente o su carta di credito prepagata, intestati allo stesso autore del reato presupposto*. (In motivazione, la Corte ha osservato che tale deposito non può considerarsi, secondo le indicazioni rispettivamente fornite dall'art. 2082 cod. civ. e dall'art. 106 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, come attività "economica" o "finanziaria", e non costituisce comunque, a mente dell'art. 648-ter.1 cod. pen., attività idonea ad occultare la provenienza delittuosa del denaro oggetto di profitto)»; Cass. pen., sez. II, 18 dicembre 2015, n. 49958: il Tribunale del riesame di Trieste rigettava la richiesta di riesame presentata

File riservato ad esclusivo fine di studio

2. I punti critici e gli obiettivi mancati: il paradosso del godimento personale

Voglio porre l'attenzione, ora, sulla curiosa clausola inserita al comma quarto che prevede l'esclusione della punibilità nel caso di mera utilizzazione o godimento personale.

Invero, chi impiega il denaro, i beni o le altre utilità provenienti da delitto non colposo in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative sarà sempre punito, anche qualora destini il ricavato del crimine all'utilizzazione o al godimento personale. Appare dunque evidente un particolare paradosso: il piacere individuale, l'egoistico sfruttamento dell'illecito provento, finiscono per essere premiati e considerati leciti, sempre che non si registri di base un impiego in attività economiche potenzialmente produttive[9].

Non sfuggirà, tuttavia, un'ulteriore considerazione relativa alla circostanza, evidenziata in dottrina, secondo cui «le ipotesi descritte dal quarto comma non possono che essere *ex se* estranee a quelle definite dai primi tre commi: se ora si osserva il contenuto semantico della proposizione nella quale consiste la clausola del quarto comma, è di immediata evidenza riconoscere che essa allude a condotte che sarebbero state comunque irriducibili alla figura tipica dell'autoriciclaggio, intesa come re-immissione nel circuito legale di beni di provenienza delittuosa attraverso modalità ostacolative di tale provenienza»[10].

Resta comunque da rilevare che la causa di non punibilità di cui al quarto comma dell'art. 648 *ter*. 1, c.p. appare in linea con la *ratio* sottesa all'intera disciplina, posta al fine di evitare che la disponibilità di ingenti risorse a costi inferiori rispetto a quelli dei capitali leciti consenta alle imprese criminali di raggiungere posizioni di vantaggio sul mercato[11].

Un precedente di merito, di poco successivo all'entrata in vigore del *novum* normativo, ha esplicitato un principio che pare sia stato recepito dalla giurisprudenza, ovvero l'inversione dell'onere della prova per l'operatività della clausola di non punibilità di cui al quarto comma, accollando all'autoriciclatore, quindi,

confermando il decreto di sequestro preventivo di un'autovettura nonché della somma di Euro 262.390,00 emesso dal GIP del Tribunale della stessa città in relazione ad alcuni reati di cui al d. lgs. n. 74/2000, nonché art. 648 *ter* c.p., o in alternativa art. 648 *bis* c.p. «Deve rilevarsi che il Tribunale del riesame ha ampiamente esaminato le doglianze difensive, evidenziando che la condotta, oltre all'ipotizzato reato tributario, integra anche il fumus del riciclaggio o dell'autoriciclaggio, a seconda che il precedente trasferimento in Croazia fosse stato operato da terzi o dallo stesso indagato: a tal proposito, gli elementi raccolti dal P.M. inducono a ritenere l'indagato responsabile in prima persona del reato di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11 e quindi la concorrente configurabilità dell'autoriciclaggio (che non reca alcuna clausola di riserva, e la cui configurabilità non è quindi ostacolata dall'essere l'indagato autore del reato presupposto)».

[9] Si veda Sgubbi, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, cit., p. 138 ss.

[10] Testualmente, Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., pp. 120-121.

[11] Così Rinaldini, *L'introduzione del delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 146.

File riservato ad esclusivo fine di studio

la dimostrazione della finalizzazione della ricchezza illecita, derivante dal reato presupposto, nei binari della sfera personale[12].

Una prova che per l'imputato può essere di difficile accertamento[13].

In realtà, è stato osservato come l'art. 648 *ter*. 1, c.p. comporti una generale inversione dell'onere della prova, perché, al di là dell'ipotesi prevista dal quarto comma, appare in ogni caso presumibile che una volta provata la commissione di un delitto produttivo di ricchezza illecita da parte del medesimo soggetto «accusato» dell'investimento di una certa ricchezza, ricadrà in capo all'agente dimostrare che il denaro utilizzato per la realizzazione dell'attività imprenditoriale, economica o speculativa sia «pulito» piuttosto che derivante dal delitto presupposto[14].

Ritengo inoltre che la creazione dell'autoriciclaggio rappresenti un'occasione sprecata per il legislatore per assicurare alle fattispecie di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p. un'unità di sistema, una maggiore e più penetrante organicità, soprattutto in relazione alle finalità politico-criminali che ispirano la materia.

[12] GIP Tribunale di Arezzo, 17 luglio 2015, n. 278: «*Risulta dagli atti in modo pressoché pacifico che nell'anno 2015 essi hanno realizzato condotte di impiego in attività economiche del denaro proveniente dalla commissione, da loro posta in essere, dei delitti tributari e del delitto associativo sopra descritti con concreto ostacolo all'identificazione della sua provenienza delittuosa consistito nell'operare in modo formalmente corretto con il fatturare e bonificare le operazioni effettuate dalle società cartiere salvo poi fare uscire immediatamente le somme dai conti delle stesse per nuove operazioni. Inoltre, ferma restando la clausola di sussidiarietà di cui al comma 4 dell'art. 648 ter.1 c.p. nessuno dei giudicabili ha assolto l'onere di provare la destinazione del denaro alla mera utilizzazione o al godimento personale, onere che, stante il tenore letterale della disposizione di legge e con interpretazione sistematica della norma di nuovo conio, grava senz'altro sull'imputato e non sul p.m.*».

[13] Cfr. Cavallini, Troyer: «il punto non è tanto la finalità che si prefigge l'agente movimentando il provento illecito, quanto l'obiettivo utilizzo che di quest'ultimo viene fatto. D'altro canto, anche la lettura analitica non può attrarre condotte reiterate per un tempo indefinito: per segnare il confine potrebbero essere valorizzati come limite d'espansione, *mutatis mutandis*, i criteri individuati dalla dottrina per considerare una pluralità di atti come un'unica condotta, ovvero la contestualità e l'omogeneità offensiva degli atti stessi. Resta, invece, la difficoltà sul piano probatorio nel concretizzare la portata dell'onere (di allegazione) incombente sull'imputato, che si difenda asserendo la finalità ultima di godimento della sua complessiva condotta», in *Apocalittici o integrati? il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, cit., p. 103. Secondo A. Manna, invece «la clausola non solo appare dogmaticamente non fondata ma presenta anche dei profili di illegittimità costituzionale. Le condotte sono temporalmente e sostanzialmente distinte dal delitto presupposto per cui non può trattarsi né di un post factum non punibile né, tanto meno, della violazione del principio del ne bis in idem sostanziale; anzi proprio l'utilizzazione o il godimento personale del bene può servire non solo a nascondere i proventi all'autorità di polizia ma, soprattutto, a consentire l'immissione nel mercato legale di flussi di denaro sporco. Per queste ragioni si profilano ipotesi di illegittimità costituzionale con riferimento al contrasto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza», in *La nuova fattispecie di autoriciclaggio (art. 648 ter. 1 c.p.): problemi esegetici e profili di costituzionalità*, in *Trattato di Diritto Penale (parte generale e speciale) – Riforme 2008-2015*, Utet, Torino 2015, p. 950.

[14] Cfr. Gullo, *Autoriciclaggio,* cit., p. 9.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Si sarebbe, infatti, potuto riformulare l'art. 648 *ter* c.p. in chiave proattiva. È noto che il delitto di reimpiego trova scarsa applicazione giurisprudenziale in ragione dell'operatività della clausola di sussidiarietà con cui si apre: trattandosi di un *posterius* rispetto al riciclaggio, fintantoché si configurerà quest'ultimo reato, non potrà contestarsi il reimpiego.

Ebbene, ciò rappresenta una nota stonata se si pensa alla *ratio* di tutela; infatti, se si vuole punire, poiché lo si considera pericoloso, l'aspetto concernente l'inquinamento, attraverso la ricchezza sporca, del circuito legale dell'economia, si dovrebbe conferire allora uno spazio operativo autonomo e indipendente dal riciclaggio. In tale ottica, restringere l'ambito del delitto presupposto, oggi genericamente inteso come «delitto non colposo», attraverso una mirata tipizzazione del catalogo dei reati, consentirebbe una fisionomia più appropriata del reimpiego.

Vi è inoltre una distinzione, o disfunzione, tra gli artt. 648 *bis*, 648 *ter* e 648 *ter*. 1, c.p. L'elencazione che si legge nell'art. 648 *ter*. 1, c.p., ovvero l'impiego, il trasferimento, la sostituzione in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative (ben quattro approdi dinamici della condotta tipica) non si ritrova nell'art. 648 *ter* c.p., che racchiude le sole attività economiche o finanziarie.

Ragionando in termini molto semplici se non addirittura banali: la specificazione delle attività imprenditoriali o speculative nell'autoriciclaggio, che non si ritrovano nel reimpiego, è un'inutile superfetazione o il legislatore ha voluto ricomprendere qualcosa che non concerne il secondo reato? Esiste un'attività speculativa che non sia un'attività economica o finanziaria, oppure quel perimetro generale delle attività economico-finanziarie di cui all'art. 648 *ter* c.p., ingloba, in fatto, anche le attività imprenditoriali o speculative?

In ogni caso, se da un lato è evidente l'asimmetria, dall'altro va comunque evidenziato come la condotta di autoriciclaggio disegnata dal legislatore presenti aspetti di parziale rottura rispetto al passato, «nel segno di una revisione selettiva dell'altrimenti sconfinato orizzonte di tipicità penale dell'art. 648 *bis* c.p.»[15].

Invero, nell'elenco tassativo delle condotte punibili di cui alla nuova fattispecie di reato scompaiono le «altre operazioni», così innalzandosi il complessivo tasso di determinatezza della formulazione normativa e decretandosi, soprattutto, la specialità rispetto all'ipotesi originaria di riciclaggio.

Ulteriore profilo di non poco rilievo è l'utilizzo nell'ambito dell'art. 648 *ter*. 1, c.p. dell'avverbio «concretamente», in relazione al fine di ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dell'oggetto materiale del reato, così ancorandosi l'offesa penalmente tipizzata al livello del pericolo concreto, con la

[15] Cavallini, Troyer, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, cit., p. 98.

File riservato ad esclusivo fine di studio

conseguente imposizione di un rigido controllo della reale capacità ostacolatrice delle condotte poste in essere.

Se volessimo scomporre la tipicità dell'autoriciclaggio in termini di coerenza logica troveremmo una norma costruita come eccezione a un principio generale, ossia quello del «beneficio dell'autoriciclaggio», il quale resta ancora ben impresso e immutato, segnando l'*incipit* dei precedenti artt. 648 *bis* e *ter* c.p. E allora viene immediatamente da chiedersi: non era più semplice eliminare la clausola «fuori dei casi di cui agli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p.» e quindi, automaticamente, introdurre la fattispecie di autoriciclaggio che non beneficiava più di una clausola limitativa?

Non è tutto. L'autoriciclaggio, infatti, funziona, per come è costruito, come eccezione al sistema. Il principio generale resta quello in base al quale l'autoriciclatore non è punibile, ma lo diventa per effetto dell'art. 648 *ter*. 1, c.p. (eccezione alla regola), ma ancora torna a essere non punibile ai sensi del comma 4 della medesima disposizione (eccezione dell'eccezione), ripristinando la regola generale.

Dal punto di vista della logica il tutto è emblematico, difficilmente potendosi recuperare un denominatore comune.

Una domanda resta invariata: è giusto punire l'autoriciclatore? Quali effetti devono attendersi da tale incriminazione? Non credo siano insuperabili quelle obiezioni alla punibilità basate sui principi del *post factum* non punibile e del *ne bis in idem*. Ciò a patto di essere consapevoli e restare coerenti con le premesse, ossia la volontà di punire un *quid pluris*, consistente nel fatto che le ricchezze provenienti da un reato presupposto inquinano l'economia legale e provocano una distorsione della concorrenza.

Se questo è l'obiettivo di politica criminale, oggettivamente giustificabile, la nota modale che si legge nel comma primo dell'art. 648 *ter*. 1, c.p. «in modo da ostacolare concretamente l'individuazione della provenienza illecita», con il rafforzamento dell'idoneità decettiva rappresentata dall'avverbio «concretamente», assente nell'impianto classico del riciclaggio, appare disallineata con il perseguimento delle suddette finalità, poiché sembra piuttosto strizzare l'occhio verso la tutela dell'amministrazione della giustizia[16]. Non è infatti penalmente rilevante di per sé la condotta dell'immissione di denaro di provenienza illecita nel circuito dell'economia sana, ma le modalità nelle quali effettivamente si articola. Ne esce dunque un ibrido, di non agevole interpretazione.

[16] L'aggiunta dell'avverbio «concretamente», oltre a pretendere accertamenti in termini oggettivi, impone all'interprete un'esegesi rigorosa, attribuente al termine «ostacolare» la pienezza del suo valore semantico.

File riservato ad esclusivo fine di studio

3. Il futuro applicativo

È difficile prevedere il futuro della norma, al banco di prova giurisprudenziale. La sentenza sopra richiamata del GIP Tribunale di Arezzo ha ritenuto che l'ostacolo concreto fosse configurabile nel trasferimento della ricchezza illecita da un conto corrente a un altro, con conseguente evaporazione dell'avverbio «concretamente». È noto che la giurisprudenza ha qualificato tale condotta integrante l'art. 648 *bis* c.p., ma ciò è avvenuto in funzione di quell'ostacolo generico all'identificazione[17]. Nel momento in cui, invece, deve valutarsi la sussistenza di un fatto che «concretamente» impedisca di far luce sulla situazione pregressa, una lettura simile finisce per disapplicare il rafforzamento dell'idoneità decettiva, traslando acriticamente l'orientamento della Corte di Cassazione formatosi rispetto a una differente fattispecie e dagli scopi diversi.

Se si pensa alle ragioni evidenziate durante i lavori parlamentari, e cioè la necessità di utilizzare lo strumento ablatorio quale efficace forma di contrasto, se il fine è dunque la confisca della ricchezza illecita, allora l'obiettivo può dirsi perseguito già attraverso l'incriminazione del reato a monte; quel prezzo, provento o profitto sarà sequestrato e confiscato, sicché non si vede la necessità di introdurre un «doppione». Tra l'altro il nostro sistema può fare affidamento anche sulle misure di prevenzione. Ecco perché l'incriminazione dell'autoriciclaggio sposta l'accento sull'aspetto dinamico successivo dell'ingresso della ricchezza sporca nei circuiti legali.

Quali allora le reali intenzioni sottese al nuovo delitto da parte di un «Legislatore», entità sempre più metafisica, saldamente ancorata a canali di manipolazione del consenso e di politiche elettorali?

Peraltro, il problema dello sdoppiamento repressivo si manifesta in modo evidente con riguardo alla categoria dei reati tributari.

Sul punto, è ormai dato acquisito per costante giurisprudenza in tema di riciclaggio che anche i delitti fiscali sono idonei a fungere da delitto presupposto, in ragione del fatto che tra le «altre utilità» è possibile «ricomprendere anche il risparmio di spesa che l'agente ottiene evitando di pagare le imposte dovute, poiché esso produce un mancato decremento del patrimonio che si concretizza in una utilità di natura economica»[18].

Orbene, partendo dal presupposto che la riforma ha inserito l'autoriciclaggio nel novero dei reati per i quali è prevista la confisca anche per equivalente *ex* art. 648 *quater* c.p., e che tale tipo di confisca è applicabile anche al risparmio

[17] Cass. pen., sez. II, 22 ottobre 2014, n. 43881: il reato di riciclaggio consiste in «*qualsiasi prelievo o trasferimento di fondi successivo a precedenti versamenti nonché dal mero trasferimento di denaro di provenienza delittuosa da un conto corrente bancario ad un altro diversamente intestato, ed acceso presso un differente istituto di credito*».

[18] Cass. pen., sez. II, 15 febbraio 2012, n. 6061.

File riservato ad esclusivo fine di studio

d'imposta generato dal reato fiscale, attualmente l'evasore andrà incontro a confisca per equivalente tanto del risparmio d'imposta quanto anche dell'eventuale provento derivante dall'immissione dello stesso nel circuito economico, con le naturali imponenti difficoltà probatorie che ne derivano in ragione della confusione del risparmio d'imposta nel generale patrimonio dell'autore del reato[19].

È sintomatico, inoltre, il contesto nel quale nasce l'autoriciclaggio, per comprendere quale sarà la portata applicativa futura, ossia la «*voluntary disclousure*», in definitiva l'obiettivo di «far cassa»[20]. La lotta all'evasione fiscale si combatte non solo, allora, con i reati tributari, ma anche con l'incriminazione del riciclatore e dell'autoriciclatore. Ne deriva la considerazione che se il fenomeno del riciclaggio si è fino a qualche tempo fa manifestato nei territori contigui della criminalità organizzata, oggi trova il suo *pendant* nell'evasione fiscale. Ma la ricchezza illecita sarà difficile da individuare e da valutare come qualcosa che può essere messo a frutto, mancando una reale implementazione del patrimonio del reo.

Una riflessione merita il tipo criminologico dell'autoriciclatore. La condotta di quest'ultimo è punita meno severamente rispetto a chi reimpiega, ai sensi dell'art. 648 *ter* c.p. Credo che non sia una scelta sbagliata. Facendo un esempio banale, se ho una macchia sulla camicia posso decidere di portarla in lavanderia o di lavarla a casa con metodi artigianali. Sono condotte riciclatorie entrambe, ma con una diversa intensità. Certamente la prima presenta una maggiore gravità perché ci si affida a un professionista che sarà in grado di realizzare una più fine opera di ripulitura, giustificando quindi una pena maggiore.

Quid per l'ipotesi di «concorso in autoriciclaggio»? Qual è la sanzione da applicare a chi, pur non avendo partecipato alla commissione del delitto generatore della ricchezza illecita, contribuisca alla sua ripulitura? Secondo la prevalente dottrina, l'autoriciclaggio è un reato proprio[21], in quanto la condotta tipica può essere realizzata solo da colui che abbia commesso o concorso a commettere il delitto non colposo dal quale provengono i beni oggetto del delitto di autoriciclaggio. Da tale constatazione discende la necessaria applicazione del disposto dell'art. 117 c.p., per cui il concorrente vedrebbe applicata nei suoi confronti la

[19] Sul punto, *amplius*, G. Gambogi, *Riciclaggio e autoriciclaggio: rapporto con i reati fiscali*, Ipsoa, Milano 2015, p. 66 ss.

[20] «In altre parole e semplificando, l'auspicata riemersione di capitali provento di evasione, detenuti sia in Italia che all'estero, è stata perseguita minacciando il contribuente infedele di penalizzare [...] i movimenti che tali capitali avrebbero in seguito compiuto e permettendogli uno scudo penale con la cd. *voluntary disclosure* per il caso in cui si autodenunciasse: l'autoriciclaggio è il bastone, lo scudo penale è la carota, il fine è far cassa». Testualmente, Cavallini, Troyer, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, cit., p. 107.

[21] Sul punto, Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 119 ss.; *contra*, Gambogi, *Riciclaggio e autoriciclaggio: rapporto con i reati fiscali*, cit., p. 58.

File riservato ad esclusivo fine di studio

pena (più mite) prevista per l'autoriciclaggio, piuttosto che quella (più severa) di cui al riciclaggio. Il che, è chiaro, finirebbe per integrare una circostanza non in linea con la *ratio* della norma. D'altro canto, è stato sostenuto, sul presupposto che il delitto previsto dall'art. 648 *ter.* 1, c.p. rientrerebbe in un sottoinsieme minore rispetto a quello costituito dagli artt. 648 *bis* e *ter* c.p., che «la condotta di colui che non avendo concorso al delitto-presupposto, fornisce un contributo causale all'autoriciclatore non integrerà una fattispecie di concorso *ex* art. 117 c.p. dando bensì luogo – sussistendone i requisiti – ad un'ipotesi di riciclaggio (ovvero di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita)» [22].

Dubbi sorgono anche circa la concreta perimetrazione di quelle attività qualificabili come speculative e finanziarie, costituenti lo sbocco delle condotte di impiego, sostituzione e trasferimento di cui al comma primo dell'art. 648 ter. 1, c.p. (ad esempio ci si può chiedere se costituisca attività speculativa il gioco del lotto).

Ancora: se 100 euro sono il denaro proveniente da una vincita clandestina e l'importo viene utilizzato in una giocata a totocalcio, l'autoriciclatore risponderà del reato di cui all'art. 648 *ter.* 1, c.p., restando inattiva la clausola di non punibilità del godimento personale di cui al comma 4. E se la stessa somma viene giocata insieme a un terzo, consapevole dell'origine del denaro, quest'ultimo risponderà in concorso.

Inoltre, se l'autoriciclatore vince e continua a giocare, sarà configurabile un autoriciclaggio da autoriciclaggio[23]. Mi sembra un risultato troppo severo in relazione alla portata offensiva della condotta, pensata per inseguire il flusso di ingenti capitali illeciti.

4. Delitto di autoriciclaggio e responsabilità dell'ente

L'introduzione nel nostro ordinamento del delitto di autoriciclaggio ha comportato modifiche anche in relazione alla responsabilità degli enti da reato, mediante l'inserimento all'interno del d. lgs. n. 231/2001 dell'art. 25 *octies* «Ri-

[22] Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 120.

[23] Un ulteriore «effetto perverso», dal momento che ogni impiego di denaro darà luogo a *Selflaundering*, e così via, fino a che gli investimenti non siano in perdita per l'agente, o che lo stesso non decida di spenderli per godimento personale. Secondo Sgubbi: «L'autoriciclaggio funge così da delitto presupposto dell'autoriciclaggio. Anche il versamento in un conto corrente del danaro proveniente da un delitto tributario costituisce autoriciclaggio; lo stesso dicasi per un investimento in strumenti finanziari. Il versamento in conto delle plusvalenze derivanti da tali operazioni sarà una nuova ipotesi di autoriciclaggio. La metafora degli specchi paralleli che riproducono l'immagine all'infinito mi pare appropriata: qui però non è in gioco la moltiplicazione virtuale della figura, bensì la moltiplicazione reale del delitto. Con tutti gli effetti concernenti le consequenziali confische e le responsabilità degli enti ai sensi del decreto legislativo 231/2001», in *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa,* cit., p. 140.

File riservato ad esclusivo fine di studio

cettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio»[24].

L'indeterminatezza della formula «delitto non colposo», quale presupposto alla realizzazione della fattispecie di cui all'art. 648 *ter*. 1, c.p., sembrerebbe rendere l'elenco dei reati di cui l'ente è responsabile non più tassativo, bensì un catalogo aperto.

Ragion per cui dovrebbe ritenersi, per ovviare a tale pericolo, che la responsabilità degli enti da autoriciclaggio sorga unicamente nell'ipotesi in cui il *predicate crime* rientri nel *numerus clausus* previsto dal d. lgs. n. 231/2001[25].

A ciò si aggiunga un ulteriore dubbio: affinché possa parlarsi di «autoriciclaggio dell'ente», è necessario che la coincidenza soggettiva riguardi unicamente l'ente o anche l'autore materiale della condotta?[26]

A favore della prima opzione (secondo cui occorrerebbe esclusivamente l'interesse o vantaggio dell'ente presenti tanto nel delitto presupposto quanto nella ripulitura) sembrerebbe potersi richiamare l'art. 8, co. 1, lett. *a*) d. lgs. n. 231/2001, il quale ammette la sussistenza della responsabilità in capo all'ente pur quando l'autore del reato non sia imputabile o comunque non sia stato identificato.

Difficoltà non minori sorgono in relazione alla clausola di non punibilità prevista dal quarto comma dell'art. 648 *ter*. 1, c.p., in quanto «essa deve essere interpretata facendo leva sulla organizzazione dell'ente, ragion per cui per utilità destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale devono intendersi quelle che sono state utilizzate per implementare e migliorare l'assetto organizzativo dell'ente, senza che ciò abbia conseguenze esterne sull'economia

[24] «1. In relazione ai reati di cui agli articoli 648, 648 *bis*, 648 ter e 648 *ter*. 1, c.p., si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote. Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni si applica la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote. 2. Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a due anni. 3. In relazione agli illeciti di cui ai commi 1 e 2, il Ministero della giustizia, sentito il parere dell'UIF, formula le osservazioni di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231».

[25] Della stessa opinione, R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta… o forse mai esistita*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 marzo 2016, p. 20, e Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 122 ss.

[26] Secondo A. Rossi, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, n. 1, p. 134, «il soggetto attivo – persona fisica oltre ad essere ovviamente lo stesso autore, in esecuzione soggettiva od in concorso eventuale di persone, del reato a monte strumentalmente collegato e produttivo delle utilità economicamente rilevanti/oggetto materiale dell'autoriciclaggio, dovrà aver perfezionato detto reato nel prevalente o concorrente interesse od a vantaggio dell'ente ed essere anche soggetto (od uno dei soggetti concorrenti) già inserito nella stessa persona giuridica».

File riservato ad esclusivo fine di studio

pubblica»[27].

Non da ultimo, nell'ambito dell'art. 25 *octies* d. lgs. n. 231/2001 non vi è alcun riferimento all'aggravante, pur prevista dall'art. 648 *ter*. 1, c.p., dell'aver commesso il fatto «nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale», il che sembrerebbe deporre per la natura implicita dell'esercizio di tali attività da parte dell'ente.

5. Conclusioni

La questione dell'«effetto moltiplicatore» dell'autoriciclaggio è certamente aperta. Tant'è vero che, laddove taluni Autori hanno problematicamente criticato tale «pericolo» insito nella lettura dell'art. 648 *ter*. 1, c.p., altri hanno ritenuto invece che la duplicazione o triplicazione del delitto di autoriciclaggio dipenderebbe da una libera decisione del soggetto attivo di ripulire i proventi realizzati mediante un suo precedente illecito[28].

In fin dei conti, l'autoriciclaggio ha una sfera applicativa altrettanto estesa da rischiare di trasformarsi in un attributo di ogni reato patrimoniale presente nell'ordinamento. Meglio sarebbe stato quantomeno escludere esplicitamente la possibilità che l'autoriciclaggio fungesse da presupposto di ulteriore autoriciclaggio[29]. Peraltro, la negazione dell'effetto moltiplicatore sembrerebbe rispondere a una regola logica secondo cui, una volta (auto)«riciclato» il provento derivante da illecito, questo diventa «pulito», pertanto non più «riciclabile».

Perplessità sorgono anche in relazione all'*incipit* del già menzionato comma 4 dell'art. 648 *ter*. 1 c.p., eccezione all'eccezione, nell'affermare «fuori dei casi di cui ai commi precedenti»: se si fosse scritto «nei casi di cui ai commi precedenti», avrebbe avuto un senso l'esclusione della punibilità per uso o godimento personale in qualsiasi precondizione di partenza.

Poco chiaro nel suo reale significato appare infine l'aggettivo «mera» che precede «utilizzazione»: l'uso di termini così poco afferrabili sul piano empirico, quasi da registro poetico, è pericoloso e andrebbe evitato. E lo stesso vale per il successivo «personale» riferito al «godimento»: deve intendersi come prevalente o esclusivo? Legato indissolubilmente alla persona fisica o anche alla comunità alla quale appartiene, ossia la famiglia? Se con i proventi da reato si acquista un immobile, l'autoriciclatore andrà esente da pena se ne gode in modo

[27] Così Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta… o forse mai esistita*, cit., p. 20.

[28] Sul punto, Gambogi, *Riciclaggio e autoriciclaggio: rapporto con i reati fiscali*, cit,. p. 66.

[29] «Se il legislatore si fosse orientato verso una (forse opportuna) premeditata selezione dei possibili reati a monte strumentali e "generatori" dell'autoriciclaggio, con esclusione nella seriazione appunto dell'autoriciclaggio, la problematica qui affrontata non avrebbe trovato occasione», Rossi, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici,* cit., p. 129.

File riservato ad esclusivo fine di studio

solitario; ma se ci abita con la famiglia? Oppure se con i proventi di una rapina non si limita ad acquistare una imbarcazione di lusso per andare a pesca da solo, ma organizza una vacanza con la famiglia, potrà o meno godere della clausola di non punibilità?

È evidente la necessità di fare chiarezza e lo sforzo di razionalizzazione va compiuto tenendo presente ciò che realmente si vuole punire; perseguire non ogni velleità, ma solo il flusso di ricchezza sporca che contamina l'economia legale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Antonio Gullo

Autoriciclaggio e reati tributari

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il precedente del riciclaggio: dalle tesi restrittive… – 3. … all'affermazione delle posizioni estensive. – 4. Le due concezioni a confronto: superare l'impostazione tradizionale? – 5. L'irruzione sulla scena del delitto di autoriciclaggio. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Il tema che mi è stato affidato – quello dei rapporti tra autoriciclaggio e reati tributari – è indubbiamente spinoso; non che si tratti di tema nuovo, potendosi esso giovare dell'esteso dibattito in dottrina e giurisprudenza sul versante, speculare, del delitto di riciclaggio. Ma è proprio la diversità di vedute che si è registrata nel tempo rispetto all'art. 648 *bis* c.p. e, come avrò modo di evidenziare, il mutamento di indirizzo determinatosi a livello giurisprudenziale – dove si è passati da un approccio restrittivo a una lettura decisamente estensiva –, in una con il *trend* andatosi delineando sul fronte degli strumenti normativi sovranazionali, a testimoniare la problematicità della questione.

Il vero nodo centrale è rappresentato, come noto, dalla possibilità di ritenere integrato il delitto di riciclaggio nell'ipotesi in cui oggetto di sostituzione o trasferimento sia il risparmio d'imposta generato dal delitto fiscale. E a questo riguardo il riferimento normativo fondamentale è costituito dall'espressione «*provenienti da delitto non colposo*» che connota il denaro, i beni o le altre utilità interessati poi dalle successive condotte di «ripulitura» o impiego.

A contendersi il campo sappiamo bene essere due opposte letture: una prima lettura diretta a conservare alla formulazione normativa una certa valenza tipizzante, esigendosi pertanto un preciso legame tra beni, denaro, utilità e delitto

File riservato ad esclusivo fine di studio

a monte[1]; una seconda, volta per contro a privilegiare una interpretazione che valorizzi piuttosto la scelta normativa di sganciare il riciclaggio da un nucleo di delitti nominati presupposto, cosicché debba essere la nozione di provenienza a piegarsi alle scelte di politica criminale compiute dal legislatore[2].

Riserverò pertanto la mia attenzione a questo profilo, che chiama in causa in via del tutto prevalente i reati in materia di dichiarazione e che rappresenta a ben vedere l'ultima frontiera del riciclaggio rispetto ai delitti tributari, non mancando, infatti, avuto riguardo ad altre ipotesi criminose, una differenza di posizione tra gli stessi sostenitori della linea ermeneutica sopra per prima richiamata[3].

In questo viaggio seguirò un ordine strettamente temporale, tenuto conto che – ricordavo prima questo aspetto – negli ultimi quindici anni è significativamente mutato lo scenario che si apre agli occhi di un osservatore del fenomeno di cui si tratta.

Spostiamo dunque indietro le lancette del tempo.

2. Il precedente del riciclaggio: dalle tesi restrittive...

Il tema della compatibilità tra riciclaggio e reati tributari si inizia naturalmente a porre a seguito del progressivo ampliamento della fattispecie criminosa qui in rilievo.

L'intera vicenda normativa del riciclaggio è d'altronde segnata da un affievolimento del legame con il delitto presupposto. Si passa, come noto, da una figura nata come reato ostacolo di gravi delitti, nel quadro di una strategia più che altro orientata a rafforzare la deterrenza nei confronti di allarmanti manifestazioni criminose, a uno strumento versatile di contrasto della criminalità economica. Da qui l'estensione, in una prima fase, del novero dei delitti presup-

[1] V., in particolare, M. Zanchetti, voce *Riciclaggio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino 1997, p. 211; Id., *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, Milano 1997, p. 408 ss.

[2] In questi termini si esprime F. D'Arcangelo, *Frode fiscale e riciclaggio*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, p. 334. Per ulteriori riferimenti bibliografici v. *infra* note 22-24.

[3] Consistente è infatti l'indirizzo che tende a privilegiare un'analisi casistica: così, tra gli altri, S. Giavazzi, *I reati societari e fiscali quali reati-presupposto del riciclaggio*, in *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, a cura di S. Giavazzi e N. Arnone, Vita e pensiero, Milano 2011, p. 108 ss., che ritiene configurabile il riciclaggio rispetto ai reati fiscali finalizzati all'indebito rimborso o di omesso versamento di quanto dovuto all'erario; I. Caraccioli, *Il riciclaggio di denaro proveniente da frode fiscale*, in *www.odcec.torino.it/public/elaborati/to21.doc*, p. 1 ss., il quale fa l'esempio della «vendita» di fatture false da parte di impresa «cartiera», della dichiarazione fraudolenta IVA che provoca un indebito rimborso e dell'«indebita compensazione» *ex* art. 10 *quater* d. lgs. n. 74 del 2000. Privilegiano altresì un siffatto approccio al tema A.R. Castaldo, M. Naddeo, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, CEDAM, Padova 2010, p. 163.

File riservato ad esclusivo fine di studio

posto, a dire il vero sempre riferito a ipotesi di rilevante impatto, e del punto di incidenza della condotta – accanto al denaro e ai beni, fa la sua apparizione il richiamo alle utilità di provenienza delittuosa –, sino a giungere all'assetto a noi familiare fondato sul progressivo ampliamento dei comportamenti incriminati – dalla sostituzione al trasferimento, alla clausola di chiusura delle altre operazioni – e sul riferimento al delitto non colposo quale fonte del denaro *etc.*[4], certo non in grado di assolvere a una funzione selettiva sul piano della tipologia criminosa ma pur sempre tale da non fare ritenere sufficiente, almeno sulla carta, la sola prova della generica provenienza illecita dell'oggetto del riciclaggio.

L'indistinto orizzonte, quanto ai delitti a monte, così determinatosi ha dato il via alla riflessione circa la configurabilità del riciclaggio in relazione al risparmio di imposta originato dal reato fiscale.

In questa fase non vi è peraltro alcun chiaro indice a livello europeo nel senso dell'inclusione dei proventi da reato fiscale nel perimetro del riciclaggio. Anzi, si sottolineava come la definizione di «provento» come «ogni vantaggio economico derivato da reati» di cui alla Convenzione di Strasburgo del 2000 – significativamente riguardante tanto il riciclaggio quanto la confisca, a certificare un legame tra le due figure – fosse, pur riconoscendosene l'estrema vaghezza, «in qualche modo suggestiva di un vantaggio conseguito dal reo attraverso il reato, e non di un danno evitato»[5]. E, sulla stessa scia, vi erano voci inclini a evidenziare come una lettura tanto della nozione di provento, quanto di quella di reato presupposto – quest'ultima contenuta nella lett. *e*) dell'art. 1 della menzionata Convenzione e diretta a valorizzare l'utilizzo del verbo «formare» nella definizione ivi adoperata – dovesse condurre a ritenere, in combinato con il termine «provenienza» di cui all'art. 648 *bis* c.p., che il «provento» andasse «inteso quale vantaggio economico che si forma *ex novo*, o che determina un accrescimento nel patrimonio del responsabile del crimine»[6].

Tutt'al più si poteva rilevare come l'Azione comune del 3 dicembre 1998 del Consiglio dell'Unione europea n. 98/699 GAI, si limitasse all'art. 1, co. 1, a lasciare impregiudicate le riserve fatte a proposito della confisca dei proventi derivanti dai reati punibili ai sensi della legislazione fiscale[7].

[4] Per una ricostruzione dell'evoluzione della normativa in materia v. Zanchetti, voce *Riciclaggio*, cit., 204 ss.; M. Angelini, voce *Riciclaggio*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, tomo. II, N-Z, Torino 2006, p. 1392 ss.; V. Manes, voce *Riciclaggio e reimpiego di capitali illeciti*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, Milano 2006, p. 5229 ss.

[5] Così Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., p. 409.

[6] In questi termini si esprime U. Liguori, *Rapporti tra condotte principali e reato-presupposto: cause di estinzione del reato o della pena, cause di esclusione dell'antigiuridicità, cause di non punibilità o non imputabilità,* Abolitio criminis, *dichiarazione di incostituzionalità*, in *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, a cura di A. Manna, UTET, Torino 2000, p. 104.

[7] V. già S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vivente e proposte di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 238, nota 29, che sembra citare l'Azione comune come indice a favore

File riservato ad esclusivo fine di studio

Sul versante interno, si faceva a sua volta strada un'interpretazione del nesso di provenienza richiesto dall'art. 648 *bis* c.p. in parallelo alla nozione di profitto oggetto della confisca di proprietà *ex* art. 240 c.p.

Non è questa la sede per affrontare la riconducibilità alla nozione di profitto del risparmio di spesa[8] ma è interessante rilevare – a suggello della contiguità tematica sopra segnalata – come le vicende applicative in materia abbiano avuto un indubbio peso sulla originaria posizione (negativa) circa la compatibilità tra riciclaggio e reati tributari.

La nozione di profitto delineatasi in giurisprudenza dalla sentenza *Focarelli* in poi – quale beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, nonché la sua caratteristica di essere evento in senso tecnico del reato, con i conseguenti corollari della necessità di una sua immediata derivazione causale, di un nesso di pertinenzialità diretta con il reato medesimo – ha favorito, come accennavo, una lettura forte del requisito, per alcuni versi, speculare del riciclaggio[9].

Il risultato è stato quello, per un certo tratto, di una ricostruzione in termini unitari della nozione di provento, valevole pertanto sia per la confisca che per il riciclaggio, e connotata dalla esclusione dal suo ambito semantico e contenutistico dei meri risparmi di spesa.

In questo clima si inserisce una, spesso citata, decisione del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano che afferma a chiare lettere la impossibilità di configurare il riciclaggio rispetto ai reati tributari, in ragione in definitiva della mancata individuabilità della natura e consistenza dei proventi illeciti[10]. L'assunto da cui si prendono le mosse è che il reato presupposto del riciclaggio possa essere costituito soltanto dai delitti che provocano un arricchimento evidente e tangibile nella disponibilità dell'autore. Un arricchimento che deve essere fisicamente localizzabile e dunque, come rilevato, «isolabile […] e riconoscibile nel complesso del patrimonio dell'autore»[11], parlandosi a questo riguardo di «identificabilità in senso civilistico» del provento[12].

della ammissibilità del riciclaggio rispetto ai reati tributari. In argomento v., di recente, A.M. Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari: ulteriore espressione di voracità statuale o utile strumento di politica criminale?*, in *Punire l'autoriciclaggio. Come, quando e perché*, a cura di E. Mezzetti, D. Piva, Giappichelli Editore, Torino 2016, p. 102.

[8] V., diffusamente e con specifico riferimento all'autoriciclaggio, Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari*, cit., p. 107. In linea generale sul tema v. V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 717 ss.

[9] V. oltre agli Autori appena citati, C.E. Paliero, F. Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 2015, n. 4, p. 248 ss., nonché la Relazione della Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario – n. 41/14 del 17 giugno 2014.

[10] V. Trib. Milano, Ufficio G.i.p., ord. 19 febbraio 1999, in *Foro ambr.*, 1999, con nota di G. Flora, *Sulla configurabilità del riciclaggio di proventi da frode fiscale*, p. 441 ss.

[11] Così Flora, *Sulla configurabilità*, cit., p. 441.

[12] L'espressione è di Giavazzi, *I reati societari e fiscali*, cit., p. 102.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Ricostruito cursoriamente lo stato del dibattito in materia sino ad alcuni anni addietro, vediamo adesso di volgere lo sguardo in avanti e di avvicinarci ai giorni nostri.

3. …all'affermazione delle posizioni estensive

Il primo segnale di quel mutamento di tendenza al quale ho fatto cenno in avvio è dato dal panorama normativo sovranazionale ma anche interno.

A livello di Unione europea il processo di ampliamento della portata del riciclaggio si era già avuto con le direttive del 2001 e del 2005 in materia di prevenzione del fenomeno criminoso in questione, che avevano segnato una estensione dell'originario (ristretto) nucleo di reati presupposto[13]. Ma il salto di qualità è indubbiamente rappresentato dalle quaranta Raccomandazioni del GAFI del febbraio 2012 e dalla recente Direttiva del 2015 in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, del 20 maggio 2015.

Nella terza raccomandazione del GAFI l'indicazione ai Paesi è chiara non solo nel senso di estendere il riciclaggio a tutti i reati gravi, nella prospettiva di includervi il maggior numero possibile di reati presupposto, ma di ricomprendere altresì, come risulta dall'elenco stilato, i reati fiscali[14].

Nella medesima prospettiva si muove la citata direttiva del 2015 che, dopo aver definito all'art, 3, co. 4, quale attività criminosa «rilevante» ai fini del riciclaggio, «qualsiasi tipo di coinvolgimento criminale nella perpetrazione dei seguenti reati gravi», vi inserisce espressamente i reati fiscali[15].

Anche sul versante della legislazione interna non mancano indicazioni nel senso di, quantomeno, prendere atto della connessione tra riciciclaggio, reimpiego, oggi autoriciclaggio, e reati fiscali. In sede di commento all'introduzione nel nostro sistema del *self laundering* da più parti si è evidenziata la collocazione

[13] Per una articolata ricostruzione dell'evoluzione normativa in sede eurounitaria si rinvia a Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari*, cit., p. 102.

[14] V. p. 115 del documento elaborato dal GAFI consultabile sul sito <http://www.fatf-gafi.org/home/>.

[15] Il riferimento è alla lett. *f)* del comma 4 dell'art. 3 ove si fa menzione di «tutti i reati, compresi i reati fiscali relativi a imposte dirette e indirette, quali specificati nel diritto nazionale, punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati membri il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, tutti i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi». L'aspetto in questione è stato emblematicamente sottolineato da numerosi autori: v., tra gli altri, Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari*, cit., p. 103 ss.; Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa*, cit., p. 735, nota 49; R. Cordeiro Guerra, *Reati fiscali e autoriciclaggio*, in *Rassegna tributaria*, 2016, p. 321.

File riservato ad esclusivo fine di studio

della rilevante modifica normativa in questione all'interno di un provvedimento destinato alla lotta all'evasione fiscale, così come la costruzione delle previsioni di non punibilità, in caso di *voluntary disclosure*, tale da certificare il legame tra condotte di riciclaggio in senso ampio e universo dei reati fiscali[16].

Il terreno era del resto stato ampiamente preparato dalle Istruzioni operative per la segnalazione di operazioni sospette della Banca d'Italia che sin dal lontano 2001 contemplano i reati fiscali tra quelli presupposto del riciclaggio[17].

In questo contesto non sorprende la virata della giurisprudenza – sin lì peraltro poggiante sul singolo precedente sopra richiamato – che ha intrapreso con decisione la via della piena configurabilità del riciclaggio allorché il delitto a monte sia di natura fiscale. La chiave di volta, nel ragionamento sviluppato in ambito applicativo, è rappresentata dalla nozione di utilità che, come ricordavo in avvio, è stata aggiunta dal legislatore nel percorso di interpolazione dell'art. 648 *bis* c.p. – a dire il vero in una fase in cui ancora il riciclaggio era legato a un nucleo ben preciso di delitti tra i quali non figuravano quelli fiscali.

L'estensione del punto di incidenza delle condotte di riciclaggio è valorizzato dai giudici di legittimità proprio nell'ottica di non sottrarre allo spettro applicativo della fattispecie alcun vantaggio illecito. Da qui l'affermazione, cristallizzata in una nota pronuncia della Cassazione del 2012, secondo cui «la locuzione "altra utilità" è talmente ampia che in esse devono farsi rientrare tutte quelle utilità che abbiano, per l'agente che abbia commesso il reato presupposto, un valore economicamente apprezzabile», con il risultato, ad avviso della Corte, di ricomprendervi «non solo quegli elementi che incrementano il patrimonio dell'agente ma anche tutto ciò che costituisca il frutto di quelle attività fraudolente a seguito delle quali si impedisce che il patrimonio s'impoverisca»[18].

A spianare la strada, come visto autonomamente intrapresa dalla giurisprudenza sul terreno proprio del riciclaggio, è altresì intervenuta la mutata sensibi-

[16] V., tra gli altri, L. Troyer, S. Cavallini, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 2015, n. 1, p. 105; Cordeiro Guerra, *Reati fiscali e autoriciclaggio*, cit., p. 317 ss. Sul piano normativo il riferimento è al comma, 1 lett. b) e al comma 3 dell'art. 5 *quinquies* - introdotto dall'art. 1, l. n. 186 del 2014 – i quali escludono la punibilità a titolo rispettivamente di riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio per chi aderisce alla procedura di collaborazione volontaria, se commessi in relazione ai reati tributari di cui alla lettera *a*) della medesima disposizione (artt. 2, 3, 4, 5, 10 *bis* e 10 *ter* d. lgs. n. 74 del 2000).

[17] V. p. 4 ss. delle dette Istruzioni. Riferimenti già in Giavazzi, *I reati societari e fiscali*, cit., p. 103, con richiami anche ai provvedimenti successivi adottati dall'Ufficio Italiano Cambi e dalla Guardia di Finanza, i quali si muovono nel medesimo solco.

[18] V. Cass. pen., sez. II, 17 gennaio 2012, n. 6061. In passato si registrano pronunce in cui si afferma la piena compatibilità tra riciclaggio e delitti fiscali ma l'affermazione rimane, a ben vedere, a livello di *obiter dictum* (v. Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 2009, n. 45643; Cass. pen., sez. I, 27 novembre 2008, n. 1024). Si ribadisce invece il principio espresso nella citata sentenza del 2012, affrontando *ex professo* la questione di cui si tratta, pur nel quadro di argomentazioni di tipo essenzialmente assertivo, in Cass. pen., sez. II, 11 novembre 2014, n. 47436.

File riservato ad esclusivo fine di studio

lità dei giudici di legittimità rispetto tanto alla confiscabilità del mero risparmio di spesa quanto alla tipologia di confisca da ammettere.

Dopo il trittico rappresentato dalle sentenze sui casi *Gubert*, *Thyssenkrupp* e *Lucci* l'orizzonte interpretativo riconsegnato a chi si volesse cimentare con le questioni appena accennate è caratterizzato: dal pieno riconoscimento quale oggetto di ablazione patrimoniale di utilità anche indirette o mediate dell'attività criminosa; dalla sottoponibilità a confisca dei «risparmi "assoluti" di spesa»[19]; dalla qualificazione come diretta della confisca, e non per equivalente, dei casi in esame sul presupposto che il profitto, consistendo in denaro, bene tipicamente fungibile, sia sempre suscettibile di apprensione attraverso quest'ultima modalità[20].

Se ciò non bastasse, anche le linee di sviluppo della disciplina, quali tracciate dalle Commissioni che si sono occupate negli ultimi anni del tema del riciclaggio, deponevano nel senso di una consacrazione normativa degli approdi, per lo più giurisprudenziali, qui sintetizzati.

Il riferimento è ai lavori della Commissione Fiandaca che, incaricata di elaborare una proposta di intervento in materia di criminalità organizzata, si è pure impegnata con la riformulazione del settore di disciplina in esame. Tra le diverse questioni affrontate – prima fra tutte, di progettare le modalità di incriminazione dell'autoriciclaggio – vi è per l'appunto quella di porre chiarezza sul tema riciclaggio/reati tributari, a conferma peraltro del permanere almeno di un certo tasso di problematicità. La soluzione è stata di specificare che ai nostri fini per proventi dovessero intendersi «denaro, beni o altre utilità, anche ottenute o ricavate da un delitto tributario o doganale»[21].

Insomma, la sensazione è quella di un terreno che ha iniziato progressivamente a franare sotto i piedi dei sostenitori di una ricostruzione in termini stringenti del nesso di provenienza di cui agli artt. 648 *bis* e ss. c.p.: si replica, a ben vedere, il parallelo tra confisca e riciclaggio ma con cadenze opposte a quelle

[19] L'espressione è di Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa*, cit., p. 738.

[20] «Deve essere tenuto ben presente che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta»: questa è, come noto, la lapidaria asserzione delle Sezioni Unite Gubert. Una dettagliata ricostruzione dei diversi passaggi riportati nel testo in Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari*, cit., p. 125 ss.; Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa*, cit., p. 738 ss.; Severi rilievi alla sentenza Gubert in Paliero, Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, cit., p. 247 ss. Sempre in chiave critica nei confronti della decisione delle Sezione Unite, nel quadro peraltro di un coro di voci piuttosto unanime in dottrina, si esprimono R. Borsari, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*, in *Le Società*, 2014, n. 7, p. 867 ss.; A.M. Dell'Osso, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 401 ss.

[21] V., per quanto attiene alla proposta riformulazione dell'art. 648 *bis* c.p., la relazione della Commissione pubblicata su *www.penalecontemporaneo.it*, 12 febbraio 2014, p. 8.

File riservato ad esclusivo fine di studio

prima illustrate, atteso che, alla luce della recente evoluzione, il mero risparmio di spesa diviene a pieno titolo provento del reato. Situazione, anche su tale fronte, venuta a complicarsi ulteriormente allorché in un mosaico, a dire il vero già di non facile ricomposizione, è stato inserito il tassello dell'autoriciclaggio.

Prima però di soffermare l'attenzione sul nuovo art. 648 *ter* 1 c.p., vediamo di fissare meglio la cornice al cui interno il legislatore ha operato.

4. Le due concezioni a confronto: superare l'impostazione tradizionale?

Il tema dei rapporti tra riciclaggio e reati tributari si pone al crocevia tra istanze di politica criminale ed esigenze di garanzia. Come visto, la situazione spirituale è negli anni mutata, anche se ciò è accaduto soprattutto sul versante giurisprudenziale. Questo non vuol certo dire che non vi siano state posizioni di segno contrario in dottrina[22] né che non si sia ampliata nel tempo la platea dei sostenitori della soluzione positiva[23]; non sembra però inutile constatare come a tutt'oggi sia maggioritaria la posizione negativa[24] e che, piuttosto, si avverta una tendenza a prendere atto della prevalenza della «ragion fiscale», spostando così l'attenzione sugli altri elementi – diversi dal requisito della provenienza delittuosa – in grado di disinnescare il rischio di *overcriminalization*[25].

[22] V. Seminara, *I soggetti attivi*, cit., p. 238; G. Izzo, *La frode fiscale quale possibile delitto-presupposto del riciclaggio*, in *Il fisco,* 1996, n. 21, p. 5291.

[23] In questo senso Angelini, voce *Riciclaggio*, cit., p. 1406 ss.; D'Arcangelo, *Frode fiscale e riciclaggio*, cit., p. 334 ss.; P. Ielo, *Delitti tributari e riciclaggio: spunti di riflessione alla luce del decreto sullo scudo fiscale*, in *Rivista 231. La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, 1, p. 10. Con riferimento al delitto di autoriciclaggio v. L. Deaglio, *Autoriciclaggio e reati tributari: lo scontro dottrinale in punto di compatibilità*, in *Autoriciclaggio. La sistematica punitiva*, a cura di A. Rossi, S. Quattrocolo, Editoriale scientifica, Napoli 2017, p. 103, pur con qualche nota di problematicità, nonché M. Galli, *Dentro il castello dei destini incrociati: la responsabilità dell'ente da autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 2016, p. 131 (secondo cui «le difficoltà profilantesi sul piano teorico e, soprattutto, applicativo, non consentono di escludere che un autoriciclaggio da reati fiscali sia, almeno in astratto, configurabile»).

[24] Escludono che il risparmio fiscale possa costituire oggetto di riciclaggio, tra gli altri, B. Assumma, *Riciclaggio di capitali e reati tributari*, in *Rassegna trib.*, 1995, p. 1779 ss.; Caraccioli, *Il riciclaggio di denaro proveniente da frode fiscale*, cit., p. 2; R. Cordeiro Guerra, *Reati fiscali e riciclaggio*, in *Rivista dir. trib.*, 2013, n. 1, p. 1163 ss.; Giavazzi, *I reati societari e fiscali,* cit., p. 104 ss.; F. Hinna Danesi, *Proventi da frode fiscale e riciclaggio*, in *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, a cura di C.G. Corvese, V. Santoro, Giuffrè, Milano 1996, p. 283 ss.; V. Manes, tra i diversi scritti, *Il contrasto al riciclaggio, tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici*, in *Critica dir.*, 2008, p. 271; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol III, *Delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano 2003, p. 489; Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., p. 408 ss. In relazione all'autoriciclaggio v., nello stesso senso, A. D'Avirro, M. Giglioli, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 145 ss.; Troyer, Cavallini, *Apocalittici o integrati?*, cit., p. 105 ss. In questa direzione sembrerebbe in definitiva orientata anche Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari*, cit., p. 101 ss.

[25] V., ad es., Cordeiro Guerra, *Reati fiscali e autoriciclaggio*, cit., p. 327 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Può essere allora utile soffermarsi in modo più disteso sulle ragioni alla base degli opposti orientamenti.

L'argomento di fondo a supporto della tesi restrittiva è di tipo letterale: si rimarca difatti come la locuzione «provenienti da delitto non colposo» non possa che alludere a un trasferimento di ricchezza, denotando necessariamente un «moto da luogo»[26]. Si valorizza in tal modo la logica di tutela, prima nei confronti del terzo riciclatore ma oggi anche rispetto all'autore del delitto presupposto, esigendosi la prova «di un legame preciso fra delitto e arricchimento» tale per cui debba trattarsi di denaro che faccia «ingresso nel patrimonio del reo grazie al delitto» e non che a esso preesista[27].

Da qui la conclusione secondo cui non possa ritenersi integrato il requisito in parola «con riferimento alla somma oggetto di "frode fiscale", o accantonata in un "fondo nero" coperto mediante un "falso in bilancio", perché la stessa non è identificabile, sul piano logico, al di fuori e prima della vicenda normativa descritta nel delitto ritenuto presupposto del riciclaggio, cosicché la stessa possa dirsi "pro-venire" all'autore; la frode fiscale o il falso in bilancio non *trasferiscono* un bene nella sfera del reo ma solamente contemplano, come oggetto, un bene individuabile solo *a posteriori*, attraverso il *quantum* oggetto dei delitti stessi»[28].

Di opposto tenore, naturalmente, le considerazioni sviluppate sul fronte estensivo. Anche qui peraltro a essere messi in campo, come ho accennato in avvio, sono elementi testuali: il generico richiamo quale fonte produttiva del provento a qualunque delitto non colposo comporta, in questa prospettiva, la necessità di non limitare in chiave interpretativa la portata della previsione in tema di riciclaggio, con il corollario – ricordavo anche prima questo profilo – che dovrebbe essere l'estremo della provenienza a piegarsi al dettato normativo, quale si è andato consolidando, e non invece il contrario. Infine, si fa riferimento alla locuzione «altra utilità», considerata espressione *passepartout* in grado di superare qualsivoglia ostacolo a una generalizzata applicazione degli artt. 648 *bis* e *ter* in relazione a reati tributari.

Interessante può piuttosto risultare la circostanza che, a questa risoluta affermazione, faccia da contraltare il riconoscimento, avuto riguardo all'allora vi-

[26] In questi termini in particolare, Cordeiro Guerra, *Reati fiscali e riciclaggio*, cit., p. 1171.

[27] Zanchetti, voce *Riciclaggio*, cit., p. 211, nonché Id., *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., p. 416: «[…] un provento da attività lecita, componente a pieno titolo l'imponibile fiscale, non può diventare provento da reato – nel senso di cui agli artt. 648 e 648 *bis* c.p. – solo perché le tasse non sono pagate e dunque parte di esso (corrispondente all'imposta) diviene un indebito arricchimento (indebito non-impoverimento, per la precisione)». Nella manualistica, nel medesimo senso, v. Pagliaro, *Principi*, cit., p. 489.

[28] V. Manes, *Il delitto di riciclaggio*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006[4], p. 643; Id., voce *Riciclaggio e reimpiego di capitali illeciti*, cit., p. 5234. Sul punto v. altresì le osservazioni, seppur in tema di ricettazione avuto riguardo alla tutela dei marchi, di 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. proc. pen.*, 1985, p. 756 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

gente assetto di disciplina, delle difficoltà di accertare poi la responsabilità, nei casi di cui si tratta, del terzo riciclatore sul piano dell'accertamento del dolo, avendo cura al contempo di sottolineare come si fosse in presenza di problemi di ordine probatorio e non incidenti sulla possibile, astratta configurabilità del reato.

E ancora si dava atto delle interferenze esercitate dalle peculiarità strutturali dei reati tributari qui in rilievo. Si è così parlato di un vero e proprio «limbo penale»[29] in cui cadrebbero le condotte di sostituzione, trasferimento attuate nelle more della presentazione della dichiarazione; limbo che determinerebbe la sottrazione dell'autore a qualunque conseguenza punitiva, atteso che, al momento della condotta, la «ripulitura» degli asseriti proventi avrebbe luogo allorché essi non sono ancora di origine delittuosa. Senza infine dimenticare l'incidenza rivestita dalla presenza delle soglie di punibilità che, in questo caso ancora una volta sotto il profilo del dolo, comporterebbero – laddove naturalmente si acceda all'opzione ricostruttiva secondo cui esse sarebbero elementi del tipo criminoso – ostacoli non agevoli in sede di ricostruzione dei contenuti del coefficiente soggettivo.

Sono dunque quelli avanzati dai «tradizionalisti» argomenti di stampo formalistico e che comunque non fanno i conti con la nuova stagione del riciclaggio?

A dire il vero, mi sembra che le cose non stiano così, almeno se guardiamo al riciclaggio quale configurato nel nostro ordinamento. Si tratta piuttosto, come giustamente rilevato, di tenere in conto quello che è «un connotato intrinseco del provento, connesso alla struttura stessa di base del reato di riciclaggio, senza il quale non pare possibile accertare né la sussistenza materiale del fatto né il dolo del riciclaggio»[30] ovverosia quello della sua identificabilità.

E la ragione è presto detta: la fattispecie in questione, se non si vuole aprire la strada a pericolosi meccanismi di imputazione di responsabilità a carattere

[29] L'espressione è di Ielo, *Delitti tributari e riciclaggio*, cit., p. 12. In argomento v. inoltre Izzo, *La frode fiscale*, cit., p. 5293, nonché il testo dell'audizione, svoltasi in data 24 gennaio 2013, del dott. Di Vizio nell'ambito dei lavori del Gruppo di Studio sull'autoriciclaggio istituito presso il Ministero della Giustizia, e presieduto dal dott. Francesco Greco, p. 10. Più di recente v. Galli, *Dentro il castello dei destini incrociati*, cit., p. 128 ss. Per una analitica trattazione del tema, nel quadro però di una posizione diretta a escludere il riciclaggio di meri risparmi di spesa, Giavazzi, *I reati societari e fiscali*, cit., p. 105 ss.

[30] Così Giavazzi, *I reati societari e fiscali*, cit., p. 104. Sul punto v. anche A.M. Dell'Osso, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale,* Giappichelli, Torino 2017, p. 120 ss., il quale pone l' accento sull'esigenza di una «rilettura dell'*identificabilità*» secondo il canone della «*riciclabilità*», dovendosi distinguere i proventi privi di una *Dirty Label* – ad esempio, «i risparmi frutto di una mendace rappresentazione al fisco» – da quelli di derivazione illecita, «come tali non immediatamente spendibili» – si fa il caso del professionista alle prese con il «reinserimento» nell'economia legale di compensi 'in nero', non dichiarati entro il previsto termine –, e solo nelle ipotesi del secondo tipo si ammette la «piena applicabilità» dell'art. 648 *bis* c.p.

File riservato ad esclusivo fine di studio

presuntivo, esige che il provento – sia esso denaro, beni o le altre utilità – sia riconoscibile *ex ante* nel momento in cui entra nel patrimonio del soggetto. Se così non fosse, e dunque il risparmio di imposta fosse reputato possibile oggetto dei delitti di cui agli artt. 648 *bis* e ss. c.p., qualunque condotta di sostituzione o trasferimento o di reimpiego di denaro o beni, rientranti nella disponibilità del soggetto al quale fosse contestato il reato fiscale in questione, sarebbe passibile di incriminazione, poiché saremmo in presenza di un bene che rimane confuso nel patrimonio dell'autore del delitto presupposto al quale spetterebbe la difficile prova della sua origine lecita.

E d'altronde una siffatta soluzione ermeneutica è ulteriormente supportata dal fatto che il riciclaggio, e ancor di più l'autoriciclaggio, si fondano sul pilastro dell'ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa: sembra logico ritenere che se il legislatore punisce tali comportamenti solo se frappositivi[31] rispetto alla ricostruzione del percorso delittuoso, il relativo provento debba essere, allorché perviene all'autore, riconoscibile[32].

Né mi pare che, così procedendo, si finisca con il sovrapporre il concetto di identificabilità con l'individuazione in concreto dello specifico oggetto materiale di derivazione illecita[33].

In realtà, l'assunto secondo cui ciò che conta per assurgere ad oggetto materiale del riciclaggio è «il fatto di costituire un vantaggio economico identificabile nel suo ammontare» non ci pare condivisibile per due ragioni[34].

Intanto, si riduce il concetto di provento di reato a quello di qualunque vantaggio economico derivante dal reato, secondo il criticabile percorso seguito dalle Sezioni Unite *Gubert* in tema di confisca diretta a proposito del concetto di profitto[35].

In secondo luogo, non si chiarisce un punto decisivo: il vantaggio economico di cui si tratta comunque deve risultare identificabile prima della vicenda criminosa alla base del riciclaggio e non, come opportunamente ricordato, solo successivamente e, salvo *Gubert*, per equivalente.

[31] Così C. Piergallini, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente*, in *Criminalia*, 2015, p. 544.

[32] V. G. Pecorella, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1228 ss.; Flora, *Sulla configurabilità del riciclaggio*, cit., p. 442; Giavazzi, *I reati societari e fiscali*, cit., p. 105: «[…] qualificare il risparmio di imposta come provento riciclabile può portare a risultati inaccettabili in tema di accertamento del successivo fatto di riciclaggio. Infatti, se il provento fiscale non ha una sua autonomia, una sua identità prima dell'intervento ripulitore, non si può essere sicuri del percorso o della destinazione di quel provento, né si può essere sicuri che il risparmio di imposta sia proprio l'ammontare oggetto delle successive condotte di riciclaggio o reimpiego».

[33] V. i rilievi di Angelini, voce *Riciclaggio*, cit., p. 1407.

[34] Così Angelini, voce *Riciclaggio*, cit., p. 1407.

[35] V. Paliero, Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, cit., p. 247 e 250 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

A questo riguardo, non sembra neppure argomento vincente quello, spesso utilizzato, di richiamare la scelta legislativa di prevedere la confisca per equivalente in ambito tributario[36].

Tale scelta dimostra anzitutto come il risparmio di spesa non sia individuabile all'interno del patrimonio del soggetto, tanto da essere considerata la confisca diretta un'arma spuntata; ma ancor prima essa dovrebbe condurre a escludere la sussistenza del riciclaggio o di reati affini, i quali non possono avere ad oggetto l'equivalente del provento del reato[37].

Infine, non insuperabile risulta altresì il richiamo alle altre utilità. Anche per esse vale infatti il requisito della provenienza da delitto che, secondo l'auspicabile lettura restrittiva, richiede che tali utilità preesistano al ritenuto delitto presupposto e presentino dunque una loro riconoscibilità *ex ante*.

Nel caso del risparmio d'imposta come altra utilità, due sembrano le possibilità.

Si può ritenere che esso si appunti su denaro presente nel patrimonio del reo, e allora, certamente, tale denaro non proviene dal delitto tributario ma a esso preesiste.

L'alternativa è quella di identificare il risparmio di spesa in una frazione ideale del patrimonio del soggetto che, come ricordato prima, è ricostruita *a posteriori* e comunque non può costituire oggetto del riciclaggio in quanto non localizzabile.

5. L'irruzione sulla scena del delitto di autoriciclaggio

È questo lo scenario nel quale irrompe il delitto di autoriciclaggio *ex* art. 648 *ter* 1 c.p.

La *sedes materiae*, già sopra richiamata, in cui ha trovato posto la rilevante novità in questione – quella per l'appunto di un provvedimento in sostanza rivolto alla lotta all'evasione fiscale – e le aspettative, quasi taumaturgiche, riposte nel nuovo strumento normativo sul terreno del contrasto alla criminalità del profitto, hanno condotto a una immediata rivitalizzazione del dibattito in merito ai rapporti con i reati tributari, ora proiettato sullo schermo dell'autoriciclaggio.

È noto come la previsione che ci occupa abbia da subito posto nodi interpretativi di non facile soluzione: dalla precisa definizione del suo perimetro applicativo, anche con riferimento alla controversa clausola di non punibilità di cui al quarto comma dell'art. 648 *ter* 1 c.p., al rompicapo giuridico dei rapporti tra riciclaggio e autoriciclaggio nelle frequenti ipotesi di realizzazione plurisogget-

[36] V., ad es., D'Arcangelo, *Frode fiscale e riciclaggio*, cit., p. 335 ss.

[37] Sul punto v. Giavazzi, *I reati societari e fiscali*, cit., 105. Più di recente, evidenziano questo profilo Troyer, Cavallini, *Apocalittici o integrati?*, cit., p. 106.

File riservato ad esclusivo fine di studio

tiva del fatto, alla combinazione tra la fattispecie criminosa *de qua* e il sistema della responsabilità degli enti[38].

Mi sembra però che sul fronte in rilievo, il dibattito sin qui ricostruito in materia di riciclaggio e reati tributari possa essere trasferito nel suo nucleo essenziale sul terreno dell'autoriciclaggio.

Il baricentro della figura di cui all'art. 648 *ter* 1 c.p. ruota anch'esso sul nesso di provenienza delittuosa che, come abbiamo visto, ha rappresentato l'asse portante delle argomentazioni critiche verso l'ammissibilità di un riciclaggio avente ad oggetto il risparmio di imposta[39]. Al contempo, anche nell'autoriciclaggio l'oggetto materiale è individuato facendo riferimento accanto al denaro e ai beni, alle altre utilità, dato quest'ultimo caro invece ai fautori della lettura estensiva.

Non mancano naturalmente elementi di diversità rispetto al prototipo normativo del riciclaggio ma essi paiono piuttosto giocare un ruolo sul terreno dell'eventuale delimitazione della rilevanza penale di condotte relative a proventi in genere.

Un primo requisito di tipo strutturale è rappresentato dalla precisa ricostruzione delle modalità oggettive di integrazione del reato. Esse sono identificate dall'art. 648 *ter* 1 c.p. nell'impiego, sostituzione, trasferimento in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative del denaro, dei beni o delle altre utilità.

A prima vista la norma sembra replicare, in uno sforzo di sintesi, le condotte previste dagli artt. 648 *bis* e *ter* c.p.: sostituzione e trasferimento sono tratti dal riciclaggio, mentre l'impiego allude ovviamente al corrispondente comportamento di cui all'art. 648 *ter* c.p. Viene però meno il richiamo alle altre operazioni di cui all'art. 648 *bis* c.p., mentre il punto di incidenza è descritto con formula-

[38] Su questi aspetti v., tra gli altri, F. D'Alessandro, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648*-ter. 1 c.p.), *ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori "più che abili"*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. Baccari, K. La Regina, E.M. Mancuso, Cedam, Padova 2015, p. 3 ss.; F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 2015, n. 1, p. 108 ss.; A.M. Dell'Osso, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 797 ss.; Piergallini, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente*, cit., p. 539 ss.; S. Seminara, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1631 ss., nonché i contributi pubblicati nel volume già citato *Punire l'autoriciclaggio. Come, quando e perché*, a cura di E. Mezzetti, D. Piva, e, volendo, A. Gullo, voce *Autoriciclaggio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2015.

[39] Nel quadro della ritenhuta applicabilità dell'art. 648 *ter* 1. c.p. in relazione ai reati trbutari v. le osservazioni di Dell'Osso, *Riciclaggio di proventi illeciti*, cit. , p. 193, il quale segna la necessità di riscontrare anche in queste ipotesi il requisito dell'effettiva derivazione delittuosa, «verifica certamente complessa rispetto ai risparmi d'imposta», le «peculiarità» dei relativi procedimenti, «quali, per esempio, la genesi dell'imputazione da accertamenti presuntivi o la possibile interferenza con procedure conciliative, reclamano una particolare attenzione, per evitare procedimenti per autoriciclaggio per mere ipotesi di reati fiscali, insuscettibili di fondare una sentenza di condanna».

File riservato ad esclusivo fine di studio

zione meno sintetica di quella adoperata nella fattispecie di reimpiego.

Fermo restando che si è dinanzi a modalità alternative di condotta, si tratta di stabilire se debba procedersi a una lettura autonoma di esse o piuttosto a una interpretazione che valorizzi la comune destinazione, di sostituzione, trasferimento, impiego, a una delle attività nominate.

Sembra quest'ultima la soluzione da prediligere sia in virtù del dato testuale sia in considerazione della *ratio* della previsione, con l'effetto però che sostituzione e trasferimento finiranno con l'essere assorbiti nella prima condotta menzionata, non presentandosi in concreto che come modalità di impiego.

Il risultato è dunque quello di circoscrivere la portata dell'autoriciclaggio a condotte che, lasciando al momento da parte il riferimento all'ostacolo, sono accostabili all'art. 648 *ter* c.p.: in altre parole, la mera sostituzione e il mero trasferimento, pur in tesi in grado di rendere difficoltosa la ricostruzione del percorso dei proventi delittuosi, sono tagliati fuori dallo spettro operativo dell'autoriciclaggio. Ed è questo l'esito che sta affiorando anche dai primi precedenti giurisprudenziali[40].

Ciò dunque consente di dare risposta a una delle preoccupazioni emerse in sede di commento all'art. 648 *ter* 1 c.p., ovverosia che si potesse punire il soggetto agente nel caso in cui depositasse su conti terzi entrate di denaro «in nero» non dichiarate, frutto di illeciti tributari, con il paventato rischio di ledere tanto il principio del *nemo tenetur se detegere* quanto quello del *bis in idem*[41]. In questi casi, ancor prima di cimentarsi con i principi evocati, soccorre la sopra richiamata lettura della norma, atteso che qui non saremmo in presenza di alcuna condotta di destinazione ad attività economiche o finanziarie – né tantomeno speculative o imprenditoriali – quanto piuttosto di un trasferimento dei proventi in questione, il quale potrebbe in effetti essere considerato tale da integrare l'ulteriore elemento a tutela dell'amministrazione della giustizia contemplato dall'art. 648 *ter* 1 c.p., ma che in base a quanto detto rimane fuori dal raggio di azione dell'autoriciclaggio.

Un secondo requisito è dato per l'appunto dall'ostacolo alla identificazione della provenienza delittuosa dei beni, del denaro o delle altre utilità, che il legislatore ha cura nell'art. 648 *ter* 1 c.p. di qualificare espressamente come «concreto».

Lasciando da parte i rilievi che si possono muovere a una scelta siffatta – sia in quanto distonica rispetto alla previsione di cui all'art. 648 *ter* c.p. sia perché mantiene vivo un legame con il delitto presupposto, sia infine poiché foriera di ricadute negative sulla lettura dell'omologo requisito del riciclaggio, già oggetto

[40] V. Cass. pen., sez. II, 28 luglio 2016, n. 33074.
[41] Per riferimenti sul punto v. Deaglio, *Autoriciclaggio e reati tributari*, cit., p. 101.

File riservato ad esclusivo fine di studio

di una *interpretatio abrogans*[42] –, va riconosciuto come su di essa si siano concentrate le attenzioni della dottrina. Si è così fatto assegnamento sull'elemento in questione quale argine di possibili straripamenti della fattispecie di cui si discute[43] ed è proprio il settore dei reati tributari – e segnatamente delle ipotesi in cui a venire in rilievo è il risparmio di imposta – a essere stato segnalato come quello che potrebbe beneficiare di un indirizzo applicativo che attribuisca reale sostanza all'ostacolo concreto richiesto dall'art. 648 *ter* 1 c.p.

L'esempio richiamato è dell'imprenditore che utilizzi il provento dei reati tributari, nei casi sopra menzionati, per lo svolgimento della normale attività imprenditoriale (ad es. per pagare i salari dei dipendenti)[44]; in tale eventualità si è infatti sottolineato come il risparmio fiscale, che rimanga confuso nel patrimonio del soggetto agente, e «sia reimpiegato anche in attività economiche [...] che costituiscono l'ordinaria attività aziendale», non potrà certo dar luogo a una condotta idonea a ostacolare concretamente l'identificazione delittuosa del bene[45].

Per il resto, le vicende dell'autoriciclaggio, come anticipavo, mi sembrano ripercorrere le cadenze del riciclaggio, con un profilo di differenziazione che potrebbe accentuare il pericolo di logiche imputative di taglio presuntivo.

I problemi relativi all'accertamento dell'elemento soggettivo in capo al terzo riciclatore, in punto di consapevolezza dell'origine delittuosa dei beni, si stemperano rispetto all'autore del delitto fiscale presupposto, nel senso che si potrà ricorrere anche su questo versante più facilmente alla prova logica per affermare che costui sapesse della provenienza – nel senso debole fatto proprio dalla giurisprudenza – dei beni medesimi (cioè della presenza all'interno del proprio patrimonio di risparmio d'imposta di fonte illecita). Così procedendo però, e, in assenza, almeno in una certa quota di casi (quelli cioè in cui ad agire sia lo stesso autore o concorrente nel delitto presupposto), di un atto materiale di individuazione del denaro da affidare a un terzo per la «ripulitura», è sensibile il rischio che qualunque impiego, che seguisse alla ritenuta esistenza di un reato tributario – secondo il labile schema di accertamento richiesto in genere dalla giurisprudenza sul riciclaggio in materia di delitto presupposto –, finirebbe con l'aprire automaticamente alla contestazione a titolo di autoriciclaggio[46], pur con i filtri selettivi sopra menzionati, ma senza preoccuparsi a ben vedere di accertare se esso corrisponda alla imposta evasa e se ricorra davvero il dolo di

[42] Sia consentito rinviare, anche per ulteriori richiami, a Gullo, voce *Autoriciclaggio*, cit., p. 7 ss.
[43] V., tra gli altri, D'Alessandro, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648*-ter. 1 c.p.), cit., p. 19; Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 115.
[44] Il tema è stato subito posto dalla Circolare di Confindustria del 12 giugno 2015, n. 19867.
[45] Pressoché testualmente Troyer, Cavallini, *Apocalittici o integrati*?, cit., p. 106.
[46] Accenni in Troyer, Cavallini, *Apocalittici o integrati?*, cit., p. 106.

File riservato ad esclusivo fine di studio

autoriciclaggio in capo all'agente[47].

6. Osservazioni conclusive

Il breve viaggio sin qui compiuto restituisce un panorama caratterizzato da una spinta ad estendere i confini di operatività delle figure criminose in esame.

Emblematica è l'esperienza maturata in tema di riciclaggio: la combinazione tra la scelta normativa di affrancare tale previsione da un nocciolo duro di delitti connotati da allarme sociale e l'erosione dei requisiti di tipicità della fattispecie – in punto di verifica del requisito della provenienza delittuosa; di accertamento del pericolo di ricostruzione del *paper trail*; di ricorrenza del coefficiente doloso, giunto ad abbracciare, sulla scia della ricettazione, la forma eventuale[48] –, ha fatto di tale delitto, come ricordavo in avvio, un potente strumento di lotta alla criminalità del profitto.

La stessa introduzione del delitto di autoriciclaggio è il naturale portato della accennata evoluzione in materia e la sua vita applicativa rappresenterà la cartina di tornasole delle residue possibilità di contenere la tendenza a una dilatazione applicativa di siffatte ipotesi di reato.

Non mancano a questo riguardo segnali incoraggianti in giurisprudenza[49]; questo però non può dirsi dallo specifico angolo visuale qui in rilievo.

La prima pronuncia relativa all'art. 648 *ter* 1 c.p. sembra confermare l'analizzato indirizzo incline a reputare pienamente compatibili i delitti in questione con i reati tributari (anche in casi in cui a venire in considerazione sia un mero risparmio di spesa)[50].

[47] In sostanza il dolo del delitto tributario finirà con l'assorbire quello dell'autoriciclaggio. Per una sottolineatura della delicatezza del punto, pur nel contesto di una posizione favorevole alla astratta configurabilità del riciclaggio (e dell'autoriciclaggio) rispetto ai reati tributari, v. Di Vizio, *Audizione*, cit., p. 10, il quale rileva come «[…] lo stesso autore del delitto fiscale, pur consapevole di averlo compiuto, potrebbe essere sprovvisto della coscienza di operare proprio sul provento di esso». In argomento v. peraltro i rilievi, a proposito del nuovo corso inaugurato dalla Sentenza delle Sezioni Unite *Gubert*, di Galli, *Dentro al castello dei destini incrociati*, cit., p. 127, nota 65, la quale si interroga problematicamente su «come fare a dimostrare la consapevolezza e volontà che la somma reinvestita in un'attività economica fosse proprio quella "corrispondente" al delitto fiscale», rimanendo in attesa sul punto di osservare le soluzioni della giurisprudenza. Di diverso avviso sembra essere Cordeiro Guerra, *Reati fiscali e autoriciclaggio*, cit., p. 329, secondo cui la «difficoltà di percezione ed isolamento della ricchezza illecita si sdrammatizza nell'ottica dell'autoriciclaggio, giacché il contribuente evasore è, in linea di principio, in grado di individuare l'utilità economica apportatagli dall'evasione».

[48] Per una rassegna di questi profili sia consentito rinviare a A. Gullo, *Il delitto di autoriciclaggio: lacuna colmata o occasione mancata?*, in *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, a cura di A. Del Vecchio, P. Severino, Cacucci Editore, Bari 2016, p. 410 ss.

[49] Sia consentito rinviare a A. Gullo, *Il delitto di autoriciclaggio al banco di prova della prassi: i primi (rassicuranti) chiarimenti della Cassazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 483.

[50] V., Cass., sez. II, 13 dicembre 2015, n. 3691, ove però la questione di fondo concerneva la possibilità di applicare l'art. 648 *ter* 1 c.p. anche a condotte di sostituzione etc. realizzate successivamente alla sua entrata in vigore, ma rispetto a delitti presupposto integrati in precedenza (questione alla

File riservato ad esclusivo fine di studio

E abbiamo visto come ciò trovi conforto nell'orizzonte normativo sovranazionale e tragga alimento dai recenti arresti delle Sezioni Unite della Cassazione sulla nozione di profitto *ex* art. 240 c.p.

Eppure l'analisi sino ad ora compiuta evidenzia i rischi che una «disinvolta» applicazione di tali disposizioni incriminatrici comporta e, ancor prima, la difficolta di conciliare questi esiti interpretativi con la formulazione letterale delle previsioni in oggetto.

È davvero quella qui sostenuta una battaglia di retroguardia? E dunque sarebbe meglio non opporre alcuna resistenza all'affermarsi delle «magnifiche sorti e progressive» del riciclaggio prima, e oggi dell'autoriciclaggio, anche sul versante in esame?

A me pare, per le ragioni sopra enunciate, che non debba essere così. Non sembra certo facile che il nuovo corso inaugurato dalle recenti prese di posizione delle Sezioni Unite in tema di confisca possa essere fermato. Rimane di sicuro un approdo contestabile – e le numerose critiche sono lì a testimoniarlo – tenuto conto che, come osservato, «solo facendo ricorso a torsioni interpretative, siffatto profitto (-risparmio) potrebbe reputarsi proveniente da reato coincidendo con beni già presenti nel patrimonio del reo»[51].

Non potendo allora sperare nel ritorno a una visione unitaria – comune a confisca e riciclaggio – della nozione di provento ispirata a una condivisibile logica restrittiva, mi sembra che la presenza nei delitti in considerazione di un chiaro elemento testuale – il richiedere le disposizioni in modo inequivoco che i beni, il denaro o le altre utilità provengano dal delitto presupposto – legittimi una ricostruzione a questo punto diversificata che quantomeno valorizzi in questo ambito ciò che il legislatore dice, in ossequio non solo al dato normativo ma altresì alle istanze di garanzia che esso riflette.

quale la Cassazione ha dato soluzione positiva).

[51] Così Borsari, *Reati tributari e confisca di beni societari*, cit., p. 874.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Alessandra Rossi

Autoriciclaggio e responsabilità degli enti da reato: le diverse impostazioni dottrinali su una questione controversa

1. Le ragioni politico-criminali che giustificano l'esistenza della fattispecie di autoriciclaggio nel sistema penale – «congelare il profitto in mano al soggetto che ha commesso il reato-presupposto, in modo da impedirne la sua utilizzazione maggiormente offensiva, quella che espone a pericolo o addirittura lede l'ordine economico»[1] attraverso la re-immissione di proventi illeciti nel circuito legale e l'ostacolo alla tracciabilità della provenienza deittuosa – possono essere prese con buona nota e ben possono arricchirsi di sottoscrivibile logica se poste a fondamento della estensione della responsabilità per autoriciclaggio nei confronti degli enti, con l'ipotesi che viene a rientrare a pieno titolo nella sfera degli illeciti caratterizzanti la stessa criminalità d'impresa, finalizzati al conseguimento illegale di un profitto che, di norma, istituzionalmente le imprese perseguono – e dovrebbero perseguire – lecitamente.

L'art. 3, co. 5, della l. n. 186 del 2014 ha appunto introdotto la fattispecie nel d.lgs. n. 231/2001, art. 25 *octies*, prevedendo nel caso di autoriciclaggio commesso da uno dei soggetti di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 231/2001 nell'interesse o a vantaggio dell'ente una sanzione da 200 a 800 quote, sanzione che diventa da 400 a 1000 quote ove il denaro, i beni e le altre utilità (oggetto dell'autoriciclaggio) provengano da un delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a 5 anni. Nei casi di condanna, si applicheranno all'ente le sanzioni interdittive per una durata non superiore a due anni.

Sull'operatività dell'illecito di autoriciclaggio nel contesto della responsabilità 231 si contrappongono due «macro-impostazioni», a loro volta parzialmente diversificate all'interno nelle peculiari linee adottate in dottrina e nelle «considerazioni» (di cui alle relative Circolari) di due Associazioni di categoria

[1] Così F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, p. 11 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

quali Confindustria ed Abi. Ci si chiede se l'eventuale responsabilità dell'ente debba essere limitata ai casi in cui il reato-base rientri tra i reati presupposto di cui alla parte speciale del d. lgs. n. 231, in piena ottemperanza al principio di legalità ai sensi dell'art. 2, ovvero se essa possa configurarsi anche in presenza di fattispecie diverse rispetto a quelle inserite nel *numerus clausus* del decreto appunto.

1.1. Per meglio presentare la prima impostazione, *limitatrice* (impostazione da me già elaborata in un precedente scritto[2] ed alla quale, «cocciutamente», continuo a credere), entrando nel «vivo» della funzionalità della struttura dell'autoriciclaggio *solo quale ed in quanto illecito proprio dell'ente*, vanno portati all'attenzione, in sintesi, i seguenti punti-chiave, che costituiscono la base dell' ipotesi punitiva. Punti-chiave che, *a)* relativi alle caratteristiche generali della responsabilità diretta delle persone giuridiche da reato e *b)* alle caratteristiche strutturali dell'autoriciclaggio quale fatto di reato, si possono qualificare «regole di validità» del nuovo illecito «collettivo», in quanto tali demandate a fissarne il confine operativo ed a perimetrarne l'intervento punitivo:

a) lo stretto legame che deve intercorrere tra il reato della persona fisica e l'illecito della persona giuridica trova i suoi punti di forza nell'inserimento dell'autore del reato-presupposto in quello che possiamo definire organigramma dell'ente, in qualità di «apicale» (anche di fatto) o di «sottoposto» alla direzione o alla vigilanza di un apicale e nel fatto che detto reato-presupposto debba essere realizzato nell'interesse (esclusivo o almeno concorrente) od a vantaggio dell'ente «di appartenenza», con l'ente che non risponderà qualora l'autore del reato (in questo caso solo ipoteticamente presupposto) abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi:

il fatto-reato della persona fisica «interna» alla persona giuridica dà origine, è strumentale e sfocia nel fatto-illecito di questa, di cui essa deve rispondere ed è qualificabile come «proprio» della persona giuridica in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega la prima alla seconda;

la realizzazione del reato-presupposto non costituisce una determinazione autonoma ed individuale del soggetto-persona fisica, ma risulta essere una manifestazione di palese strumentalità al raggiungimento di un obiettivo criminoso della *societas*;

per la concretizzazione della responsabilità diretta dell'ente i soggetti attivi dei reati-presupposto non devono servirsi della copertura della persona giuridi-

[2] Al riguardo, scusandomi per la citazione, mi permetto rinviare a A. Rossi, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, p. 124 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ca, intesa quale «strumento occasionale»;

il reato-presupposto deve essere perpetrato in esecuzione ed in aderenza ad una ben delineata strategia aziendale, posto che la commissione di un reato d'impresa si traduce in commissione di un reato per l'impresa ed «in nome e per conto» di questa;

il reato-presupposto e l'illecito della persona giuridica si caratterizzano per medesimezza di condotta e così di *nomen iuris*;

la parte speciale del d. lgs. 231 del 2001 è costituita dagli illeciti degli enti derivanti dai reati-presupposto ed è tassativamente «fissata» e l'inserimento di ogni nuovo reato-presupposto/illecito dell'ente necessita di espresso intervento normativo;

l'adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo consente all'ente di non rispondere ai sensi del d. lgs. n. 231/2001 allorquando sia idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

b) con l'autoriciclaggio il legislatore, come *supra* già evidenziato, si è prefisso lo scopo di congelare il profitto in mano al soggetto che ha commesso il reato-presupposto, in modo da impedirne la sua utilizzazione maggiormente offensiva attraverso la re-immissione di proventi illeciti nel circuito legale e l'ostacolo alla tracciabilità della provenienza delittuosa:

l'autoriciclaggio è un reato proprio, a soggettività ristretta normativamente prevista, con il soggetto attivo individuato *per relationem* rispetto alla commissione di (o al concorso in) un delitto presupposto non colposo;

il (qualsivoglia) delitto non colposo a monte, a prescindere dal fatto che sia stato realizzato in autonomia operativa ovvero in concorso, deve essere attribuibile al/ad almeno uno dei/a tutti i soggetti attivi dell'autoriciclaggio;

due, distinti cronologicamente, sono i reati perfezionati dall'autore- persona fisica: il delitto a monte, prima e l'autoriciclaggio, poi, tra loro strumentalmente legati.

Tanto elencato, nel ricordare che l'autoriciclaggio dell'ente enuclea una fattispecie «in prima linea» coinvolgente l'attività imprenditoriale dello stesso e pertanto rapportabile al tipo «illeciti da reato strumentali alla politica d'impresa – nel caso intesa quale politica economico/finanziaria – della persona giuridica»[3] e posto in forte evidenza che tra i reati che dal 2001 ad oggi il legislatore ha

[3] Cfr. C.E. Paliero, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro, Atti del XXV Convegno di studio Enrico De Nicola*, Milano 13-15 marzo 2008, Giuffrè, Milano 2009, p. 288 ss., secondo il quale tra i reati che il legislatore ha previsto quali reati-presupposto si rinvengono essenzialmente quattro tipologie di illeciti penali che, «traducendosi» in quattro tipologie di illeciti degli enti, così «trasformati» vengono a costituire la parte speciale del d. lgs. 231 e che si possono enucleare in base al «rapporto» con l'ente nell'interesse o a vantaggio del quale sono stati realizzati. In prima istanza, una serie di «*reati propri della persona giuridica come tale*», che esternano il «programma criminoso» che connota invasivamente e segna negativamente la politica d'impresa della stessa, rispetto al quale gli autori-persone fisiche

File riservato ad esclusivo fine di studio

previsto quali reati-presupposto (che, permettendomi ancora una volta evidenziarlo, «trasformati» in illeciti degli enti vengono a costituire la parte speciale del d. lgs. 231), l'autoriciclaggio pare essere l'unico che richiede la realizzazione di due distinti fatti illeciti da parte del medesimo soggetto-persona fisica, mi piace provare a sostenere che la struttura del particolare illecito dell'ente di autoriciclaggio richieda che *già il delitto a monte produttore dell'utilità illecita in quanto strumentale all'autoriciclaggio dell'ente debba essere uno dei reati-presupposto costituenti ad oggi la parte speciale del d. lgs. 231 determinanti la responsabilità diretta della persona giuridica e non già qualsiasi fatto di delitto non colposo.* Con la conseguenza che l'ente nel contesto del quale è stato realizzato il reato a monte sarà il medesimo nel contesto del quale è stato successivamente realizzato l'autoriciclaggio (se così non fosse, non vi sarebbe autoriciclaggio dell'ente) e soprattutto che il soggetto attivo-persona fisica oltre ad essere, ovviamente, lo stesso autore, in esecuzione monosoggettiva od in concorso eventuale di persone, del reato a monte strumentalmente collegato e produttivo delle utilità economicamente rilevanti/oggetto materiale dell'autoriciclaggio, dovrà aver perfezionato detto reato nel prevalente o concorrente interesse od a vantaggio dell'ente ed essere anche soggetto (od uno dei soggetti concorrenti) già inserito nella stessa persona giuridica. Così quindi mantenendosi la necessità della duplice e distinta realizzazione degli illeciti «in gioco» anche nei confronti della persona giuridica: l'illecito a monte produttore delle utilità e l'illecito a valle, di autoriciclaggio di dette utilità. Ed ulteriormente specificandosi che il limite della punibilità dell'ente a valere per entrambi gli illeciti troverebbe sede nella realizzazione dei reati-presupposto nell'esclusivo interesse proprio dell'autore o di terzi, mentre l'interesse concorrente dell'autore in parola e della persona giuridica verrebbe a determinare una peculiare forma di manifestazione «in concorso» (atecnicamente inteso) tra ente appunto e persona fisica in esso inserita.

rappresentano e si rapportano come «meri» realizzatori (tra questi, giocano un ruolo primario i reati societari di cui all'art. 25 *ter*, d. lgs. 231/2001). In secondo luogo, reati «*strumentali alla politica d'impresa della persona giuridica*», politica che potrebbe essere attivamente – e, soprattutto, lecitamente – perseguita con altri mezzi: tra questi, innanzitutto i delitti di corruzione, nonchè le ipotesi di «criminalità informatica» (di cui agli artt. 25 e 24 *bis*, d. lgs. 231/2001). In terza battuta, «*reati connessi alle operatività istituzionali della persona giuridica*», anche – e purtroppo – in specifico legame con le attività produttive della stessa, in un quadro di "quotidiana" *criminalità culturale* nella gestione dei rischi appunto da produzione; con il pensiero che corre ai reati di «omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute o sicurezza sul lavoro» (art. 25 *septies*). Infine, reati ove l'*ente funge da esclusiva «copertura»*: ipotesi di «falso nummario» (art. 25 *bis*), reati di finanziamento al terrorismo (art. 25 *quater*), delitti contro la personalità individuale (art. 25 *quinquies*), o, ancora, ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 25 *octies*). Va subito evidenziato che il legislatore ha inserito il nuovo autoriciclaggio nell'art. 25 *octies*, così unendolo agli illeciti già ivi previsti e puniti: non pare tuttavia corretto far rientrare l'ipotesi nel gruppo «reati» (ed illeciti) ove l'ente funge da esclusiva «copertura».

File riservato ad esclusivo fine di studio

Va aggiunto che l'eventuale ampliamento normativo dei reati-presuppsto determinerà (per il futuro, nel rispetto del principio di irrettroattività «duplice») una espansione dell'autoriciclaggio dell'ente. Con il pensiero che corre ai reati tributari, al momento della redazione di questo scritto non rientranti nel catalogo.

1.1.1. La linea qui prospettata trova uniformità di vedute in chi, come Enrico Amati e Mara Chilosi, osservano che «in virtù del principio di legalità che permea il d. lgs. 231 [...] pare potersi ragionevolmente sostenere che il delitto a monte produttore dell'utilità illecita in quanto strumentale all'autoriciclaggio dell'ente debba essere uno dei reati presupposto costituenti la parte speciale del d. lgs. 231/2001 e non già qualsiasi fatto di delitto non colposo», potendosi così sostenere che «in virtù del principio di tassatività del sistema sanzionatorio delineato dal d. lgs. 231/01, l'irrilevanza dei delitti presupposto non può essere indirettamente recuperata nella diversa prospettiva di una loro imputazione quali delitti presupposto dell'autoriciclaggio». «Diversamente, l'art. 648 *ter*.1. si trasformerebbe in una disposizione "aperta", dal contenuto elastico, potenzialmente idonea a ricomprendere nel novero dei reati presupposto qualsiasi fattispecie delittuosa non colposa, con il pericolo di un'ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo»[4].

Va dato però atto che gli Autori non prendono posizione circa la necessità dell'uniformità del soggetto attivo persona fisica dei due reati perfezionati nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

1.1.2. Molto interessanti si presentano le riflessioni al riguardo di Carlo Piergallini[5], che osserva come se si sostenesse la responsabilità dell'ente per autoriciclaggio «qualunque sia stato il reato-fonte commesso dalla persona fisica», nel qual caso l'ente sarebbe punibile «alla sola condizione che vi sia l'identità fisica tra l'autore delle condotte illecite (quella a monte e quella, successiva, di reimpiego)», «la capacità di prevenire la consumazione del reato di autoriciclaggio, da parte dell'ente, rischierebbe di essere vanificata», trovandosi l'ente «nella sostanziale impossibilità di realizzare un'efficace mappatura e la susseguente elaborazione di presidi cautelari», venendosi così a riproporsi «lo stesso problema che grava sulla responsabilità dell'ente per i delitti di criminalità organizzata». Egli osserva come, tuttavia, in relazione alla risoluzione della questione in riferimento a detti delitti sia intervenuta l'illuminante pronuncia della

[4] Testualmente E. Amati, M. Chilosi, *Autoriciclaggio, gestione illecita di rifiuti e nuovi delitti ambientali. Profili penalistici e implicazioni 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015.

[5] Cfr. C. Piergallini, *Autoriciclaggio, concorso di perone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in *Studi in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, Bologna 2016, p. 739 ss. Le testuali affermazioni riportate nel testo sono alle pp. 750 e 751.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Corte di Cassazione n. 3635/2013[6] che ha circoscritto l'orbita dei delitti-scopo a quelli che integrano la responsabilità amministrativa dell'ente, con la Corte che ha affermato che «la contestazione del reato associativo, quale presupposto della responsabilità dell'ente, avente ad oggetto delitti-scopo estranei al catalogo dei reati presupposto, costituisce una violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal d. lgs. 231/2001: il reato associativo si trasformerebbe, infatti, in una disposizione "aperta", dal contenuto elastico, potenzialmente idonea a ricomprendere nel novero dei reati presupposto qualsiasi fattispecie di reato, con il pericolo di una ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo, i cui organi direttivi sarebbero in tal modo costretti ad adottare, su basi di assoluta incertezza e nella totale assenza di criteri di riferimento, i modelli di organizzazione previsti dall'art. 6 del d. lgs. cit., scomparendone di fatto ogni efficacia relazione agli auspicati fini preventivi».

Nel rispetto del principio di tassatività degli illeciti dell'ente, pertanto, risulta per l'Autore opportuno privilegiare anche nell'ipotesi di autoriciclaggio quest'ultima ipotesi, posto che «in caso contrario, si aprirebbe il campo ad un sistema punitivo dal doppio volto. Da un a parte, il sistema "tipico" (legale) delineato nella "parte speciale" del d. lgs. 231/2001; dall'altra parte, un sistema-catalogo "informale" (extralegale) ed "indeterminato", destinato a riempirsi del contenuti più vari».

1.1.3. Personalizza la «macro-impostazione» Roberto Bartoli, per il quale, con parziale differenza esegetica rispetto a quanto qui sostenuto, non pare sussistano ostacoli ad affermare come sia ben possibile che «mentre il reato presupposto [*dell'ente*, corsivo aggiunto] sia realizzato da una persona fisica, quello di autoriciclaggio [*dell'ente*, corsivo aggiunto] sia invece realizzato da un altro» soggetto/persona fisica, posto che ciò che rileva «è che l'ente abbia commesso sia il reato presupposto che quello di autoriciclaggio. Detto diversamente, nel sistema 231 la stessa soggettività della fattispecie di parte speciale è destinata a mutare, divenendo l'ente in quanto tale, il quale deve essere identico rispetto ai due reati, divenendo irrilevante che sia la stessa persona fisica a realizzare le due fattispecie», ferma comunque l'asserzione che «già il delitto a monte produttore dell'utilità illecita in quanto strumentale all'autoriciclaggio dell'ente deve essere uno dei reati-presupposto previsti dalla parte speciale del sistema 231»[7].

1.1.4. Chiara al riguardo la posizione espressa da Confindustria (Circolare

[6] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013 (dep. 24 gennaio 2014), n. 3635, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 988 ss.

[7] R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta… o forse mai esistita,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

del 12 giugno 2015, n. 19867), che è ben decisa nell'affermare che l'autoriciclaggio deve rilevare ai fini della responsabilità dell'ente solo nelle ipotesi in cui la provvista illecita derivi da uno dei delitti non colposi previsti in via tassativa dal d. lgs. 231. Ipotizzare l'insorgere della responsabilità dell'ente per tutti i reati previsti nel nostro ordinamento, quali potenziali reati-base dell'autoriciclaggio, equivarrebbe a sovraccaricare il sistema di prevenzione concretamente attivabile dall'impresa, rendendo pressoché impraticabile qualsiasi attività di aggiornamento del Modello organizzativo. E ciò a causa dell'impossibilità di prevedere ed implementare presidi di controllo nei confronti di qualsiasi delitto non colposo, realizzabile da dipendenti od apicali nell'interesse o a vantaggio della società di appartenenza[8].

A conforto di quanto espresso, anche Confindustria ha richiamato, in un quadro di interpretazione sistematica, la posizione assunta dalla Cassazione penale con l'importante sentenza n. 3635/2013 di cui *supra*. Con essa la Suprema Corte sembra, per Confindustria, essersi pronunciata in termini inequivoci allorquando, opponendosi al meccanismo di rinvio indeterminato alla rilevanza di qualsivoglia fatto di reato conseguente all'inserimento dei delitti associativi, di cui agli artt. 416 e 416 *bis* c.p., nel *numerus clausus* del d. lgs. 231/2001, ha affermato testualmente che «l'impostazione ricostruttiva [...] risulta inficiata da un vizio di fondo, laddove si è ritenuto di valorizzare, ai fini della responsabilità amministrativa delle società ricorrenti, una serie di fattispecie di reato [...] del tutto estranee al tassativo catalogo dei reati-presupposto dell'illecito dell'ente collettivo e come tali oggettivamente inidonee, *ex* artt. 2, 5 e 24 ss., d. lgs. 231/2001, a fondarne la stessa imputazione di responsabilità». «Né la rilevanza di quelle fattispecie può essere indirettamente recuperata», continua la Cassazione, «ai fini della individuazione del profitto confiscabile, nella diversa prospettiva di una loro imputazione quali delitti-scopo del reato associativo contestato [...] poiché in tal modo la norma incriminatrice di cui all'art. 416 c.p. – essa, sì inserita nell'elenco dei reati-presupposto [...] si trasformerebbe in violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal d. lgs. 231/2001 [...], con il pericolo di un'ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo».

2. La opposta «macro-impostazione» ritiene, come avanti già evidenziato, che la responsabilità degli enti per autoriciclaggio possa configurarsi anche in

[8] *Contra*, v. C. Santoriello, *La Circolare di Confindustria sul nuovo reato di autoriciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi: alcuni pericolosi equivoci*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, Circolare n. 7, p. 10 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

presenza di fattispecie diverse rispetto a quelle inserite nel *numerus clausus* del decreto.

2.1. Antonio Gullo aderisce a questa linea «*di ampliamento*» della responsabilità, sostenendo, con una visione negativa circa la logica e la correttezza dell'interpretazione sistematica assunta sulla base delle considerazioni della Corte di Cassazione avanti prospettate, come diversa appaia la «situazione» dell'autoriciclaggio rispetto alle associazioni criminali. Infatti, per l'Autore «è il parallelo a non convincere. Nel caso di reati associativi siamo in presenza di una norma che per definizione si appoggia e trae alimento dai delitti-fine: ricorre qui una fattispecie plurisoggettiva che, seppur non eventuale, ha anch'essa come baricentro i delitti scopo. È difficile immaginare in questo caso che l'ente possa presentare meccanismi di prevenzione del fatto associativo in sé; esso sarà chiamato piuttosto a eleborare presidi volti in definitiva a evitare la realizzazione dei delitti oggetti di un possibile programma criminoso "seriale". Diversa appare la situazione dell'autoriciclaggio: l'ente non dovrà qui preoccuparsi dell'area di rischio penale a monte di tale reato, ma piuttosto contrastare gli strumenti per contrastare il rischio che il soggetto intraneo possa investire in attività economiche, finanziarie etc. dei proventi delittuosi. Insomma, il precedente più vicino è quello del riciclaggio e non invece quello rappresentato dal caso, invero particolare, del delitto associativo»[9].

2.1.1. Ciro Santoriello, sottoscrivendo l'impostazione «omnicomprensiva», osserva come sia agevole constatare che nella gran parte dei casi l'utilizzo delle strutture societarie per ripulire proventi di provenienza criminale possa essere un episodio isolato, contingente. «Nel sistema delineato dal d. lgs. 231/2001, infatti, la responsabilità della persona giuridica non si fonda necessariamente su una consolidata partecipazione della stessa – a mezzo dei suoi organi apicali che previamente formulano le linee di politica d'impresa – all'attività criminale dei propri aderenti, giacché il legame che il legislatore richiede fra il reato commesso ed il comportamento dell'ente può consistere anche in un mero difetto gestionale dello stesso, il quale – pur non essendo un'impresa criminale e che vive costantemente nell'illegalità – beneficia comunque dei frutti e dei proventi dell'attività delinquenziale dei suoi dirigenti o loro collaboratori. La fonte della colpevolezza della persona giuridica è infatti quella che la dottrina ha definito come "colpa di organizzazione", dovendo l'ente rispondere del reato commesso da determinate persone fisiche solo quando alcune lacune e manchevolezze nell'organizzazione della sua attività abbiano consentito ad altri soggetti di tenere le condotte delittuose. Queste conclusioni non mutano di segno né perdono di validità quando il reato presupposto della responsabilità della società

[9] Cfr. A. Gullo, *Autoriciclaggio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

sia un fatto di autoriciclaggio e la società debba risponderne ai sensi dell'art. 25 *octies* d. lgs. 231/2001»: «la colpevolezza dell'ente rimane la risultante del combinarsi di più fattori ed in particolare della commissione di un delitto da parte della persona fisica unitamente agli ulteriori requisiti richiesti dal d. lgs. 231/2001 (ovvero, la particolare qualifica nella struttura societaria dell'autore del reato, la circostanza che l'illecito sia stato commesso nell'interesse o sia andato a vantaggio della società, la sussistenza di un deficit organizzativo)»[10].

2.1.2. In posizione «intermedia» si pone chi, come Franco Ruggeri[11], a livello generale ritiene condivisibile la posizione limitatrice, alla luce del principio di legalità, sancito dall'art. 25 della nostra Costituzione e ribadito, a livello speciale, dall'art. 2, d. lgs. 231/2001[12]. Sostenendo che «sulla scorta delle garanzie sancite dalla legalità formale, pertanto, e del principio di tassatività-determinatezza che di essa è corollario, cui storicamente si informa ogni sistema penale di carattere liberale e democratico che intenda opporsi all'*arbitrium iudicis* nell'applicazione della pena, l'autoriciclaggio dovrebbe rilevare, ai fini dell'eventuale responsabilità 231 dell'ente, soltanto laddove il reato-base rientri tra quelli previsti in via tassativa dal Decreto citato. A pena di estendere in modo del tutto indeterminato ed arbitrario la responsabilità della persona giuridica, pur in assenza di una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto». Tuttavia, osserva l'Autore come l'indirizzo espresso dalla Cassazione penale nella sentenza 3635/2013 (*supra* richiamata), non sia il solo indirizzo a trovare cittadinanza nella giurisprudenza della Suprema Corte. Il riferimento è «a talune fattispecie di reato tributario. Queste ultime, infatti, come noto escluse dal catalogo della 231, quand'anche materialmente commesse da singole persone fisiche, quali dipendenti o apicali di società commerciali, sono suscettibili di determinare profitti che si possono rinvenire direttamente nelle casse delle persone giuridiche, nel cui interesse o vantaggio sono state compiute. Si veda a tal proposito, Cass. pen., S.U., 5 marzo 2014, n. 10561, ed i principi di diritto che in essa trovano espressa attuazione. Con tale pronuncia la Suprema Corte si schiera a favore dell'applicazione della misura cautelare del sequestro preventivo nei confronti della persona giuridica (cioè, disattendendo apertamente la stretta adesione al disposto del d. lgs. 231/2001), laddove finalizzata alla confisca

[10] C. Santoriello, *Alcune precisazioni in tema di autoriciclaggio e responsabilità da reato delle società*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, p. 150 ss. e spec. p. 155 ss.

[11] Così F. Ruggeri, *L'autoriciclaggio nei Modelli di organizzazione, gestione e controllo: tra gli auspici di Confindustria e l'interpretazione estensiva della giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, p. 333 ss. e spec. p. 336 ss. Cfr. altresì L. Troyer, *Autoriciclaggio e responsabilità degli enti tra problemi dogmatici e suggerimenti pratici*, in *Società*, 2016, p. 626 ss.

[12] Ai sensi del quale «*L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto*».

File riservato ad esclusivo fine di studio

di denaro o beni fungibili riconducibili a profitto di reato tributario, sempre che il profitto, o i beni direttamente riconducibili al profitto, siano nella disponibilità della persona giuridica». «Difficile, quindi, *sarebbe* [corsivo aggiunto] non ravvisare nella presente sentenza e negli elementi di fatto su cui si fonda, una svolta scientemente operata dalle Sezioni Unite, seppur contenuta e delimitata da specifici principi di diritto, nell'intento di dare tutela alle reali esigenze di giustizia emergenti nel caso concreto, quand'anche non propriamente conformi all'operato attuale del Legislatore». Apparrebbe allora «evidente la volontà della Suprema Corte di estendere la responsabilità amministrativa degli enti, oltre i limiti di quanto legislativamente previsto. Anzi, ci si chiede se forse non sarebbe più opportuno – e corrispondente all'attuale interpretazione ortopedica della Cassazione – considerare i reati tributari già inseriti, di fatto, nel *numerus clausus* degli illeciti suscettibili di ingenerare la responsabilità dell'ente e le conseguenze cautelari che da essa si fanno discendere».

2.1.3. ABI (Associazione Bancaria Italiana – Circolare n. 6 del 1 dicembre 2015, Serie Legale) ritiene opportuno delimitare la responsabilità *ex* d. lgs. 231/2001 nel modo che segue.

Con l'inserimento del nuovo delitto di autoriciclaggio all'interno dell'art. 25 *octies* e posto che ogni delitto non colposo produttivo di un provento può costituire il reato-presupposto del delitto di autoriciclaggio, la teorica espansione della responsabilità da reato dell'ente, ricorrendone ovviamente tutte le altre condizioni previste dal d. lgs. 231/2001 deve essere temperata dall'applicazione rigorosa dei principi di legalità e tassatività. In particolare, per potersi configurare responsabilità dell'ente ai sensi del d. lgs. 231/2001 per il reato di autoriciclaggio, appare necessario che:

1. un soggetto apicale o subordinato commetta o concorra a commettere un delitto non colposo produttivo di un provento, presumibilmente (ma non necessariamente) nell'interesse o a vantaggio dell'ente; quest'ultimo ne sarà responsabile ai sensi del d. lgs. 231 /2001, solo se ciò sia espressamente previsto da detto Decreto;

2. lo stesso soggetto poi impieghi, sostituisca o trasferisca (in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative) quel provento (in ciò concretandosi la condotta di autoriciclaggio) nell'interesse o a vantaggio dell'ente (che quindi abbia la disponibilità o tragga vantaggio dall'utilizzo dei proventi del delitto non colposo commesso dal proprio soggetto apicale o dal dipendente), in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa del provento medesimo.

È dubbio peraltro che l'art. 25 *octies* possa essere interpretato nel senso di escludere la rilevanza, ai fini della configurabilità dell'illecito amministrativo dell'ente, di condotte che abbiano a oggetto proventi di reati non previsti nell'e-

File riservato ad esclusivo fine di studio

lenco dei reati presupposto.

È comunque essenziale la funzione selettiva, sia ai fini della responsabilità penale del soggetto agente, che della responsabilità amministrativa dell'ente, svolta dal requisito del concreto ostacolo alla provenienza delittuosa: esso dovrà essere puntualmente riscontrato, per evitare il rischio di punire per autoriciclaggio anche operazioni di reimpiego delle utilità illecite prive di quell'ulteriore disvalore penale che fonda la punibilità del reato di cui all'art. 648 *ter*. 1, c.p. In altri termini, sarà necessario accertare la sussistenza di condotte dissimulatorie ovvero anomale rispetto all'ordinaria attività mentre semplici operazioni «tracciabili», non avendo tali caratteristiche, non dovrebbero assumere rilevanza penale; diversamente si priverebbe di significato la precisa scelta del legislatore di esigere una idoneità «qualificata» dell'operazione a impedire la ricostruzione della provenienza delittuosa del denaro, dei beni e della utilità che sono oggetto[13].

3. Formulo i voti che, una volta ritenuta insostenibile l'interpretazione principale limitatrice da me sottoscritta, giunga in subordine almeno a radicarsi la necessità che il reato a monte dell'autoriciclaggio, pur non essendo un reato-presupposto rientrante nel catalogo ai sensi del d. lgs. 231/2001, ma un qualsivoglia delitto non colposo, risulti comunque obbligatoriamente perfezionato nell'interesse o a vantaggio dell'ente e sia quindi stato posto in essere dal soggetto già inserito nella stessa persona giuridica. Rispetto alla linea limitatrice, esclusa la predeterminata e vincolante seriazione, si amplierebbe il novero dei reati a monte, con possibile attenzione quindi anche ai reati tributari ad esempio realizzati da un amministratore nell'interesse o a vantaggio della società, mantenendosi peraltro almeno «vivo» il duplice, stretto legame che deve intercorrere tra il reato della persona fisica e l'illecito della persona giuridica sia in relazione al reato a monte dell'autoriciclaggio, sia in relazione al reato di autoriciclaggio.

Va peraltro evidenziato che potrebbe ipotizzarsi il particolare caso in cui un ente del tutto «estraneo» al (qualsivoglia) reato a monte si determini di accettare od avvantaggiarsi (quindi con suo interesse o vantaggio, seppur per logica certamente non esclusivi, ma concorrenti con quelli dell'autore del reato a monte) del fatto che l'autore di detto delitto non colposo produttore di utilità economiche, quale soggetto inserito nell'organigramma dell'ente e quindi «per-

[13] Cfr. E. Bertolli, S. Farnetani, *Autoriciclaggio e aggiornamento dei Modelli organizzativi: spunti di riflessione in attesa dell'orientamento della giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, p. 137 ss. V. altresì M. Pansarella, F. Petrillo, *L'impatto del nuovo reato di autoriciclaggio sul Modello organizzativo 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, p. 9 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

fetto» anche dal punto di vista del legame richiesto dal d. lgs. 231/2001 *in parte qua*, perfezioni la condotta di autoriciclaggio. A mio vedere, sarebbe difficile costruire sulla unitaria condotta e l'illecito dell'ente di autoriciclaggio e il delitto della persona fisica, ma si verrebbe a creare la sorprendente situazione di ente quale soggetto-persona giuridica riciclatore di proventi delittuosi altrui, con soggetto attivo-persona fisica autoriciclatore e riciclatore nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica. Per contro, lasciare «impunita» la persona giuridica parrebbe eticamente inaccettabile: ma questo potrebbe essere il risultato della disattenta e semplicistica trasposizione normativa. Si giungerà così, purtroppo, ad un «aggiustamento» operativo, con indifferenza alla costruzione giuridica ed in disprezzo della caratteristica dell'autoriciclaggio in punto identità del soggetto attivo dei due illeciti strumentalmente collegati, punendosi per autoriciclaggio l'ente che ha agevolato l'autoriciclaggio altrui[14].

[14] Cfr. al riguardo Cass. pen., sez. II, 4 maggio 2018 (dep. 7 giugno 2018), n. 25979, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, ove, sulla linea opposta a quella qui privilegiata, si ritiene l'ente responsabile per l'avvenuto impiego nella attività imprenditoriale di denaro proveniente da delitto di estorsione in modo da ostacolare concretamente la identificazione della provenienza delle somme.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Antonio Parbonetti

Caratteristiche e modalità di gestione delle aziende criminali

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Definizione e Criteri per l'identificazione delle aziende criminali. – 3. Risultati. – 3.1. Aziende criminali: un fenomeno del Sud Italia? – 3.2. Mafia vuol dire solo costruzioni? – 3.3. Aziende criminali e non a confronto: *red flags* ed indicatori economico-finanziari. – 3.4. Le modalità di gestione delle aziende criminali. – 3.4.1. Le aziende criminali di «Supporto» – 3.4.2. Le «Cartiere». – 3.4.3. Le Aziende «Star». – 3.5. Analisi delle differenze territoriali. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente lavoro intende analizzare le caratteristiche delle aziende connesse alla criminalità organizzata localizzate nel Centro-Nord Italia. Precedenti studi hanno evidenziato un radicamento delle organizzazioni criminali nel tessuto economico del Centro-Nord Italia ottenuto anche grazie al ricorso ad aziende che dietro l'apparenza della legalità sono funzionali, in vario modo, allo sviluppo criminale delle organizzazioni stesse. Nonostante il numero non esiguo di aziende connesse con la criminalità molte domande non hanno ancora trovato risposta. In particolare, resta tuttora non chiaro quale sia il contributo delle aziende alle organizzazioni criminali e quali siano le caratteristiche delle aziende connesse con la criminalità. I pochi studi sul tema hanno evidenziato come le aziende criminali:

a) Sono sostanzialmente utilizzate per il riciclaggio realizzato mediante l'investimento di denaro di provenienza illecita;
b) Operano in settori a basso contenuto tecnologico, basso grado di apertura verso l'estero, alta intensità di manodopera, popolati perlopiù da aziende medio-piccole, caratterizzati da una forte deregolamentazione, alta specificità territoriale, alta attrattività di risorse pubbliche ed eleva-

File riservato ad esclusivo fine di studio

to coinvolgimento della pubblica amministrazione;

c) Hanno un vantaggio competitivo derivante dalla disponibilità di risorse finanziarie a basso costo, dalla capacità di contrazione del costo del lavoro, e da una accentuata propensione a ricorrere a pratiche di evasione fiscale;
d) Mostrano una composizione degli *asset* (risorse investite) fortemente sbilanciata a favore del circolante: liquidità e crediti finanziari a breve termine.

L'analisi delle caratteristiche delle aziende criminali che abbiamo condotto in questo studio è ottenuta confrontando i loro dati di bilancio con quelli di un gruppo di aziende non criminali. In particolare, lo studio si basa su 120 operazioni di polizia condotte contro la mafia tra il 2005 e il 2014 nel Centro-Nord Italia che hanno consentito di individuare 643 aziende criminali e un campione complessivo di 2.507 osservazioni. La scelta di restringere l'analisi alle aziende criminali del Centro-Nord Italia rappresenta un tratto distintivo del nostro lavoro e un elemento di differenziazione rispetto a precedenti ricerche (*Transcrime*, 2013; Ravenda *et al.*, 2015a, 2015b) ed è motivata da due elementi: 1) ci consente di studiare le modalità con cui attraverso il controllo di aziende apparentemente legali, le maggiori organizzazioni criminali hanno avuto la capacità di radicarsi in territori diversi da quelli di origine; 2) la minore pervasività rispetto alle regioni del Sud delle organizzazioni criminali ci permette di assumere che le aziende non coinvolte in azioni di polizia non sono connesse con la criminalità. Questo ci offre la possibilità di individuare un campione di controllo.

Recentemente, uno studio realizzato da Alberti (2016) ha utilizzato informazioni relative ai fascicoli processuali del Tribunale di Milano (per il periodo 2000-2015) al fine di studiare l'attività di contrasto all'infiltrazione mafiosa da parte della Procura e del Tribunale di Milano e la presenza del crimine organizzato nel tessuto dell'economia di alcune aree del Nord Italia. In particolare, lo studio di un campione di 67 provvedimenti di confisca ha portato a dei risultati che offrono un interessante spaccato sulla connessione tra mafia e tessuto imprenditoriale.

Il nostro lavoro contribuisce a questa letteratura ampliando lo spettro di osservazione ed offrendo nuove e più dettagliate evidenze ed intuizioni sulle caratteristiche delle aziende criminali. La nostra analisi ha evidenziato tratti distintivi delle aziende criminali che tipicamente non sono presi in considerazione, mentre alcune caratteristiche tipicamente attribuite alle aziende connesse con la criminalità non trovano supporto nell'analisi dei loro bilanci.

In particolare, i risultati evidenziano come non esista un'unica tipologia di azienda criminale: sono state infatti individuate tre distinte modalità di utilizzo

File riservato ad esclusivo fine di studio

delle aziende da parte delle organizzazioni criminali evidenziando una pluralità di forme in precedenza non esaminate.

2. Definizione e Criteri per l'identificazione delle aziende criminali

In questo studio definiamo un'azienda come criminale se:

- È stata sequestrata o confiscata dalle autorità italiane perché connessa con organizzazioni mafiose;
- Una persona arrestata e condannata per reati di stampo mafioso siede nel consiglio di amministrazione;
- Una persona arrestata e condannata per reati di stampo mafioso è azionista e possiede una partecipazione almeno pari al 10%.

Sebbene il primo gruppo sia particolarmente rilevante, concentrarsi esclusivamente sulle aziende sequestrate e confiscate non è un criterio sufficiente per identificare la popolazione di aziende criminali. Infatti, sempre più frequentemente, le organizzazioni mafiose infiltrano realtà economiche attraverso membri qualificati e figure professionali. Per tale motivo, abbiamo deciso di ampliare il criterio di identificazione rispetto a studi precedenti che hanno utilizzato solo l'universo delle imprese confiscate in una dato periodo e in una certa area.

In sintesi, un'azienda può essere o diventare criminale attraverso diverse modalità:

- L'organizzazione mafiosa costituisce un'azienda a servizio delle proprie attività illecite, nella quale figurano come soci e/o amministratori prestanome o affiliati stessi;
- L'organizzazione mafiosa infiltra aziende esistenti attraverso l'acquisto di quote societarie da parte di affiliati (o prestanome), che possono anche (o in alternativa) assumere la carica di amministratori.

Dal campione oggetto di analisi sono state escluse le società di persone in quanto i bilanci non sono disponibili.

L'identificazione delle aziende connesse alla criminalità organizzata è stata possibile in quanto dal 1982 il Codice Penale italiano regola specificatamente, nell'articolo 416 *bis*, i crimini legati alla mafia. Questo articolo definisce le organizzazioni di stampo mafioso come quei gruppi che:

«*Si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri*».

Ai fini dell'identificazione delle aziende criminali è stato ideato un protocollo di raccolta dei dati che a partire da documenti ufficiali quali ordinanze di

File riservato ad esclusivo fine di studio

custodia cautelare e sentenze dei relativi processi permettesse di individuare le aziende criminali. In particolare, abbiamo raccolto informazioni sulle operazioni di polizia avvenute nel Centro-Nord Italia nel periodo 2005-2014. Le operazioni precedenti sono state escluse per due motivi:

- Le informazioni sulle operazioni e i dati economico-finanziari delle aziende non sono facilmente reperibili prima del 2004;
- I dati raccolti oltre dieci anni fa non sono comparabili con quelli più recenti e questo comprometterebbe la validità del nostro studio.

Le operazioni sono state individuate utilizzando i report della Commissione Antimafia del Parlamento italiano, siti web delle associazioni antimafia, stampa nazionale ed internazionale, libri che trattano argomenti relativi alla mafia. Successivamente, sono state eliminate le operazioni per le quali le sentenze di primo grado non erano ancora disponibili. Di conseguenza, le operazioni più recenti nel nostro *dataset* risalgono all'inizio del 2014.

Dai documenti ufficiali relativi alle ordinanze di custodia cautelare, abbiamo ottenuto le informazioni anagrafiche dei soggetti arrestati (nome e cognome, data e luogo di nascita e, in alcuni casi, la residenza) e la ragione sociale e l'indirizzo della sede legale delle aziende sequestrate. Da questa lista abbiamo eliminato i soggetti che sono stati successivamente giudicati innocenti e le aziende per le quali il provvedimento di sequestro è stato annullato. In totale, questa seconda fase – oltre alle aziende sequestrate – ha portato all'individuazione di 1.567 soggetti condannati per reato di associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416 *bis*) in primo grado di giudizio o successivo.

Il database «Telemaco», delle Camere di Commercio italiane, è stato utilizzato per verificare se i soggetti condannati sono collegati a società italiane secondo le modalità sopra descritte. Tali aziende sono state considerate criminali per tutto il periodo nel quale il soggetto condannato ha ricoperto la carica di amministratore e/o ha posseduto quote societarie (periodo di infiltrazione). Dall'analisi è risultato che circa il 25% dei soggetti condannati ha ricoperto la carica di amministratore e/o è stato azionista in una società di capitali italiana (localizzata nel Centro-Nord Italia). Pertanto, il nostro campione di aziende criminali include sia aziende sequestrate alla mafia, sia aziende ad essa connesse attraverso un socio o un amministratore. Una volta redatto l'elenco delle aziende criminali, abbiamo ottenuto i dati economico-finanziari di queste aziende dal database AIDA. Complessivamente, siamo riusciti a raccogliere dati su 643 aziende criminali analizzate nel periodo 2005-2014 per un totale di 2.507 osservazioni.

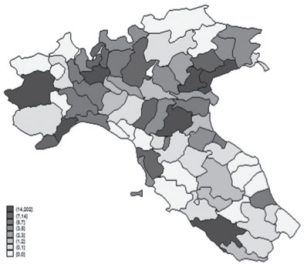
File riservato ad esclusivo fine di studio

3. Risultati

3.1. Aziende criminali: un fenomeno del sud Italia?

La nostra indagine esplorativa ha mosso i primi passi dall'osservazione della distribuzione delle aziende criminali sul territorio (Figura 1).

Figura 1 – Distribuzione aziende criminali per provincia



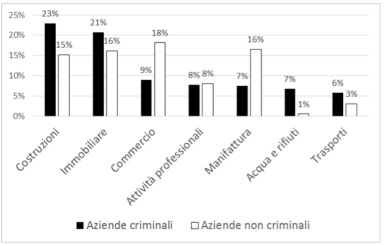
Il primo dato che risulta evidente è che il fenomeno mafioso, sebbene esteso, si concentra in alcune particolari aree. Al Nord la maggior parte delle aziende mafiose si concentra in Lombardia, in particolare nelle province di Milano, Lecco e Brescia, in Piemonte (soprattutto in provincia di Torino), in Liguria (principalmente nella provincia di Savona), a Bologna in Emilia-Romagna, in provincia di Padova e Venezia in Veneto e nella provincia di Roma in Lazio. Nonostante vi sia una concentrazione di aziende criminali in determinate aree, la Figura 1 chiaramente mostra la pervasività dell'infiltrazione mafiosa nei territori del Centro-Nord Italia. Risulta pertanto smentita la credenza che il fenomeno mafioso sia un problema che riguarda prevalentemente il Sud Italia o zone la cui economia è poco sviluppata. Quanto riscontrato si presenta in linea con recenti studi che hanno evidenziato la crescente diffusione della mafia al di fuori dei confini tradizionali e che si caratterizza come pervasiva nelle regioni centrali e settentrionali del Paese. A tal riguardo, è importante notare come la distribuzione delle aziende criminali, riportata in Figura 1, rispecchi la distribuzione geografica di indicatori di criminalità mafiosa comunemente citati o rilevati in alcuni studi, avvalorando ulteriormente la nostra strategia di identificazione delle aziende criminali. Tali investigazioni hanno anche mostrato come le organizzazioni mafiose tendano a concentrarsi in comuni di medie e piccole dimensioni, in quanto sono caratterizzati da condizioni ideali per l'attecchimento e la diffusione della mafia, quali debole presidio delle forze dell'ordine, minore interesse suscitato nella grande stampa nazionale e una maggiore facilità di contatto e accesso alle amministrazioni locali.

File riservato ad esclusivo fine di studio

3.2. Mafia vuol dire solo costruzioni?

La Figura 2 evidenzia i settori nei quali operano le aziende criminali identificate in questo studio, mettendo a confronto la loro distribuzione con quella della popolazione di aziende non criminali.

Figura 2 – Distribuzione aziende criminali per settore



In linea con precedenti studi, i settori più «popolati» sono il settore delle costruzioni e il settore delle attività immobiliari. Notiamo, inoltre, una rilevante diffusione di aziende criminali nel settore della gestione dei rifiuti e fornitura d'acqua. Tuttavia, accanto a questi settori che rappresentano aree di investimento «tradizionali» per le aziende criminali, dalla Figura 2 emerge una presenza delle organizzazioni criminali traversale a quasi tutte le attività economiche. Ancora più importante è notare come, seppur con i dovuti distinguo, la distribuzione per settore delle aziende criminali non si discosta di molto da quella delle aziende non criminali. Tale aspetto mette in luce come le aziende criminali siano in grado di «mimetizzarsi» sul territorio andando ad operare negli stessi ambiti presidiati dalle aziende non criminali. In linea generale, i dati riportati ci aiutano a capire come la mafia «imprenditoriale», che si è diffusa nel Centro-Nord Italia, non sia semplicemente la mafia «tradizionale» che investe principalmente nelle costruzioni e nel movimento terra, ma una sua evoluzione più radicata, che infiltra in maniera sistematica ed estesa il tessuto economico.

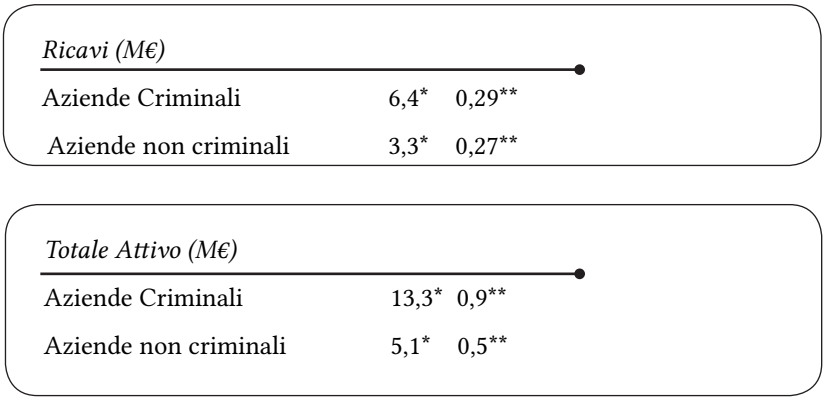
3.3. Aziende criminali e non a confronto: red flags *ed indicatori economico-finanziari*

Dopo aver brevemente descritto la composizione del nostro campione di aziende criminali in termini di presenza sul territorio e settore di attività, abbiamo analizzato alcuni dati di bilancio mettendo a confronto le aziende criminali con un gruppo di controllo costituito da tutte le aziende non criminali disponibili nel database AIDA operanti nel centro-nord Italia. In particolare, abbiamo condotto l'analisi utilizzando 5.176.641 osservazioni di controllo. Nelle figure che seguono, abbiamo sempre riportato i valori mediani e, ove la distribuzione

File riservato ad esclusivo fine di studio

delle variabili li rendeva informativi, i valori medi. Un primo aspetto oggetto di analisi è stata la dimensione delle aziende criminali (Figura 3).

Figura 3 – La dimensione delle aziende criminali



*Media **Mediana

Le due grandezze che abbiamo considerato sono i ricavi di vendita e il totale attivo. Dal confronto riportato in figura, appare evidente come le aziende criminali siano in media più grandi delle aziende non criminali. I ricavi medi delle aziende criminali ammontano a 6,4 milioni di euro mentre il totale attivo (che rappresenta il totale delle risorse complessivamente investite in azienda) a circa 13,3 milioni di euro. Tali valori sono sensibilmente più elevati di quelli registrati dalle aziende non criminali. Questo confronto evidenzia come le aziende criminali non possono essere considerate micro iniziative economiche. Stesse considerazioni possono essere fatte se ci soffermiamo sulle mediane, anche se in questo caso la distanza tra i due gruppi è più limitata. Nel complesso, la Figura 3 esplicita la rilevanza economica del fenomeno sotto analisi: le aziende connesse alla criminalità organizzata sono tutt'altro che piccole e sono in grado di muovere risorse finanziare ragguardevoli.

Un secondo aspetto su ci siamo soffermati riguarda la performance. La Figura 4 riporta i valori mediani del ROE (*Return on Equity*) e dell'EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*) sul totale attivo.

Tradizionalmente, si ritiene che le aziende criminali – sulla base di due vantaggi competitivi, basso costo del denaro e della manodopera – abbiano performance superiori alla media delle aziende non criminali. I dati riportati, invece, evidenziano come in media non ci siano differenze significative di performance. Tuttavia, tale dato cela un'eterogeneità tra le aziende criminali che verrà

File riservato ad esclusivo fine di studio

analizzata in seguito. Accanto alla performance, un'altra dimensione di analisi particolarmente interessante è quella della liquidità e dell'indebitamento. Se osserviamo i livelli di indebitamento riportati in Figura 5 notiamo che le aziende criminali tendono ad essere più indebitate di quelle non criminali. Nello specifico, il livello di indebitamento della aziende criminali è estremamente elevato poiché il valore mediano del rapporto tra totale debiti ed attivo raggiunge l'89%.

Figura 4 – Indebitamento delle aziende criminali

ROE	
Aziende Criminali	2,5%**
Aziende non Criminali	2,8%**

EBITDA/Attivo	
Aziende Criminali	3,2%**
Aziende non Criminali	4,8%**

**Mediana

Figura 5 – Performance delle aziende criminali

Rapporto Indebitamento	
Aziende Criminali	89%**
Aziende non Criminali	82%**

**Mediana

Questo risultato è inatteso in quanto si tenderebbe a pensare che le aziende criminali ricorrano in misura maggiore al capitale proprio attingendo la liquidità necessaria dalle attività illecite. Tuttavia, le nostre analisi smentiscono tale convinzione ed evidenziano un ulteriore problema legato all'infiltrazione mafiosa nel tessuto imprenditoriale: essa drena risorse finanziare dal sistema sottraendole potenzialmente alle aziende sane. In presenza di risorse finanziarie limitate, tale situazione introduce un ulteriore elemento distorsivo che potrebbe

File riservato ad esclusivo fine di studio

riflettersi nella capacità di investimento delle aziende non criminali. Se guardiamo, inoltre, ai livelli di liquidità notiamo che, sorprendentemente, le aziende mafiose sono meno liquide di quelle non criminali (Figura 6). Tuttavia, anche in questo caso, i risultati medi celano un'eterogeneità tra le aziende criminali che sarà oggetto delle successive analisi.

Figura 6 – Liquidità delle aziende criminali

Liquidità (su totale attivo)		
Aziende Criminali	9,9%*	2,1%**
Aziende non Criminali	11,7%*	3,5%**

*Media **Mediana

3.4. Le modalità di gestione delle aziende criminali

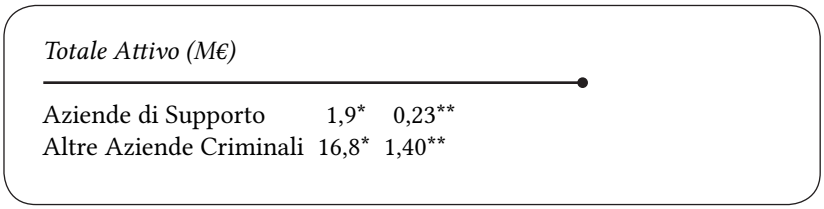
Finora ci siamo soffermati sull'analisi del campione di aziende criminali nella sua interezza, documentando alcune differenze che osserviamo in media tra le aziende criminali e non. Nei paragrafi successivi, mostreremo che è possibile individuare tre distinti gruppi di aziende criminali, che abbiamo denominato aziende di «Supporto», «Cartiere» e «Star». Nella nostra interpretazione, tali gruppi di aziende rispondo a diverse modalità di gestione delle aziende criminali ed ogni tipologia di azienda risponde ad un ruolo che ad essa è stato affidato dall'organizzazione criminale.

3.4.1. Le aziende criminali di «Supporto»

Da una prima esplorazione del campione delle aziende criminali è emerso che un numero non irrilevante di osservazioni presenta ricavi pari a zero. In particolare, questa è una peculiarità comune a circa il 24% delle aziende. Tale caratteristica è particolarmente strana poiché si tratta di aziende costituite ad esempio per produrre e vendere un determinato prodotto e che dalla vendita di quel prodotto non ricevono ricavo alcuno. Se andiamo a confrontare la dimensione di queste aziende con quella delle altre aziende criminali (Figura 7), notiamo che il gruppo che stiamo prendendo in considerazione registra valori medi e mediani del totale delle attività nettamente più bassi, si tratta pertanto di aziende più piccole rispetto alla media delle aziende criminali.

File riservato ad esclusivo fine di studio

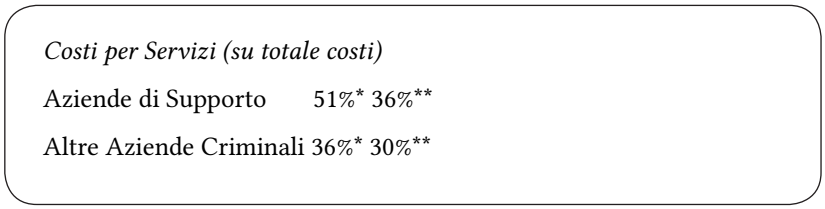
Figura 7 – La dimensione delle Aziende di «Supporto»



*Media **Mediana

Un altro tratto distintivo di tale gruppo di aziende riguarda l'altissima incidenza dei costi per servizi. Come si evince dalla Figura 8, i costi per servizi di tali aziende rappresentano in media oltre la metà di tutti i costi operativi, percentuale decisamente più alta rispetto a quella registrata dalle altre aziende criminali.

Figura 8 – La struttura dei costi delle Aziende di «Supporto»



*Media **Mediana

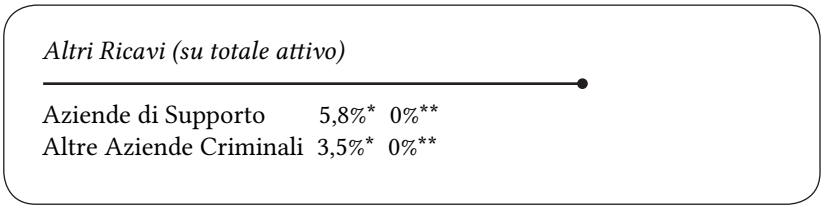
Infine, come riportato in Figura 9, queste aziende non solo mostrano livelli di redditività più bassi rispetto a quelli delle altre aziende criminali, ma addirittura negativi. Le perdite sono, tuttavia, attenuate dalla presenza di ricavi non operativi particolarmente alti (Figura 10). Risulta pertanto chiaro che l'obiettivo legato a questo tipo di infiltrazione non è quello di generare profitti attraverso l'attività imprenditoriale, né tantomeno di far percepire l'azienda come di successo.

Figura 9 – La performance delle Aziende di «Supporto»

*Media **Mediana

File riservato ad esclusivo fine di studio

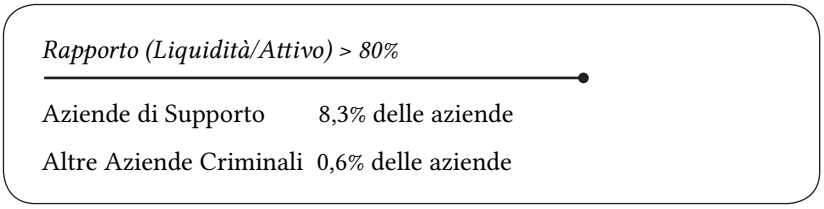
Figura 10 – Altri Ricavi (su totale attivo) delle Aziende di «Supporto»



I dati evidenziano dunque un gruppo di aziende con caratteristiche «anomale». L'interpretazione di tali evidenze induce a ritenere che si tratti di aziende di supporto alle esigenze dell'organizzazione criminale. In particolare, i costi per servizi possono far ipotizzare che queste aziende acquistino mezzi e servizi messi successivamente nella disponibilità dell'organizzazione stessa.

In tale prospettiva, un ulteriore elemento di interesse è relativo alla liquidità poiché, coerentemente con lo scopo di supportare direttamente l'organizzazione criminale, tali aziende potrebbero mantenere livelli di liquidità elevati. A tal proposito, è stata calcolata la percentuale di aziende «molto liquide» (per le quali il totale delle disponibilità liquide rappresenta almeno l'80% del totale degli impieghi) nel sotto-campione delle aziende di «Supporto» (Figura 11), evidenziando come circa l'8,3% di tali aziende (contro lo 0,6% delle altre aziende criminali) svolga il ruolo di «accumulo di risorse finanziarie».

Figura 11 – % Aziende di «Supporto» altamente «liquide»



3.4.2. Le «Cartiere»

Dopo aver individuato le aziende che presentano ricavi pari a zero, sono state analizzate quelle con ricavi positivi. Una caratteristica tipica di circa il 25% del campione «criminale» è il movimento «sincrono» di ricavi e costi operativi. In altre parole, queste aziende presentano una correlazione dei ricavi e dei costi operativi superiore al 99% nel periodo oggetto di osservazione (Figura 12).

File riservato ad esclusivo fine di studio

Figura 12 – Correlazione Ricavi/Costi delle Aziende "Cartiere

Correlazione Ricavi/Costi	
Aziende Cartiere	99,8%*
Altre Aziende Criminali	58,3%*

*Media

Questo dato, supportato come vedremo dalle esplorazioni successive, suggerisce che il ruolo di queste aziende è quello di riciclare l'enorme quantità di denaro accumulata attraverso i traffici illegali. Per quanto riguarda la dimensione, si tratta di aziende medio-piccole (Figura 13) caratterizzate, come ci si potrebbe aspettare, da un'alta volatilità dei ricavi rispetto alle altre aziende criminali. Nello specifico, le aziende analizzate nel nostro studio hanno registrato una volatilità media dei ricavi del 123% (Figura 14).

Figura 13 – La dimensione delle Aziende «Cartiere»

Totale Attivo (M€)		
Aziende Cartiere	9,0*	1,30**
Altre Aziende Criminali	4,7*	0,87**

*Media **Mediana

Figura 14 – Variabilità dei Ricavi delle Aziende «Cartiere»

Variabilità Ricavi		
Aziende Cartiere	123%*	43%**
Altre Aziende Criminali	77%*	56%**

*Media **Mediana

Da queste informazioni aggiuntive appare dunque ragionevole ipotizzare che il ruolo rivestito da tali aziende sia quello di svolgere il ruolo di «Cartiere»

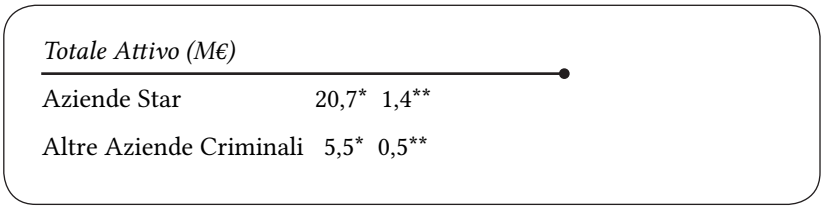
File riservato ad esclusivo fine di studio

in senso «classico». È importante osservare come il meccanismo di riciclaggio faccia perno sugli scambi commerciali di acquisto e vendita, con ogni probabilità (almeno in parte) fittizi, finalizzati a movimentare il denaro generando sorgenti legittime dello stesso e giustificando le eventuali disponibilità liquide.

3.4.3. Le Aziende «Star»

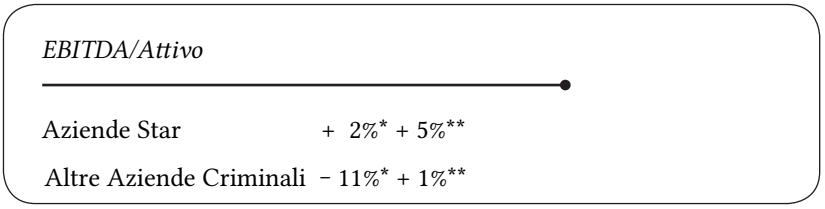
Il terzo gruppo individuato rappresenta la restante metà di aziende criminali ed è costituito da aziende che sono generalmente molto più grandi delle altre criminali (Figura 15) e che hanno una performance più elevata (Figura 16). Proprio in considerazione della elevata redditività e della dimensione sono state definite come aziende «Star». Inoltre, essendo stato individuato per differenza, tale gruppo di aziende è particolarmente eterogeneo al suo interno e probabilmente include un gruppo di aziende «ibride» che non assolvono strettamente alla funzione di aziende «Star». Depurata dall'effetto di tali aziende «ibride», la performance delle aziende «Star» è ancora maggiore di quella riportata in Figura 16 e raggiunge valori medi di EBITDA su totale attivo e ROE a due cifre (12% e 29%, rispettivamente).

Figura 15 – La dimensione delle Aziende «Star»

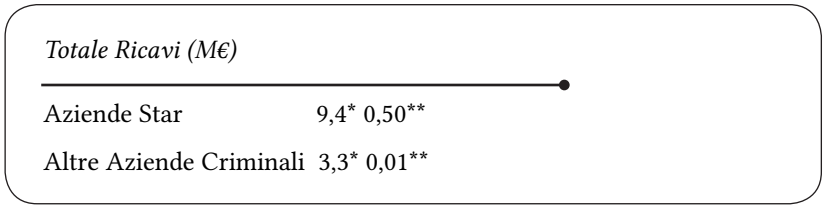


*Media **Mediana

Figura 16 – La performance delle Aziende «Star»



*Media **Mediana

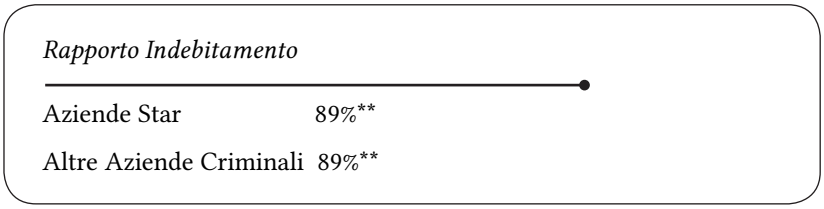


*Media **Mediana

File riservato ad esclusivo fine di studio

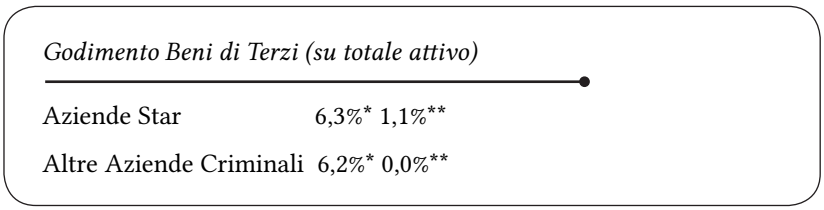
Per ciò che riguarda l'indebitamento, l'analisi evidenzia che queste aziende non sono più indebitate delle altre aziende criminali (Figura 17). Tuttavia, come emerge dalla Figura 18, esse tendono ad avere una proporzione più elevata di costi per godimento di beni di terzi (costi per affitti e per beni in leasing). Si consideri come l'acquisizione di beni in leasing di fatto implica una forma di indebitamento che, anche se non rilevata a bilancio, conferma la tendenza delle aziende criminali a fare riferimento a fonti esterne di finanziamento, contrastando con l'idea per cui, grazie all'enorme quantità di risorse di cui dispongono, le aziende connesse alla mafia non necessitano di finanziamenti esterni.

Figura 17 – Indebitamento delle Aziende «Star»



**Mediana

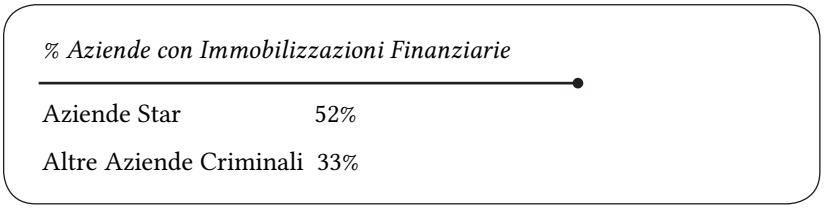
Figura 18 – Godimento di Beni di Terzi (su totale attivo) delle Aziende «Star»



*Media **Mediana

La Figura 19, infine, riporta il dato relativo alla frequenza con cui le aziende criminali hanno immobilizzazioni finanziare. I dati evidenziano come la maggior parte delle aziende «Star» detiene immobilizzazioni finanziarie mentre solo il 33% delle altre aziende criminali detiene almeno un investimento in partecipazioni.

Figura 19 – Percentuale aziende con Immobilizzazioni Finanziarie



*Media **Mediana

File riservato ad esclusivo fine di studio

Tali evidenze possono suggerire l'idea che la criminalità organizzata faccia ricorso a collegamenti societari in modo da facilitare scambi anche di natura commerciale orientati al riciclaggio di denaro.

La dimensione e la performance delle aziende «Star», maggiori rispetto alla media delle altre aziende criminali e non criminali, permette una terza modalità di utilizzo delle aziende da parte delle organizzazioni criminali. In particolare, le «Star» appaiono come aziende di successo e possono essere, quindi, utilizzate per infiltrare e per entrare in rapporto con gli ambienti istituzionali e la società civile. In tale prospettiva le aziende «Star» rappresentano una categoria potenzialmente molto dannosa in quanto possono essere considerate un elemento di congiunzione tra organizzazioni criminali e società. Sono, infatti, queste le aziende che possono essere usate per creare connessioni con gli amministratori pubblici e facilitare fenomeni corruttivi. Questa rappresenta difatti una delle principali finalità delle organizzazioni mafiose che investono in imprese apparentemente legali e sane, come evidenziato anche in precedenti studi.

3.5. Analisi delle differenze territoriali

Dopo aver evidenziato le principali caratteristiche delle aziende criminali ed averne delineato le modalità di gestione individuando tre gruppi di aziende connesse alla criminalità organizzata, concludiamo l'analisi mettendo in luce alcune differenze territoriali. La Figura 20 presenta alcune informazioni di sintesi emerse dall'analisi descrivendone il dettaglio per area geografica, al fine di evidenziare le differenze nelle caratteristiche delle aziende criminali tra le maggiori regioni italiane.

Figura 20 – Differenze territoriali

Panel A

Variabile	Lombardia	Piemonte	Triveneto	Emilia-Romagna	Lazio	Toscana
Ricavi (/000€)	3.275	2.106	8.168	1.713	15.292	5.085
Totale Attivo (/000€)	5.369	7.238	11.614	1.525	38.865	5.998
EBITDA/Ricavi*	3,2%	3,8%	3,1%	3,1%	2,1%	2,7%
Rapporto Indebitamento*	93%	89%	78%	92%	81%	90%

Panel B

	Lombardia	Piemonte	Triveneto	Emilia-Romagna	Lazio	Toscana
Distribuzione aziende criminali	35%	13%	19%	5%	20%	5%
Star	50%	51%	54%	50%	51%	43%
Cartiere	26%	33%	23%	31%	20%	23%
Supporto	24%	16%	23%	19%	29%	34%

Panel C

Settori	Lombardia	Piemonte	Triveneto	Emilia-Romagna	Lazio	Toscana
Costruzioni	23%	45%	14%	33%	20%	4%
Immobiliare	29%	16%	19%	5%	17%	23%
Commercio	11%	6%	8%	23%	6%	9%

Come emerge dal *Panel A* della Figura 20, vi è una significativa eterogeneità nella dimensione delle aziende criminali tra le diverse regioni: le aziende di

File riservato ad esclusivo fine di studio

dimensione maggiore (circa 15M€ in media di ricavi) sono localizzate nel Lazio, mentre l'Emilia-Romagna registra le aziende criminali più piccole in termini di giro d'affari (circa 1,7M€ in media di ricavi). Meno marcate sono invece le differenze in termini di redditività, anche se le aziende criminali localizzate in Piemonte staccano in misura significativa le aziende criminali localizzate in altre regioni in termini di redditività operativa. È infine interessante notare come le aziende criminali lombarde siano quelle più indebitate, con un indice di indebitamento che raggiunge il 93%. Le aziende criminali localizzate nel Triveneto, invece, sono quelle meno indebitate e sono caratterizzate da un indice di indebitamento inferiore all'80%. Il *Panel B* della Figura 20, invece, analizza la distribuzione delle aziende criminali per regione. Come emerge dai dati presentati, Lombardia e Lazio registrano la maggiore presenza di aziende criminali, ma anche Triveneto e Piemonte sono interessate in misura importante dal fenomeno analizzato. Decisamente meno pervasiva, invece, la presenza di aziende criminali riscontrata nella nostra analisi in Emilia-Romagna e Toscana. Dal *Panel B* di Figura 20 emerge anche una omogeneità nella tipologia di aziende criminali tra le diverse regioni analizzate: le aziende «Star» rappresentano in quasi tutti i casi la metà delle aziende criminali. Unica eccezione di rilievo è rappresentata dalla Toscana dove le aziende «Star» sono sensibilmente meno diffuse rispetto alle altre regioni. È anche interessante notare come in Piemonte ed Emilia-Romagna la presenza di aziende di «Supporto» sia meno accentuata rispetto alle altre aree geografiche, a favore di una maggiore presenza di aziende «Cartiera». Infine, il *Panel C* della Figura 20, si focalizza sulle differenze regionali in termini di settore industriale infiltrato. Come emerge dai dati presentati, la presenza di aziende criminali nel settore delle costruzioni è particolarmente rilevante in Piemonte ed Emilia-Romagna, mentre le aziende criminali sono maggiormente concentrate nel settore immobiliare in Lombardia. Il commercio, infine, rappresenta un terreno fertile di infiltrazione in Emilia-Romagna, mentre è meno spiccata la presenza di aziende criminali operanti nel commercio in Piemonte, Lazio e Toscana.

4. Conclusioni

In questo lavoro abbiamo utilizzato dati su aziende connesse alle principali organizzazioni criminali italiane per studiare il fenomeno degli investimenti nelle aziende da parte delle organizzazioni criminali. A differenza degli studi precedenti abbiamo utilizzato un campione di aziende criminali che comprende non solo le aziende confiscate, ma tutte quelle realtà economiche legate a condannati per 416 *bis*.

File riservato ad esclusivo fine di studio

L'analisi ha rivelato caratteristiche delle aziende criminali finora non considerate. I risultati hanno evidenziato come le aziende criminali siano in media più grandi, più indebitate e meno liquide di quelle non criminali. Da un'indagine più accurata è emerso che esistono tre distinte tipologie di aziende criminali che rispondono a diverse esigenze dell'organizzazione. Un primo gruppo, che abbiamo definito di «Supporto» presenta ricavi pari a zero (quindi sembra non svolgere alcuna attività), una maggiore proporzione di altri ricavi, elevati costi per servizi, e dimensioni molto ridotte rispetto alle altre aziende criminali e valori di performance negativi. Queste aziende appaiono come entità atte a supportare le organizzazioni criminali anche mediante l'accumulo di risorse finanziare.

Un secondo gruppo presenta tutte le caratteristiche delle aziende «Cartiere», utilizzate come macchine di riciclaggio secondo il metodo classico: elevata correlazione dei ricavi e dei costi, elevata variabilità dei ricavi, medie-piccole dimensioni. L'ultimo gruppo è composto da aziende più grandi, caratterizzate da migliori livelli di performance, che appaiono più delle altre come aziende «sane» e che, per tali motivi, abbiamo definito aziende «Star». Queste inoltre presentano i segnali di un utilizzo più complesso atto ad accrescere ed estendere il controllo, acquisire partecipazioni in altre aziende, far meglio fluire i capitali e rendere più complessa l'identificazione del beneficiario ultimo e dell'intera struttura di legami societari. Allo stesso tempo proprio grazie alla «parvenza rispettabile» vengono utilizzate per infiltrare il sistema politico e il tessuto sociale.

L'analisi condotta rappresenta un primo tentativo di offrire un quadro organico delle caratteristiche economiche delle aziende criminali. Riteniamo che in considerazione dell'importanza del tema e della natura esplorativa dei risultati presentati ulteriori analisi siano essenziali.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Paolo Veneziani

*Antiriciclaggio e professionisti**

Il ruolo dei professionisti nel contrasto al fenomeno del riciclaggio si ricava, già a livello di principio generale, dall'art. 3 del decreto antiriciclaggio (d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231): «Le misure di cui al presente decreto si fondano anche sulla collaborazione attiva da parte dei destinatari delle disposizioni in esso previste, i quali adottano idonei e appropriati sistemi e procedure in materia di obblighi di adeguata verifica della clientela, di segnalazione delle operazioni sospette, di conservazione dei documenti, di controllo interno, di valutazione e di gestione del rischio, di garanzia dell'osservanza delle disposizioni pertinenti e di comunicazione per prevenire e impedire la realizzazione di operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Essi adempiono gli obblighi previsti avendo riguardo alle informazioni possedute o acquisite nell'ambito della propria attività istituzionale o professionale» (comma 1).

I destinatari degli obblighi sono essenzialmente dei privati, che lo Stato grava di una serie di compiti, allo scopo di prevenire e contrastare il fenomeno del riciclaggio (artt. 10-14 d. lgs. 231/2007).

Tra tali soggetti privati, i professionisti[1] sono chiamati a giocare un ruolo di

* Il presente scritto si riferisce ad una relazione svolta il 6 aprile 2016: il d. lgs. 21 novembre 2007 è dunque tenuto in considerazione e richiamato nel testo previgente alla riforma operata dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90.

[1] Professionisti, art. 12: «1. Ai fini del presente decreto per professionisti si intendono:
a) i soggetti iscritti nell'albo [dei ragionieri e periti commerciali, nell'albo] dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e nell'albo dei consulenti del lavoro;
b) ogni altro soggetto che rende i servizi forniti da periti, consulenti e altri soggetti che svolgono in maniera professionale, anche nei confronti dei propri associati o iscritti, attività in materia di contabilità e tributi, ivi compresi associazioni di categoria di imprenditori e commercianti, CAF e patronati;
c) i notai e gli avvocati quando, in nome o per conto dei propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di operazioni riguardanti:

File riservato ad esclusivo fine di studio

primo piano, e assai scomodo, per tre ragioni di fondo:

1. gli obblighi sono numerosi, assai penetranti, non sempre di agevole riconoscibilità nei loro esatti contorni, e spesso pongono problemi di difficile risoluzione per chi voglia adempierli correttamente;

2. la semplice inosservanza di taluni obblighi, anche in termini di mera omissione di un adempimento prescritto, può risultare penalmente rilevante o quanto meno illecita in via amministrativa. Sotto questo aspetto, si può sin d'ora anticipare come vada vista con favore la recente decriminalizzazione di una serie di fatti, degradati ad illecito amministrativo (v. *infra*);

3. il rischio penale del professionista non è limitato alle sole fattispecie contemplate nel decreto antiriciclaggio, ma ovviamente va parametrato anche alle incriminazioni in tema di riciclaggio previste nel codice penale. Temi spinosi sono stati sollevati dall'introduzione del delitto di autoriciclaggio e da specifiche normative solo indirettamente collegate al fenomeno del riciclaggio (per es. quella in tema di *voluntary disclosure*). Di perdurante interesse è poi il quesito dell'idoneità degli obblighi antiriciclaggio a fondare un obbligo del professionista di impedimento dell'evento-reato *ex* art. 40 cpv. c.p., e dunque in definitiva il concorso nel reato commissivo mediante omissione.

Per i professionisti, la normativa antiriciclaggio è una delle sfide della c.d.

1) il trasferimento a qualsiasi titolo di diritti reali su beni immobili o attività economiche;
2) la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni;
3) l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti di titoli;
4) l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società;
5) la costituzione, la gestione o l'amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi;
d) i prestatori di servizi relativi a società e trust ad esclusione dei soggetti indicati dalle lettere a), b) e c).
2. L'obbligo di segnalazione di operazioni sospette di cui all'articolo 41 non si applica ai soggetti indicati nelle lettere a), b) e c) del comma 1 per le informazioni che essi ricevono da un loro cliente o ottengono riguardo allo stesso, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, anche tramite una convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati ai sensi di legge, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso.
3. Gli obblighi di cui al Titolo II, Capo I e II, non sussistono in relazione allo svolgimento della mera attività di redazione e/o di trasmissione delle dichiarazioni derivanti da obblighi fiscali e degli adempimenti in materia di amministrazione del personale di cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12.
3-bis. I componenti degli organi di controllo, comunque denominati, per quanto disciplinato dal presente decreto e fermo restando il rispetto del disposto di cui all'articolo 52, sono esonerati dagli obblighi di cui al titolo II, capi I, II e III».

File riservato ad esclusivo fine di studio

modernità: alla tradizionale, tendenziale estraneità del privato rispetto al *law enforcement* si è sostituito un sistema soggettivamente complesso, in cui anche il professionista è chiamato a dare il proprio contributo, proprio per il rapporto che instaura con il cliente e dunque per le specifiche informazioni che va ad acquisire, sia in ordine al proprio interlocutore, sia in rapporto alla specifica attività svolta in esecuzione dell'incarico.

A tal proposito, con efficace espressione, si è detto che il privato è chiamato ad agire «*as the eyes and ears of law enforcement*»[2]; altrettanto puntualmente, nella nostra letteratura, si è evidenziata la «*partnership*» pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio, sicché la creazione di obblighi in capo ai professionisti, con scopi antiriciclaggio, assurge ad esempio paradigmatico «delle ormai ricorrenti *politiche di delega* ai privati di *compiti di sorveglianza e di prevenzione di fatti illeciti*»[3].

L'esperienza maturata sinora ci consegna peraltro uno scenario molto deludente, se non addirittura desolante[4].

Le normative in tema di riciclaggio si sono rivelate inefficaci rispetto agli obiettivi di politica criminale perseguiti. Ciò vale sia per il decreto antiriciclaggio, sia per le fattispecie incriminatrici contemplate dal codice penale, che disegnano perimetri tra loro non coincidenti.

Basti dire che la casistica del delitto di riciclaggio riecheggia per lo più vicende di taroccamento di autoveicoli; che scorrendo i repertori e le banche dati giurisprudenziali, l'unica vera norma incriminatrice «effettiva» del d. lgs. 231/2007 è quella dell'art. 55, co. 9, in tema di utilizzo indebito di carte di credito, *etc.*[5]; che nessuna segnalazione per operazioni sospette risulta aver originato un processo giunto in Cassazione[6].

[2] S.G. Thompson, *The White-Collars Police Force: "Duty to Report" Statutes* in *Criminal Law Theory*, in 11 Wm & Mary Bill Rts., vol. I, n. 3, 2002, p. 36.

[3] F. Centonze, *La "partnership" pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo societari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli 2011, vol. III, p. 1757 ss. e spec. p. 1759.

[4] V. Manes, *Il contrasto al riciclaggio, tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici*, in *Crit. dir.*, 2008, n. 3-4, p. 265 ss.

[5] «Chiunque, al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 310 a 1.550 euro. Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto per sé o per altri, falsifica o altera carte di credito o di pagamento o qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, ovvero possiede, cede o acquisisce tali carte o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati, nonché ordini di pagamento prodotti con essi».

[6] L. Orsi, *Le indagini penali in tema di riciclaggio. Principali problematiche*, in *Riciclaggio e imprese.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

La fattispecie *ad hoc* di nuovo conio in tema di autoriciclaggio – che senza dubbio riduce le asimmetrie del dettato codicistico rispetto al sistema delineato dal d. lgs. 231/2007 – solleva una quantità di problemi ulteriori, anche con riguardo alle potenziali responsabilità dei professionisti: ma anch'essa potrebbe rivelarsi, al banco di prova della prassi, una norma per lo più simbolica.

Del resto, anche l'ampia definizione di riciclaggio contenuta nell'art. 2 d. lgs. 231/2007, tale da comprendere – ancorché solo ai fini dell'applicazione di quella specifica normativa – anche l'autoriciclaggio[7], si è rivelata inidonea a garantire l'effettività delle previsioni penali ivi contenute nei riguardi dei professionisti inosservanti, rappresentando al contempo una minaccia eccessiva nei riguardi

Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti, a cura di M. Arnone, S. Giavazzi, Vita e pensiero, Milano 2011, p. 72; F. Consulich, *La norma penale doppia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 59.

[7] Cfr. la definizione *ex* art. 2, cit.: «Ai soli fini del presente decreto le seguenti azioni, se commesse intenzionalmente, costituiscono riciclaggio:
a) la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni;
b) l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;
c) l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;
d) la partecipazione ad uno degli atti di cui alle lettere precedenti, l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolarne l'esecuzione».
La definizione contenuta nel decreto antiriciclaggio è – a tutt'oggi – più completa e articolata rispetto alla descrizione dei fatti tipici di riciclaggio in senso lato dettata dal codice penale. Essa dà conto di come il riciclaggio sia un fenomeno complesso e integrato da più fasi che talora si sovrappongono e si integrano, non risultando perfettamente distinguibili tra di loro in un'ottica dinamica (solo in maniera indicativa si tende a ripartire il fenomeno in *placement*, *layering* e *integration*).
Ma non solo: vi sono alcune differenze sostanziali tra le due nozioni. In particolare, nel decreto antiriciclaggio si fa riferimento a beni che provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività. Quindi, vengono in considerazione beni che provengono da un qualsiasi reato, ossia da un illecito penale (delitto o contravvenzione); viceversa, le fattispecie del codice penale presuppongono che i beni provengano solo da delitto (648 *ter*) ovvero da delitto non colposo (648 *bis*).
Sono esclusi da entrambe le nozioni i beni che provengono da un illecito non penale (ad es. un illecito amministrativo).
Inoltre, nella definizione del decreto antiriciclaggio manca la clausola di riserva «fuori dei casi di concorso nel reato», che invece caratterizza sia il delitto di riciclaggio, sia il delitto di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita.
Come rilevato nel testo, peraltro, la disciplina codicistica si è in parte riallineata a quelle del d. lgs. 231/2007, a seguito dell'introduzione del nuovo delitto di autoriciclaggio, di cui all'art. 648 *ter.* 1, c.p.
Ma già in precedenza, quindi, il c.d. autoriciclaggio rientrava nella nozione di riciclaggio accolta dal d. lgs. 231/2007, e quindi poteva fondare i relativi obblighi del professionista, con le connesse responsabilità.

File riservato ad esclusivo fine di studio

di quelli osservanti[8].

In altre parole, i numerosi e spesso complessi adempimenti in tema di adeguata verifica della clientela, di registrazione, di segnalazione di operazioni sospette, si sono rivelati per il professionista un fardello tanto pesante quanto nella sostanza inutile. O quanto meno, sembra difficile negare una evidente sproporzione tra le risorse necessarie a far fronte a detti obblighi ed i risultati raggiunti per tale via nel contrasto al fenomeno del riciclaggio.

Come Giovanni Drogo avrebbe voluto dare un senso agli anni trascorsi nella Fortezza Bastiani in attesa di combattere i Tartari, così il professionista vorrebbe forse intravvedere una qualche utilità nel contrasto ai riciclatori, a fronte delle ore spese a studiare la normativa, ad aggiornarsi, ad organizzare il proprio studio e ad adempiere concretamente agli obblighi imposti.

O, più realisticamente, il professionista ha cercato di arginare i rischi che pendono sulla propria testa, e che possono concretizzarsi in pesanti sanzioni anche per mere violazioni degli obblighi, a prescindere dalla sussistenza di un effettivo riciclaggio.

Si pensi al progressivo e talora esponenziale aumento delle segnalazioni per operazioni sospette, a discapito della qualità delle segnalazioni medesime: *trend* che si può ritenere, in parte, frutto di un atteggiamento difensivo del segnalante che – a fronte di pesanti responsabilità in caso di omessa segnalazione, e della sostanziale irresponsabilità in caso di segnalazione infondata – bada a cautelarsi, optando per un adempimento burocratico in più anziché avventurarsi a distinguere tra mera supposizione, sospetto non qualificato, sospetto qualificato ovvero rilevante ai fini della segnalazione, o addirittura indizio, *etc.*[9].

Come anticipato *supra*, nella versione originaria del decreto antiriciclaggio era prevista una nutrita serie di reati che si ricollegavano in vario modo alla violazione di specifiche prescrizioni contenute nel decreto medesimo (in tema di

[8] A. M. Dell'Osso, *Segnalazione di operazioni sospette tra ineffettività della disciplina e spunti di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 765.

[9] Tanto più che la stessa UIF ha adottato orientamenti non univoci nella vigenza della l. n. 197/1991, prima, e, poi, alla luce della normativa di cui al d. lgs. 231/2007, allorché sono state mitigate le originarie e più rigide indicazioni, giungendosi ad affermare che «la qualità delle segnalazioni costituisce un elemento fondamentale per un effettivo contributo alla lotta al riciclaggio. La segnalazione deve trarre origine da un sospetto qualificato, essere il frutto di un filtro selettivo particolarmente incisivo, scaturire da una reale volontà collaborativa piuttosto che dal timore di incorrere nelle sanzioni previste dalla legge. Lo spirito e la lettera delle disposizioni escludono che la "collaborazione attiva" possa esaurirsi nell'attivazione di meccanismi automatici di rilevazione, che declasserebbero la valutazione del tasso di rischio insito nei singoli rapporti di clientela a un mero adempimento burocratico»: così *Unità di Informazione Finanziaria*, Rapporto annuale, 2009, p. 8.

File riservato ad esclusivo fine di studio

obblighi di identificazione, di registrazione, di corretta indicazione delle generalità del soggetto per conto del quale si esegue l'operazione, *etc.*).

Su questo versante, si era rilevato come le disposizioni penali meramente sanzionatorie della disciplina antiriciclaggio avessero trovato scarsissima applicazione[10].

Giustamente, quindi, in un'ottica *de iure condendo*, si era proposto di mantenere ferme soltanto quelle previsioni penali incentrate su rilevanti violazioni degli obblighi di adeguata verifica e di registrazione, connotate dall'utilizzo di dati o di documenti falsi, ovvero di altri mezzi fraudolenti, e di trasformare in illeciti amministrativi tutte le altre.

Orbene, il legislatore – come già anticipato – ha di recente provveduto a degradare a meri illeciti amministrativi una serie di ipotesi in origine previste come reato nell'ambito dell'art. 55 d. lgs. 231/2007.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 1, co. 1, d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, sono state decriminalizzate tutte le violazioni per le quali era prevista la sola pena della multa o dell'ammenda.

Tali fattispecie, pertanto, restano soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro[11].

Si tratta di un'*abolitio criminis*[12], con sostanziale efficacia retroattiva *ex* art. 2, co. 2, c.p.

Quindi (salvo che ricorrano gli estremi di altra figura criminosa), non è più reato il fatto di chi contravvenga alle disposizioni contenute nel Titolo II, Capo I, concernenti l'obbligo di identificazione (art. 55, co. 1); il fatto di chi, essendovi tenuto, ometta di effettuare la registrazione di cui all'art. 36 («Obblighi di registrazione»), ovvero la effettui in modo tardivo o incompleto (art. 55, co. 4); il fatto dei soggetti di cui all'art. 11, co. 1, lett. *h*), e co. 3, lett. *c*) e *d*), che omettano

[10] Cfr. *supra*, nonché i lavori della Commissione Greco.

[11] Per l'ammontare della sanzione amministrativa cfr., in particolare, l'art. 1, co. 5, lett. *b*), del d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 8.

[12] Si tratta, peraltro, di materia disciplinata *ad hoc*, in forza dell'art. 8 d. lgs. 8/2016, di cui si riporta il testo: «1. Le disposizioni del presente decreto che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili.
2. Se i procedimenti penali per i reati depenalizzati dal presente decreto sono stati definiti, prima della sua entrata in vigore, con sentenza di condanna o decreto irrevocabili, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza o il decreto, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti. Il giudice dell'esecuzione provvede con l'osservanza delle disposizioni dell'articolo 667, comma 4, del codice di procedura penale.
3. Ai fatti commessi prima della data di entrata in vigore del presente decreto non può essere applicata una sanzione amministrativa pecuniaria per un importo superiore al massimo della pena originariamente inflitta per il reato, tenuto conto del criterio di ragguaglio di cui all'articolo 135 del codice penale. A tali fatti non si applicano le sanzioni amministrative accessorie introdotte dal presente decreto, salvo che le stesse sostituiscano corrispondenti pene accessorie».

File riservato ad esclusivo fine di studio

di eseguire la comunicazione prevista dall'art. 36, co. 4, o la eseguano tardivamente o in maniera incompleta (art. 55, co. 7)[13].

Beninteso, la suddetta trasformazione in illecito amministrativo di talune fattispecie di reato non risolve ogni problema. Basti pensare alla sanzione comminata per l'illecito amministrativo di omessa segnalazione di operazioni sospette (dall'uno al quaranta per cento dell'importo dell'operazione non segnalata), che può risultare sproporzionata o addirittura spropositata, rispetto sia alla effettiva gravità della violazione, sia alle condizioni economiche del professionista.

Si spiega anche alla luce di tale dato l'aumento del numero delle segnalazioni a scopo cautelativo, a discapito del profilo qualitativo delle medesime.

Sarebbe stato corretto, quindi, rivedere anche tale sanzione, introducendo una cornice edittale con un minimo ed un massimo, piuttosto che rinviare ad una percentuale sull'importo dell'operazione.

Quanto ai professionisti, una norma di rilevanza centrale nel decreto antiriciclaggio è contenuta nell'art. 12, che prevede altresì la non applicabilità di determinati obblighi a specifiche categorie professionali e in rapporto all'esplicazione di talune attività.

Per quanto riguarda gli avvocati, questi sono destinatari degli obblighi in tema di antiriciclaggio solo quando, in nome o per conto dei propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di operazioni riguardanti:

1. il trasferimento a qualsiasi titolo di diritti reali su beni immobili o attività economiche;
2. la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni;
3. l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti di titoli;
4. l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società;
5. la costituzione, la gestione o l'amministrazione di società, enti, *trust* o soggetti giuridici analoghi (art. 12, co. 1, lett. *c*).

[13] In senso critico rispetto a tale apparato sanzionatorio, si era rilevato come il reato di violazione degli obblighi di identificazione fosse individuato in modo generico e non includesse gli altri obblighi di adeguata verifica, per la violazione dei quali non è prevista sanzione alcuna (il che oggi inficia il corrispondente illecito amministrativo). Circa la previsione di una sanzione penale per omessa o tardiva registrazione, inoltre, si era giustamente evidenziato come la stessa apparisse «sproporzionata rispetto alla gravità della violazione ed incoerente con la previsione di una sanzione amministrativa per la più grave violazione dell'obbligo di istituire l'archivio unico informatico». Cfr. la Relazione della Commissione Greco per lo studio sull'autoriciclaggio (23 aprile 2013), par. 3.6.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Inoltre, l'obbligo di segnalazione di operazioni sospette di cui all'art. 41 non si applica «per le informazioni che essi ricevono da un loro cliente o ottengono riguardo allo stesso, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, anche tramite una convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati ai sensi di legge, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso» (art. 12, co. 2).

Orbene, anche a questo proposito va chiarito come siffatte esenzioni riguardino la normativa del decreto antiriciclaggio, mentre l'applicazione delle fattispecie del codice penale resta soggetta alle regole generali.

Per esempio, se un avvocato, nel corso dell'esame della posizione giuridica del proprio cliente, apprendesse che questi ha movimentato somme di denaro provento di corruzione su conti esteri, con l'aiuto di un fiduciario, non dovrebbe certo segnalare l'operazione sospetta. Ma se quell'avvocato suggerisse di prelevare quel denaro provento di corruzione da un conto estero e di depositarlo in una cassetta di sicurezza, commetterebbe delitto di riciclaggio, ove il consiglio venisse attuato.

Come si è anticipato in apertura, una serie di problemi che investono anche le potenziali responsabilità del professionista sono stati sollevati dall'introduzione nel nostro codice penale del delitto di autoriciclaggio.

Invero, il soggetto attivo del reato proprio di cui all'art. 648 *ter*. 1, c.p. è colui il quale abbia commesso, o sia concorso a commettere, il delitto non colposo da cui provengono il denaro, i beni o le altre utilità oggetto dell'autoriciclaggio, ossia l'autore del delitto presupposto (o il concorrente nel reato presupposto), che ha dunque perduto – con la recente riforma – il c.d. privilegio di autoriciclaggio.

Si è osservato allora come il terzo riciclatore (quindi anche il professionista che si presti all'operazione) necessiti pressoché sempre del contributo dell'autore del delitto presupposto (in pratica – nell'ottica qui in esame – del cliente), onde ripulire il provento di tale reato: con la conseguenza che il professionista concorrerebbe quale *extraneus* nel reato proprio di autoriciclaggio del cliente. Dovendo trovare applicazione la fattispecie di concorso nel reato proprio, a scapito di quella comune, «calerebbe il sipario sulle fattispecie comuni di riciclaggio e reimpiego, a tutto "vantaggio" della nuova e meno grave incriminazione» (tranne che per alcune limitate ipotesi, atipiche ai sensi dell'art. 648 *ter*. 1, c.p.)[14].

[14] L. Troyer, S. Cavallini, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* , 2015, n. 1, p. 105.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Per evitare il paradosso, sul piano politico-criminale, che il riciclatore, estraneo al reato presupposto e dunque *extraneus* rispetto alla fattispecie propria di autoriciclaggio, finisca per rispondere del meno grave reato, si è proposto di fare applicazione dei principi in tema di concorso apparente di norme.

A questa stregua, la condotta del professionista potrebbe essere ricondotta sia alla fattispecie monosoggettiva di riciclaggio, sia a quella di autoriciclaggio in concorso *ex* art. 110 c.p. con il cliente. Ma dovrebbe prevalere e trovare applicazione, per il professionista, unicamente la norma che prevede il trattamento più severo, e dunque l'art. 648 *bis* c.p.

Quindi, in relazione al medesimo fatto, il cliente risponderebbe di autoriciclaggio, mentre il professionista risponderebbe di riciclaggio[15].

La soluzione non sembra in contrasto né con la struttura della fattispecie plurisoggettiva eventuale, né con i criteri utilizzabili per dirimere il conflitto tra norme incriminatrici: è in ogni caso eloquente della pessima tecnica legislativa utilizzata per plasmare il nuovo reato, introdotto nel sistema senza un adeguato coordinamento con i modelli preesistenti.

Per inciso, si può notare come per tutti i reati previsti dagli artt. 648 *bis*, 648 *ter* e 648 *ter*. 1, c.p. sia prevista l'aggravante (speciale, ad efficacia comune) dell'aver commesso il fatto nell'esercizio di un'attività professionale (ovvero nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale, secondo la ridondante dizione letterale dell'art. 648 *ter*. 1).

Particolarmente delicato in relazione alla responsabilità del professionista è il problema se sia configurabile il riciclaggio per omissione.

Le condotte sono descritte dalla legge come *attive*: trasferire, sostituire, compiere operazioni (art. 648 *bis* c.p.); impiegare (art. 648 *ter* c.p.); impiegare sostituire, trasferire (art. 648 *ter*. 1., c.p.).

Quindi, una mera omissione non dovrebbe integrare la condotta di riciclaggio.

Tuttavia, l'art. 52 d. lgs. 231 del 2007 pone un dovere di vigilanza ed una serie di obblighi di comunicazione in capo agli organi di controllo.

I professionisti che fanno parte di collegi sindacali, organismi di vigilanza ed altri organi di controllo ben conoscono tali obblighi di comunicazione.

Dal punto di vista penale, il rischio è duplice:

a. innanzitutto, l'omessa comunicazione è di per sé punita (art. 55, co. 5, decreto antiriciclaggio)[16]. Si tratta di un delitto doloso; quindi, occorre che ci

[15] A.M. Dell'Osso, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 812 ss.

[16] Chi ha l'obbligo di effettuare la comunicazione *ex* art. 52, co. 2 e non la esegue entro il termine,

File riservato ad esclusivo fine di studio

si rappresenti la situazione che impone di procedere alla comunicazione e che volutamente si rimanga inerti. Ma vedremo fra poco come i confini tra dolo e colpa possano risultare labili;

b. inoltre, gli obblighi di vigilanza e di comunicazione potrebbero essere interpretati come veri e propri obblighi di impedimento del reato di riciclaggio, con il risultato pratico di ammettere il concorso per omissione nel riciclaggio stesso, ai sensi degli artt. 110 e 40 cpv. c.p. («*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*»).

Il delicato tema del concorso nel riciclaggio mediante omissione è invero oggetto di opinioni opposte.

Secondo un'interpretazione, gli obblighi imposti in funzione di prevenzione del riciclaggio non sono idonei a far sorgere una vera e propria posizione di garanzia in capo ai destinatari, mancando un potere impeditivo dell'evento-reato[17].

All'opposto, si sostiene che gli obblighi in questione possano fondare una responsabilità *ex* art. 40 cpv. c.p., sia per le finalità impeditive del riciclaggio che caratterizzano a livello di principio e di singole previsioni il d. lgs. 231/2007, sia in quanto i soggetti obbligati, mediante l'adempimento di quanto prescritto, possono attivare soggetti ulteriori, effettivamente dotati del potere di impedire il reato[18].

Di recente, la Suprema Corte[19] ha confermato la condanna per riciclaggio di un direttore di banca e di un responsabile di sala, entrambi tenuti alle segnalazioni antiriciclaggio ai sensi del regolamento della banca medesima, per non aver impedito *ex* art. 40 cpv. c.p. il versamento di assegni circolari provenienti da delitto di peculato.

Va da sé che, laddove si ammettesse la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al professionista, particolarmente rigorosa dovrebbe risultare la prova del dolo; se non che, la giurisprudenza tende a leggere in senso estensivo anche l'elemento soggettivo del riciclaggio.

è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa da 100 a 1.000 euro.

[17] Ad es., E. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. XV, Giuffrè, Milano 2013, p. 653; R. Acquaroli, *Il riciclaggio*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di C. Viganò, F. Piergallini, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, vol. VII, Giappichelli, Torino 2011, p. 816.

[18] Con accenti diversi: M. Zanchetti, voce *Riciclaggio*, in *Digesto pen.*, vol. XII, 1997, p. 209 e p. 215; Centonze, *La "*partnership*" pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo societari*, cit., p. 1786; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol. 3: Delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano 2010, p. 507; P. Sorbello, *Segnalazione di operazioni sospette e posizione di garanzia. Ammissibilità e limiti del concorso per omissione nel delitto di riciclaggio*, in *Indice pen.*, 2015, p. 455 ss. e segnatamente p. 469.

[19] Cass. pen., sez. VI, 19 luglio 2012, n. 37098.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Fondamentale, in questo senso, è una nota pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui la ricettazione può essere commessa anche con dolo eventuale: non occorre, dunque, che il soggetto sappia della provenienza delittuosa della cosa che acquista (o riceve, *etc.*), essendo invece sufficiente che si rappresenti la concreta possibilità che la cosa provenga da delitto, e la acquisti *accettando il rischio* che sia di provenienza delittuosa.

Non risultano bastevoli in tal senso, però, meri elementi di sospetto: secondo le Sezioni Unite, «*occorrono per la ricettazione circostanze più consistenti di quelle che danno semplicemente motivo di sospettare che la cosa provenga da delitto, sicché un ragionevole convincimento che l'agente ha consapevolmente accettato il rischio della provenienza delittuosa può trarsi solo dalla presenza di dati di fatto inequivoci, che rendano palese la concreta possibilità di una tale provenienza. In termini soggettivi ciò vuol dire che il dolo eventuale nella ricettazione richiede un atteggiamento psicologico che, pur non attingendo il livello della certezza, si colloca su un gradino immediatamente più alto di quello del mero sospetto, configurandosi in termini di rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto.*

Insomma perché possa ravvisarsi il dolo eventuale si richiede più di un semplice motivo di sospetto, rispetto al quale l'agente potrebbe avere un atteggiamento psicologico di disattenzione, di noncuranza o di mero disinteresse; è necessaria una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente una scelta consapevole tra l'gire, accettando l'eventualità di commettere una ricettazione, e il non agire, perciò, richiamando un criterio elaborato in dottrina per descrivere il dolo eventuale, può ragionevolmente concludersi che questo rispetto alla ricettazione è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuta la certezza»[20].

Secondo alcuni commentatori, va ancora rilevato, la giurisprudenza avrebbe addirittura trasformato surrettiziamente la fattispecie di ricettazione da dolosa in colposa; e quindi anche il riciclaggio, dalla struttura simile alla ricettazione, potrebbe essere punito non solo in caso di dolo, ma, in pratica, anche di colpa, in violazione del principio di legalità[21].

Infine, deve segnalarsi che il dolo dovrebbe abbracciare la consapevolezza della provenienza del bene da un delitto non colposo: ma questo delitto non colposo, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, può rimanere una entità del tutto vaga ed astratta. Significative, in questo senso, appaiono due prese di

[20] Cass. pen., Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433.

[21] Conviene segnalare, sul punto, che in altri Paesi la legge prevede anche il riciclaggio colposo: per es., in Germania lo StGB contempla, al § 261.5, la punibilità del riciclaggio anche per colpa grave.

File riservato ad esclusivo fine di studio

posizione della Corte di Cassazione: una per la quale «[*a*]*i fini della configurabilità del reato di riciclaggio non si richiede l'esatta individuazione e l'accertamento giudiziale del delitto presupposto, essendo sufficiente che lo stesso risulti, alla stregua degli elementi di fatto acquisiti ed interpretati secondo logica, almeno astrattamente configurabile*»[22]; l'altra secondo la quale «*perché sussista il delitto di riciclaggio non è necessario che il denaro, i beni o le altre utilità debbano provenire direttamente o immediatamente dai delitti presupposto, essendo sufficiente anche una loro provenienza mediata*»[23].

Due ultimi passaggi conviene affrontare in questa sede, soffermandosi brevemente su alcuni profili problematici emergenti dal raccordo tra responsabilità del professionista e confisca per equivalente, da un lato, nonché *voluntary disclosure*, dall'altro.

Procedendo con ordine, va ricordato che la c.d. confisca per equivalente è prevista da specifiche norme di legge, in relazione a determinati reati, e si caratterizza per avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità del condannato, per un valore «equivalente», ossia «corrispondente», ai proventi del reato stesso. La confisca per equivalente, altrimenti detta «di valore», presuppone infatti l'impossibilità di apprendere direttamente il prezzo, il prodotto o il profitto del reato.

Nelle ipotesi in cui la legge prevede tale ipotesi di confisca, proprio per rimediare al fatto che non vi è la concreta possibilità di confiscare i proventi del reato, vengono colpiti beni del condannato di valore equivalente, ossia corrispondente, ancorché non collegati alla realizzazione del crimine.

Nella prassi, sin dalla fase delle indagini si procede a sequestro preventivo delle somme o dei beni *ex* art. 321 c.p.p. (disposto dal G.I.P. su richiesta del P.M.); sequestro finalizzato alla confisca per equivalente, che viene disposta in caso di condanna (ovvero di patteggiamento).

L'art. 648 *quater* c.p. prevede appunto la confisca per equivalente in rapporto ai delitti di riciclaggio e impiego di denaro *etc.* di provenienza illecita.

Pensiamo ad esempio a un professionista imputato di concorso in riciclaggio (o altro reato per cui sia prevista la confisca per equivalente, es. dichiarazione fraudolenta), che intenda definire la propria posizione patteggiando la pena nel caso in cui il coimputato opti invece per un diverso precorso processuale.

Ebbene, pure in tale situazione – ed ancorché le condizioni su cui si basa

[22] Cass. pen., sez. VI, 15 ottobre 2008, n. 495, in *CED Cass. pen.*, 2008, Rv. 242374.

[23] Cass. pen., sez. VI, 20 giugno 2012, n. 36759, in *CED Cass. pen.*, 2012, Rv. 253468: il caso concerneva la monetizzazione di assegni ritenuti provenienti dall'attività di un'associazione mafiosa, senza che fosse identificata la provenienza da specifici delitti fine.

File riservato ad esclusivo fine di studio

l'applicazione della pena risultino particolarmente miti – può emergere il tema della confisca; la quale ultima peraltro, come si sa, rimane al di fuori del perimetro dell'accordo tra P.M. e difensore, essendo invece pertinente alla sfera decisionale del giudice.

A questo punto, se sussistono i presupposti per procedere alla confisca e questa viene disposta, le possibilità sono essenzialmente due: a) o viene sequestrato e confiscato il denaro riciclato, ovvero i beni direttamente collegati al delitto; b) oppure, se non è possibile apprendere quel denaro, sono assoggettabili a sequestro e poi confisca sino ad un valore corrispondente i beni che appartengono al concorrente nel reato.

Di talché, il professionista patteggiante del nostro esempio si espone alla confisca per equivalente in relazione all'intero ammontare, nonostante le condizioni miti su cui il patteggiamento si è fondato; al contrario, gli altri coimputati – poi condannati – potrebbero andare sostanzialmente esenti dalla sanzione.

Se, allora, si considera che anche alla confisca si riconosce natura di sanzione penale – si tratta, del resto, di un assunto notoriamente accolto sia dalla giurisprudenza interna che da quella della Corte di Strasburgo – sembra di potersi riconoscere, in questo caso, una situazione dissonante rispetto a quelle che sono le caratteristiche ed i principi strutturali, appunto, della sanzione penale.

La giurisprudenza tende a dare molto peso, per giustificare simili ipotesi, al fatto che chi subisce la confisca possa poi esperire lo strumento civilistico del regresso verso gli altri imputati, in quanto coobbligati solidalmente (giacché tra concorrenti nel reato la responsabilità è in effetti solidale).

Tuttavia, sembra potersi ravvisare una soluzione di continuità in un simile passaggio ricostruttivo: in effetti, quella che è una pena, nel momento in cui viene inflitta al patteggiante del nostro esempio, diventa poi semplicemente un obbligo civilistico di rivalsa nei confronti di soggetti che magari sono i veri responsabili e sono i veri soggetti meritevoli astrattamente della sanzione penale.

Non sembra perciò azzardato ipotizzare che un simile problema possa essere prima o poi formalizzato e portato all'attenzione della Suprema Corte: sarà interessante conoscere la risposta che i giudici di legittimità vorranno dare a tale problematica questione.

Quanto, infine, al tema dei rapporti tra responsabilità del professionista e *voluntary disclosure*, i pochi cenni che possono essere ad esso dedicati in questa sede impongono, anzitutto, di fare subito menzione del fatto che il legislatore ha previsto la non punibilità – tra l'altro – per le condotte di riciclaggio e reimpiego dei proventi dei delitti tributari, che a loro volta siano coperti dall'operatività della collaborazione volontaria (e che, quindi, non siano essi stessi punibili).

File riservato ad esclusivo fine di studio

L'esclusione della punibilità viene in rilievo, in queste ipotesi, non tanto per il contribuente infedele (ovvero per il cliente), che in quanto autore del reato presupposto non può rispondere *ex* art. 648 *bis* o art. 648 *ter*, quanto per il professionista che abbia strutturato operazioni tali da interrompere il *paper-trade*: cioè *trust*, negozi fiduciari e quant'altro.

Inoltre, va pure evidenziato che non sono punibili le condotte di autoriciclaggio, se commesse in relazione a delitti tributari per cui la punibilità è esclusa in caso di esito positivo della procedura di *voluntary disclosure*.

Tuttavia, è opportuno rilevare come anche nell'ambito della stessa *voluntary disclosure* si possa realizzare un fatto penalmente rilevante, qualora non si seguano determinate regole.

A tale riguardo, bisogna da un lato ricordare come sia rinvenibile nell'ordinamento uno specifico delitto introdotto dalla legge 15 dicembre 2014, n. 186, quello, cioè, di esibizione di atti falsi e comunicazione di dati non rispondenti al vero (art. 5 *septies* d.l. 28 giugno 1990, n. 67)[24]; ma, per altro verso, resta da vedere anche se, e in quali ipotesi, la procedura stessa di *voluntary disclosure* possa condurre ad integrare il delitto di autoriciclaggio.

La linea di discrimine è stata da taluni individuata nella trasparenza con cui il collaborante espone all'Agenzia delle Entrate la genesi dei proventi oggetto di riemersione. Questo è un profilo alquanto delicato, perché – se di trasparenza si tratta – la *voluntary disclosure* dovrebbe essere accompagnata, per esempio, da un'autodenuncia per un fatto di corruzione, magari confidando sul fatto che il delitto sia prescritto: in sostanza, si vuole comunque rendere disponibile il provento senza incappare nella fattispecie di autoriciclaggio.

A venire in discorso, quindi, è un dovere di trasparenza da parte di chi accede alla procedura, cioè il cliente: sicché, il primo a dover vagliare la trasparenza del cliente è proprio il professionista.

Anche sotto questo aspetto si conferma, dunque, la delicatezza del tema che è stato oggetto di queste riflessioni.

[24] L'art. 5 *septies* d.l. 67/1990 è stato inizialmente introdotto dall'art. 1 d.l. 28 gennaio 2014, n. 4, salvo poi essere abrogato dalla l. 28 marzo 2014, n. 50 (per il cui art. 1, co. 2, peraltro, «restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti»); quindi, è stato appunto reintrodotto nel corpo del d.l. 67/1990, con un testo sensibilmente diverso rispetto alla prima versione, dalla l. n. 186/2014.
Attualmente, l'art. 5 *septies* in parola recita: «1. L'autore della violazione di cui all'articolo 4, comma 1, che, nell'ambito della procedura di collaborazione volontaria di cui all'articolo 5-quater, esibisce o trasmette atti o documenti falsi, in tutto o in parte, ovvero fornisce dati e notizie non rispondenti al vero è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni.
2. L'autore della violazione di cui all'articolo 4, comma 1, deve rilasciare al professionista che lo assiste nell'ambito della procedura di collaborazione volontaria una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà con la quale attesta che gli atti o documenti consegnati per l'espletamento dell'incarico non sono falsi e che i dati e notizie forniti sono rispondenti al vero».

File riservato ad esclusivo fine di studio

Scenari e tendenze del diritto penale dell'economia

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Gabrio Forti

Spunti per un'analisi criminologica della materia penale economica

Sommario: 1. Una premessa teorica e metodologica. – 2. L'attenzione policentrica ai «percorsi dell'applicare». – 3. Debolezze politico-criminali e nuove «discrasie». – 4. L'integrazione interdisciplinare e la necessità di un modello teorico per attuarla nella materia «penale-economica». – 5. Ripartire da Sutherland?

1. Una premessa teorica e metodologica

Come ben precisato nel titolo del mio intervento, quelli che mi accingo a delineare sono semplici «spunti» di un'analisi criminologica che non può aspirare a dar conto approfonditamente delle sempre nuove acquisizioni empiriche e riflessioni scientifiche pertinenti della materia penale-economica. Tutt'al più si cercherà qui di indicare e perimetrare alcuni dei terreni la cui più intensa «fertilizzazione» permetterebbe un migliore afflusso di questo tipo di conoscenze all'attenzione dei decisori istituzionali e della stessa scienza giuridica.

Prenderei le mosse da due brevi citazioni che mi capita a volte di richiamare, nella lezione che tengo ogni anno in apertura del Master in Diritto penale dell'Impresa (MIDPI) organizzato in Università Cattolica dal Centro Studi «Federico Stella».

La prima, ben nota, è del filosofo Karl Popper, tratta dal *Poscritto alla logica della scoperta scientifica*: «Non esistono le discipline, ma soltanto i problemi e l'esigenza di risolverli»[1].

La seconda è tratta da un'opera di Alberto Alessandri: «le discussioni circa l'opportunità/necessità di penalizzare i comportamenti economici illeciti sono

[1] Cfr. K.R. Popper, *Postscript to the Logic of Scientific Discovery*, W.W. Bartley, London 1982, trad. it., *Poscritto alla logica della scoperta scientifica*, vol. I, Il Saggiatore, Milano 1984, p. 35.

File riservato ad esclusivo fine di studio

sospese su un'ignoranza totale del dato empirico»[2].

Come tutti sappiamo, Alessandri ha dato fattivo seguito a questa constatazione, sia attraverso un costante rilievo e interesse riservato nei suoi scritti alla prospettiva criminologica (certo non consueti nelle trattazioni di diritto penale dell'economia), sia in particolare coordinando un'indagine empirica presso il tribunale di Milano sulle false comunicazioni sociali, i cui risultati sono stati pubblicati nel 2011[3]. Tornerò a breve sulle conclusioni di quell'indagine, che mi pare mettano bene in luce il tipo di problematiche cui va incontro chi, in Italia, si proponga di esplorare i territori empirico-fattuali della materia penale-economica e, soprattutto, di farlo senza restarne ai margini, ma addentrandovisi con la genuina aspettativa di poter far avanzare quella collaborazione interdisciplinare protesa alla risoluzione dei problemi sul tappeto ben espressa dalla battuta di Popper che ho appena menzionato.

Certo, anche semplicemente «accontentarsi» di una certa collaborazione interdisciplinare o co-disciplinare (come la denomina Riccardo Borsari) empirico-giuridica nella materia penale-economica e, più in generale, nella materia penale sarebbe già molto, visto che anche questa meta sembra ancora abbastanza lontana dall'essersi realizzata nonostante le invocazioni che si susseguono da decenni in scritti e occasioni convegnistiche.

Conserva infatti tutta la sua attualità una nota constatazione di Peter Noll sugli atteggiamenti mentali che, non solo in campo scientifico, precludono la comunicazione tra identità distinte e, nella specie, il transito e la condivisione di conoscenze tra discipline giuridiche ed empiriche. «Le altre scienze sociali», scriveva Noll, «in particolare la sociologia, non danno risposta alle domande che la scienza giuridica, e in particolare la scienza della legislazione, dovrebbe porre; domande, peraltro, che questa scienza non pone, sia perché è convinta di non poter avere risposta, sia perché ritiene di poter rispondere da sola, sia perché non vede neppure le domande che dovrebbero essere poste»[4].

Credo che questa diagnosi, risalente agli inizi degli anni '70 del secolo scorso (ossia a oltre un quarantennio fa!), trovi corrispondenza proprio in quanto è stato scritto a conclusione della ricerca sulle false comunicazioni sociali cui ho fatto riferimento poc'anzi. In essa per l'appunto si prendeva atto dei risultati «desolanti, quasi frustranti per i ricercatori» dell'indagine svolta: «a parte i

[2] A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 534 ss.; v. anche Id., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 62 ss.; Id. (a cura di), *Diritto penale dell'impresa. Materiali per lo studio*, Giappichelli, Torino 2007, p. 12 ss.: «le riflessioni criminologiche appaiono allora un *urgente e necessario* corredo (e un elemento di ulteriore complessità) per illuminare i percorsi della materia in discussione».

[3] A. Alessandri, *Un'indagine empirica presso il tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, a cura di A. Alessandri, Giuffrè, Milano 2011.

[4] P. Noll, *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, Reinbeck bei Hamburg 1973, p. 66.

File riservato ad esclusivo fine di studio

tempi talora biblici nelle risposte, solo 84 Procure – quindi circa la metà – hanno risposto. Soltanto una ventina di esse hanno correttamente risposto con l'elaborazione statistica del flusso dei procedimenti in base al questionario sottoposto». Se ne poteva desumere sia «un sostanziale disinteresse a ricerche conoscitive del tipo di quella presentata, per ragioni che possono spaziare dalla mancanza di tempo e di personale alla sfiducia nell'utilità della ricerca»; sia «l'impossibilità concreta, in mancanza di uno stuolo di ricercatori da far viaggiare per il territorio nazionale, ad avere una prima e, pur sfocata, immagine dell'applicazione giudiziale del reato oggetto di indagine nel nostro paese»[5].

Si tratta di un'esperienza certo particolare, ma anche emblematica di un atteggiamento destinato ad avere riflessi sulla stessa progettazione normativa. Sebbene esistano articolate prescrizioni volte a regolare lo svolgimento dell'attività conoscitiva collegata all'istruttoria legislativa, è sufficiente sfogliare i materiali preparatori di leggi e decreti leggi recenti per avvedersi di quanto poco sia avvertita la necessità di acquisire informazioni e dati davvero essenziali per impostare e indirizzare le scelte normative adottate. Il che suscita interrogativi che investono una più ampia cornice culturale e forse addirittura antropologica, che non può essere ignorata in una sia pur cursoria riflessione sulle basi criminologiche della materia penale economica.

2. L'attenzione policentrica ai «percorsi dell'applicare»

Il primo «angolo» di questa cornice mi pare sia costituto da una certa mentalità giuridica caratterizzata, usando il lessico di David Garland, dalla riluttanza a inquadrare la penalità entro «una rete più ampia di azioni sociali e di significati culturali», visto che «ogni istituzione è un luogo ben individuato in un più vasto terreno sociale, e si relaziona costantemente con l'ambiente circostante, influenzandolo ed essendone costantemente influenzata, e mantenendo così un rapporto con il "mondo esterno"», sicché «si dovrebbe imparare a inquadrare il fenomeno tanto nella sua integrità, ossia quale istituzione, quanto nel suo rapportarsi all'esterno, ossia quale istituzione sociale»[6].

Acquisire un tale inquadramento non servirebbe solo (cosa peraltro di per sé rilevantissima) per dotarsi di quella «visione periferica»[7] che permette di preve-

[5] Alessandri, *Uno sguardo d'insieme*, in *Un'indagine empirica presso il tribunale di Milano*, cit., p. 21.
[6] D. Garland, *Punishment and Modern Society*, 1990, trad. it. di A. Ceretti, *Pena e società moderna*, Il Saggiatore, Milano 1999, p. 328.
[7] Una «visione periferica» è stata detta la «capacità superiore che consenta [...] di riconoscere i segnali deboli in arrivo dalla periferia e agire di conseguenza prima che sia troppo tardi»: essa ha, tra le sue componenti, «l'adozione di un approccio indagatore nei confronti dello sviluppo delle strategie» e «una cultura flessibile e indagatrice che premi l'esplorazione di quanto accade ai margini», nonché «sistemi di conoscenze adatti a rilevare e condividere i segnali deboli». Cfr.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dere gli effetti che gli interventi su un singolo nodo della rete possono produrre su altre componenti o sulla rete nel suo insieme, quanto, più basilarmente, per controllare e attuare la *applicazione* delle norme progettate e, soprattutto, per imparare continuamente *da* tale applicazione.

Modalità indispensabile per evitare che proprio il passaggio applicativo stravolga i pur ben intenzionati progetti di disciplina, producendo una di quelle eterogenesi dei fini di cui in questi anni il panorama politico e specialmente politico-criminale, nazionale e internazionale, ha offerto molteplici esempi. Si tratta dunque, *anche* in sede di progettazione legislativa, di prestare un'attenzione «dedicata» ai «percorsi dell'applicare», per riprendere il titolo di un saggio di psicologia dell'organizzazione[8].

Quanto meno, si può ritenere che il metodo proprio di una tale «scienza dell'applicazione» permetta di comprendere e, soprattutto, *governare* le vicende attuative cui andranno soggetti i *testi* progettati. Il che, per un penalista che voglia rendersi attento alla realtà «effettuale», implicherà il tentativo di abbracciare con sguardo acuto la vasta rete della penalità[9]. Almeno ove si voglia continuare a coltivare la speranza (malgrado certe «dure repliche della storia») che questa possa essere «costruita socialmente», con una «rinnovata fondazione pattizia, democraticamente condivisa»[10], come ebbe a osservare Massimo Pavarini.

Difficile negare che il male antico dei nostri sistemi di regolazione, non solo in campo penale, risieda nella sicumera di chi ritiene che il proprio compito legislativo si esaurisca nella stesura del *testo* e che questo poi possa camminare con le proprie gambe solo in virtù della supposta buona fattura che vi abbia impresso il suo artefice. Con ciò dimenticando quanto invece l'azione dell'applicare debba intendersi nei «termini di creazione di un costrutto: cioè non come replicazione di un modello predefinito ma come generazione di uno specifico corso d'azione basato sulla lettura del contesto di riferimento»[11].

È proprio la traslazione del dettato legislativo «teorico», «dal suo contesto generativo ad un altro di tipo pratico», «finalizzata alla soluzione di problemi

M. Catino, *Miopia organizzativa*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 204 ss.

[8] C.A. Bosio, *Percorsi dell'applicare: considerazioni e intrecci da un punto di vista psicologico-organizzativo*, in *Risorsa Uomo*, in *Riv. psic. lav. e org.*, vol. XVII, n. 1, 2012, p. 19 ss.

[9] Cfr. M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bononia University Press, Bologna 2014. V. anche M. Pavarini, B. Guazzaloca, *Saggi sul governo della penalità*, Martina, Bologna 2007.

[10] M. Pavarini, *Carcere riformabile? Uno sguardo da* Il Ponte *sulla riformabilità democratica del carcere*, in *Rass. penit. crim.*, vol. I, n. 8, 2004, p. 87.

[11] Bosio, *Percorsi dell'applicare: considerazioni e intrecci da un punto di vista psicologico-organizzativo*, cit., che riprende D.F. Romano, *L'organizzazione silenziosa: Azione e significato*, Cortina, Milano 2006; Id., *Conoscere e organizzare*, in *Psicologia delle organizzazioni*, a cura di P. Argentero, G.G. Cortese, C. Piccardo, Cortina, Milano 2008, p. 17 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

operativi»[12], che rappresenta il passaggio più delicato e, a mio avviso, più importante per un giurista evoluto, quando sia chiamato a confrontarsi con un costrutto normativo nuovo o *in fieri*.

Occorre dunque trarre, nel nostro campo, le «giuste» conseguenze dalla constatazione secondo la quale ogni sapere, ivi compreso il sapere posseduto o supposto posseduto dal legislatore (visto che ogni normazione implica una *pretesa* di sapere in merito alla situazione oggetto di normazione), «nel momento in cui si applica è chiamato ad intrecciarsi con l'ambito sociale di applicazione e tale intreccio opera in senso trasformativo sulle conoscenze scientifiche e sui suoi possibili precipitati pragmatici»[13].

Una tale considerazione sembra declinare sul piano giuridico una nozione sufficientemente accreditata sul piano teoretico-filosofico, ossia la «radice *prassiologica* della normatività», e altresì «il carattere *contingente* dell'altro aspetto da cui la normatività ha origine, ossia quello della *convergenza* prassiologica», cui si annette la constatazione dell'«inquietante caducità di tale condizione necessaria della significazione»[14].

La prospettiva di costruire *prima* una teoria, da applicare *poi* – in sé legittima e percorribile – non sembra per lo più in grado di risolvere, da sola, i problemi di costruzione sociale dell'applicare e non sembra potersi esimere da un'analisi di quelle che sono state dette le «condizioni inter-testuali» e di contesto entro cui realizzare l'intreccio fra teoria e applicazione. In un'opera di Mireille Delmas Marty ben nota in Italia[15], ma dal titolo francese assai più evocativo ed eloquente di quello italiano (*Le flou du droit*), si richiamava l'attenzione sul carattere, appunto, *flou* del diritto penale contemporaneo, iscritto oggi «nel campo più ampio e più aperto della politica criminale», dove «il *"flou*" esprime «l'attitudine a comprendere di più e in modo non lineare»: l'idea di un diritto differente da quello tradizionale, che «non impone un ordine giuridico unico e immutabile: e nemmeno permette qualsiasi soluzione mentre invece rifiuta il rischio di incomprensione della realtà»[16].

Un esempio di significativa attenzione verso le istanze dell'applicare è il recente *Executive Order* emanato dal Presidente degli Stati Uniti Barack Obama[17], dal titolo: *Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People*, (la cui ispirazione sembra affine a quella di un documento europeo di tre anni

[12] Bosio, *ibidem*.
[13] Bosio, *ibidem*.
[14] A. Voltolini, *Guida alla lettura delle Ricerche Filosofiche di Wittgenstein*, Laterza, Bari-Roma 2003[3], p. 114.
[15] F. Palazzo, *Dal Codice penale ai diritti dell'uomo*, a cura di F. Palazzo, Giuffrè, Milano 1992, p. 5.
[16] *Ivi*, p. 6.
[17] The White House, Office of the Press Secretary, *Executive Order – Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People*, September 15, 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

fa)[18], nel quale tra l'altro si sottolinea l'importanza di tener conto di quanto acquisito nelle scienze comportamentali sul «come le persone assumono le loro decisioni» ai fini della progettazione delle politiche pubbliche[19].

È evidente come tali prese di posizione e sollecitazioni non possano che interpellare la criminologia economica e organizzativa, indotta quindi a tematizzare le proprie ricerche anche alla luce di una progettazione normativa che tenga conto del livello di osservanza ragionevolmente prevedibile dai destinatari della regolazione; un ambito disciplinare rivolto dunque ad acquisire adeguata consapevolezza delle dinamiche motivazionali alla base dei comportamenti illeciti, e quindi, – con specifico riferimento ai reati economici e agli autori «colletti bianchi» – in grado di rispondere a domande sul «perché lo fanno» e su che cosa «passi nella mente» di chi lo fa[20].

Tutto ciò si rende necessario anche «per gettare finalmente un ponte tra teoria e prassi, verificando come il diritto normativamente enunciato si atteggi una volta che, calato nella realtà economica oggetto di disciplina, si trasformi in autentico *law in action*», considerato che «il momento pratico-applicativo dell'*enforcement*», «rappresenta la più affidabile cartina di tornasole per valutare l'effettività dei sistemi di regolamentazione normativa e, conseguentemente, arricchisce l'analisi giuridica di ulteriori livelli di riflessione, fornendo preziose chiavi di lettura, ancor prima che per l'elaborazione di possibili prospettive di riforma, già per l'interpretazione delle norme vigenti»[21].

3. Debolezze politico-criminali e nuove «discrasie»

Un secondo «angolo» della cornice di arretratezza epistemica della materia penale-economica credo si possa ricondurre a una più generale debolezza della politica criminale italiana, da ritenersi causa, ben prima che conseguenza della sempre più deprecata delegazione al «formante» giurisprudenziale di «profili fondamentali del sistema punitivo»[22] e, dunque, del compito di tracciare, all'indomani del varo di leggi e riforme, i «percorsi dell'applicare».

[18] Cfr. European Commission, *Applying behavioural sciences to EU policy-making*, 2013. V. anche O. Oullier, *Behavioural insights are vital to policy-making,* in *Nature*, 2013 Sep 26; 501(7468): 463.
[19] «A growing body of evidence demonstrates that behavioral science insights – research findings from fields such as behavioral economics and psychology about how people make decisions and act on them – can be used to design government policies to better serve the American people».
[20] E. Soltes, *Why they do it. Inside the Mind of the White Collar Criminal*, PublicAffairs, New York 2016.
[21] F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato,* enforcement *e sistema penale*, Giappichelli, Torino 2014, p. 4.
[22] Per tutti, si veda la puntuale diagnosi di C. E. Paliero, *Relazione introduttiva*, in *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di A. Stile, S. Manacorda, S. Mongillo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2015, p. 53 ss., anche con rif. a M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte,* Giuffrè, Milano 2011, p. 46 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Un esempio conclamato, su cui non è il caso di addentrarsi, tanto ne sono noti gli estremi, è stato il recente intervento di cui alla l. 27 maggio 2015, n. 69, che ha modificato le fattispecie di false comunicazioni sociali previste dagli artt. 2621 e 2622 c.c., suscitando seri problemi interpretativi (con pronunce contrastanti della giurisprudenze di legittimità)[23], incertezze nel mondo delle imprese[24] e un intervento della Sezioni Unite della Cassazione a pochi mesi dalla riforma[25], soprattutto a causa dell'uso che vi si è fatto della locuzione «fatti materiali»[26].

Proprio su questo specifico nodo, il disimpegno del legislatore nell'offrire alla giurisprudenza indicazioni di qualche pregnanza assiologica si è manifestato non solo nelle scelte lessicali trasfuse nei testi normativi, ma in un'esplicita delega alla sfera giudiziaria del compito di risolvere i problemi interpretativi lasciati sul tappeto[27].

[23] Nell'udienza del 12 novembre 2015, la Sezione V della Cassazione, con riguardo alla questione: «*Se a seguito della modifica dell'art. 2621 c.c., introdotta dall'art. 9 legge 27.5.2015 n. 69 anche mediante la soppressione dell'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", il falso c.d. valutativo sia tuttora punibile*», ha affermato che: «*Nell'art. 2621 c.c. il riferimento ai "fatti materiali" quali possibili oggetti di una falsa rappresentazione della realtà non vale a escludere la rilevanza penale degli enunciati valutativi, che sono anch'essi predicabili di falsità quando violino criteri di valutazione predeterminati o esibiti in una comunicazione sociale. Infatti, quando intervengono in contesti che implicano l'accettazione di parametri di valutazione normativamente determinati o, comunque, tecnicamente indiscussi, gli enunciati valutativi sono idonei ad assolvere una funzione informativa e possono dirsi veri o falsi*». Questa decisione si è posta in netto contrasto con quanto in precedenza affermato dalla stessa Cassazione, sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774, pres. Alberti, rel. Miccoli, imp. Crespi che, al contrario, aveva sostenuto la sopravvenuta irrilevanza dei falsi c.d. valutativi.

[24] Si veda la nota di Assonime, «Il caso», n. 1, 2016, *Il valore penale delle false valutazioni in bilancio nelle ultime sentenze della Corte di Cassazione*, con la quale si sollecitava un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Cassazione.

[25] Le Sezioni Unite della Suprema Corte con decisione c.c. 31 marzo 2016, Pres. Canzio, Rel. Fumo, ric. Passarelli, hanno ritenuto sussistere il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di «valutazione», «se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni». Si vedano, nell'ampio dibattito sul punto: F. D'alessandro, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2213; F. Mucciarelli, *Oltre un discusso «ancorché». Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la legalità dell'interpretazione: qualche nota*, in *www.penalecontemporaneo.it,* 16 marzo 2016.

[26] Sul tema rinviamo alle illuminanti osservazioni di F. Mucciarelli, *Le 'nuove' false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 giugno 2015 e *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, ivi, 8 Gennaio 2016, commento a Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015 (dep. 12 gennaio 2016), n. 890, Pres. Nappi, Rel. Bruno, Ric. Giovagnoli. Cfr. anche: M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1738 ss.; S. Seminara, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1498 ss.

[27] Si veda la dichiarazione del Relatore del disegno di legge n. 19-657-711-810-846-847-851-868, D'Ascola, in Senato della Repubblica, XVII Legislatura, 420ª Seduta, 31 marzo 2015, Assemblea, Resoconto stenografico, pp. 55-56: «Ci si lamenta poi di questi diversi livelli. Le norme – mi sia

File riservato ad esclusivo fine di studio

In effetti in questa circostanza si è potuta constatare ancora una volta la latitanza di «una vera e coerente politica criminale, che possa essere assoggettata al vaglio della dottrina e, prima di tutto, dell'opinione pubblica e del corpo elettorale», «se con questa espressione vogliamo alludere a una visione strategica e razionale posta a sostegno dell'intervento penale in un settore così delicato»[28].

Una tale latitanza viene paradossalmente messa ancora più in rilievo da un frenetico per non dire forsennato attivismo da parte del legislatore, che negli ultimi mesi, oltre ad aver sfornato la novella sulle false comunicazioni sociali di cui si è detto, è intervenuto altresì con la disciplina dell'«autoriciclaggio» (art. 648 *ter*, n. 1, c.p.), con il nuovo titolo (il VI *bis*) destinato a ospitare i «delitti contro l'ambiente» (art. 452 *bis terdecies* c.p.), e con le «Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione» (inserite nella stessa legge 27 maggio 2015, n. 69), dove si trova dispiegato un «arsenale sanzionatorio» che «non è agevole "ricondurre a sistema"»[29].

Si considerino anche solo le vistose sfasature tra dato testuale e oggettività giuridiche rilevate in dottrina nella fattispecie di autoriciclaggio, e derivanti dall'insufficiente selezione delle condotte rilevanti, tale «da delegare al giudice

consentito – vanno interpretate e capite e quanto all'interpretazione, approfitto per anticipare un concetto: nessuno può pensare che noi oggi in Senato finiamo per indovinare quale sarà il percorso giurisprudenziale che verrà assegnato all'art. 2621, all'art. 2622, all'art. 2621 *bis* o all'art. 2621 *ter*. Noi riteniamo di avere scritto, e di avere prima ancora pensato, delle norme ragionevoli e conformi ai nostri principi. Ovviamente dobbiamo, come in ogni caso del genere, prefigurare che ci saranno dei tribunali, delle corti d'appello una Corte di cassazione le quali poi daranno risposta ai nostri dubbi. A noi basta aver scritto delle norme che si inseriscono in un quadro di natura costituzionale […] Il senatore Caliendo ha posto ripetutamente questo problema: insomma, le valutazioni stanno o non stanno dentro i fatti materiali rilevanti? Qui non do la mia interpretazione, non perché non abbia una risposta (perché io una risposta ce l'ho), ma non credo che il relatore debba dare una sua interpretazione. Questo è un problema interpretativo e qui non c'è da scandalizzarsi, perché sappiamo bene che i giudici interpretano le norme. Il relatore è convinto di quello che dice […] La nostra Corte di cassazione dovrà valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti. Ripeto, il relatore a tal proposito non dà alcuna risposta, perché non la deve dare; ci mancherebbe altro che la desse. Noi non siamo la Corte di cassazione che dà risposte giurisprudenziali; questo è un tema che la giurisprudenza affronterà. Ripeto, il relatore ha la sua risposta, ma non avrebbe alcuna efficacia e alcun significato vincolante, pertanto il relatore ritiene non di non poterla dare, bensì di non dover dare alcuna risposta su questo aspetto».

[28] L. Foffani, *Introduzione. Una «nouvelle vague» del diritto penale dell'economia in Italia?* in *Casi di diritto penale dell'economia, vol. I., Impresa e mercato (Cirio, Parmalat, Antonveneta, Bnl-Unipol)*, a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, Il Mulino, Bologna 2015, p. 20, anche con rif. a Id., «*Sicurezza» dei mercati e del risparmio: il diritto penale dell'economia di fronte alle tensioni della «modernità»,* in *Studi in onore di Mario Romano,* vol. III, Jovene, Napoli, p. 1937 ss.

[29] Cfr. V. Mongillo, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2015, p. 13, dove si ricordava altresì come la legge n. 69/2015 abbia perso l'occasione per correggere varie incongruenze nel sistema dei reati contro la P.A. risalenti alla riforma del 2012.

File riservato ad esclusivo fine di studio

significativi poteri di determinazione (e non di semplice riscontro)»[30]. L'esito in termini di plurioffensività cui sembra dover condurre la ricostruzione di questa fattispecie meriterebbe il richiamo di quanto Cesare Pedrazzi diceva a proposito di simili soluzioni, ritenute indicative «di oggettività giuridiche a basso profilo, malamente distinguibili dalla *ratio* complessiva della norma», con il risultato di rendere evanescente la «stessa contrapposizione tra oggetto e motivazioni della tutela»[31].

A fronte di questa scarsa saldezza e coerenza politico-criminale, si registra lo straordinario attivismo degli ultimi anni da parte delle corti, tanto da far parlare di «mutazione genetica dell'intervento giudiziario penale in materia economica»: un «big bang», prodottosi, per l'appunto, «in maniera sostanzialmente indipendente rispetto all'evoluzione del quadro normativo»[32].

Per quanto ben intenzionata possa essere la giurisprudenza intenta a riempire le molte cambiali in bianco rilasciate dal legislatore (foriere peraltro di rinnovate «discrasie»[33]), essa com'è ovvio non è, istituzionalmente e funzionalmente, in grado di sostituirvisi nel delicato compito di recepire e, soprattutto, di mediare tra i punti di vista e le prospettive espresse da molteplici fonti presenti nel corpo sociale, da cui trae origine, ben più che dal «formante giudiziario», il diritto che voglia dirsi davvero *vivente* e la «penalità» nell'ampio senso garlandiano di cui si è detto.

È indicativo ad esempio che nell'opera recente di un noto scienziato della politica americano[34], si ridimensioni il ruolo di «formante costituzionale» svolto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, e si dimostri come la dinamica costituzionale sia molto più complessa e policentrica di quella solitamente rappresentata, avendo essa come attori principali: popolo e opinione pubblica, politici di primo piano, elezioni presidenziali, nuove agenzie esecutive. Una «costituzione vivente» nella cui dinamica la giurisprudenza della Corte Suprema figurerebbe come semplice partecipe a una impresa collettiva da cui, a partire dagli anni sessanta del novecento, è derivata l'edificazione della cultura dei diritti civili. Come ha

[30] F. D'Alessandro, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori «più che abili»* in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. Baccari, K. La Regina, E.M. Mancuso, Cedam, Milano 2015, p. 10 ss.

[31] C. Pedrazzi, *Interessi economici e tutela penale*, ora in C. Pedrazzi, *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali. Diritto penale societario*, Giuffrè, Milano 2003, p. 198.

[32] Foffani, *Introduzione*, cit., p. 15.

[33] L'espressione è ormai divenuta proverbiale tra i penalisti dopo la pubblicazione del volume *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, in *Atti del seminario organizzato dall'I.S.I.S.C. a Siracusa l'11-13 ottobre 1990*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli 1991.

[34] B. Ackerman, *We The People, volume 3: The Civil Rights Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2014.

File riservato ad esclusivo fine di studio

scritto un recensore italiano del libro, esso esprime «una posizione che invita ad affrontare la storia costituzionale americana in termini interdisciplinari»[35]. Secondo tale modello «le moderne politiche pubbliche si realizzano in processi incrementali, nei quali intervengono, con ruoli diversi e in modi diversi, l'opinione pubblica, i parlamenti, gli esecutivi, le amministrazioni, i giudici. L'articolazione di questi processi comporta l'identificazione di un problema sociale, un primo tentativo di risolverlo, seguito dalla individuazione delle carenze, da correzioni, da reinterpretazioni e consolidamenti»[36].

Questa diagnosi mi pare supremamente attinente a una riflessione sul ruolo dell'analisi criminologica nella materia penale economica, perché ne pone le premesse concettuali e culturali, il raccordo con quella necessità di attenzione ai «percorsi dell'applicare» cui facevo riferimento all'inizio. Il che necessariamente implica una prospettiva sociale e istituzionale policentrica, a sua volta coerente con l'esigenza di comprendere la penalità entro «una rete più ampia di azioni sociali e di significati culturali».

L'invasione di campo da parte del «formante» giurisprudenziale non andrebbe peraltro ascritta solo o principalmente a uno squilibrio di fatto nei rapporti *di* potere e *tra* poteri dello Stato, quanto piuttosto a un problema legato alle elementari dotazioni intellettuali e cognitive della classe politica, alla crescente inettitudine (che peraltro rispecchia un dato antropologico generale) a esprimere la virtù – che Machiavelli riteneva così importante per il suo «principe» – del prevedere «discosto»[37]: da intendersi in senso non solo temporale, ma altresì spaziale e sistemico, ossia con riguardo alle ripercussioni che l'agire su uno snodo del sistema politico-giuridico può averne su altri, appunto «discosti» rispetto a quello momentaneamente focalizzato.

Vi si può forse ravvisare la stessa matrice culturale che ha finora impedito

[35] S. Cassese, *La Costituzione? È quella «vivente»* , in *Il Sole 24 Ore*, 22 giugno 2014.

[36] Cassese, *La Costituzione? È quella «vivente»*, cit., che osserva altresì come «il successo non dipende solo dalla velocità alla quale questi processi si svolgono, ma anche dalla presenza nel corpo sociale di poteri con investiture diverse e capacità rappresentativa, dal dialogo che viene a stabilirsi tra i diversi protagonisti e i deuteragonisti e dal loro atteggiamento cooperativo o conflittuale, dalla capacità del corpo politico di "passare la mano" a quello amministrativo, e viceversa».

[37] N. Machiavelli, *Il Principe*, a cura di L. Firpo, Einaudi, Torino 1961, vol. III, p.13: «Perché e' Romani feciono, in questi casi, quello che tutti e' principi savi debbono fare: li quali, non solamente hanno ad avere riguardo alli scandoli presenti, ma a' futuri, et a quelli con ogni industria ovviare; perché, prevedendosi discosto, facilmente vi si può rimediare; ma, aspettando che ti si appressino, la medicina non è a tempo, perché la malattia è diventata incurabile. Et interviene di questa come dicono e' fisici dello etico, che nel principio del suo male è facile a curare e difficile a conoscere, ma, nel progresso del tempo, non l'avendo in principio conosciuta né medicata, diventa facile a conoscere e difficile a curare. Cosí interviene nelle cose di stato; perché, conoscendo discosto, il che non è dato se non a uno prudente, e' mali che nascono in quello, si guariscono presto; ma quando, per non li avere conosciuti si lasciono crescere in modo che ognuno li conosce, non vi è più remedio».

File riservato ad esclusivo fine di studio

o almeno fortemente indebolito una anche solo tendenziale realizzazione, nelle politiche penali, del principio di *extrema* o *ultima ratio*. Del resto, pur costituendo primariamente un «canone materiale di politica criminale» e implicando «valutazioni che per la loro genericità e/o opinabilità del riscontro dei presupposti di fatto contingenti sono inevitabilmente e tipicamente politiche»[38], tale principio non esaurisce la sua portata nel momento in cui il legislatore abbia ritenuto sostituibile l'intervento della sanzione penale con altri strumenti di tutela dei beni giuridici. Anche in queste circostanze, esso interpella la teoria e la prassi giuridico-penale a una verifica sull'esistenza (e legittimità) delle risorse extrapenali ed extragiuridiche di controllo sociale, nonché sulle strutture e provvidenze organizzative presenti «nel territorio» idonee ad assicurare tale tutela. Per usare il lessico di uno studio recente sulle dinamiche dell'attenzione, potremmo dire che il legislatore, al pari dell'uomo contemporaneo sottoposto alla pressione di «superstimoli», specialmente digitali e mediatici, tenda a cadere vittima di un «filtraggio e riduzione dei carichi attentivi» trovandosi di fronte alla «crescente costruzione artificiale di realtà che catturano l'attenzione e hanno soglie di accesso cognitivo basse, che non richiedono, cioè, grande impegno né risorse culturali e quindi sono fruibili da tutti»[39].

Un esempio di questi meccanismi è costituito, notoriamente, dal principio di precauzione, oggetto di una densissima attenzione teorica in seno alla scienza penalistica italiana degli ultimi anni[40]. La sua rilevanza nella materia penale economica non è certo ristretta ai settori dell'attività d'impresa più comunemente esposti all'addebito di colpa (illeciti ambientali, responsabilità da prodotto, infortunistica sul lavoro *etc.*), ma si estende al ben più vasto campo nel quale la valutazione delle responsabilità è indotta a confrontarsi con la categoria del rischio, nella forma ad esempio del rischio di realizzazione di qualcuno dei reati-presupposto ora contemplati dal d. lgs. n. 231/2001[41]. Un campo dove

[38] M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano 2004[3], Pre-Art. 1, 53, p. 23. Per una recente pregevole analisi di questo principio, si veda: G.P. Demuro, Ultima ratio*: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1676 ss.

[39] P. Legrenzi, C. Umiltà, *Una cosa alla volta. Le regole dell'attenzione*, Il Mulino, Bologna 2016, *passim* e spec. le *Conclusioni*.

[40] Il tema è ormai oggetto di molteplici contributi dottrinali: in relazione alle opere monografiche v. D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale: paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Aracne, Roma 2012; M.N. Masullo, *Colpa e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012; F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Giappichelli, Torino 2013; E. Corn, *Il principio di precauzione. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Giappichelli, Torino 2013.

[41] Cfr. G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1249 ss., spec. p. 1277 ss., per l'esposizione dell'idea che l'agire organizzato possa essere configurato come ambito di rischio consentito o permesso, tenuto conto (sulle basi offerte dalla più avanzata scienza dell'organizzazione) di quanto *ex ante* il rischio di illeciti individuali (da parte

File riservato ad esclusivo fine di studio

con grande frequenza le decisioni giudiziali si trovano esposte alla sotterranea infiltrazione («sotto copertura» di più collaudati criteri di imputazione) di una logica precauzionale[42] e del connesso *bias* cognitivo detto dell'*hindsight bias*[43].

Tra le varie euristiche studiate e conosciute[44], con riferimento al principio di precauzione si tende a richiamare soprattutto l'euristica della disponibilità (*availability heuristic*). Con essa, correlata al concetto cognitivo di accessibilità (*accessibility*)[45], si valuta la probabilità di verificazione di un determinato evento sulla base della facilità con cui si ricorda o si è in grado di pensare ad esempi pertinenti[46]: generalmente elementi che appartengono a un'ampia classe sono ricordati meglio e più velocemente di elementi che appartengono, invece, a classi più ristrette; così come eventi ritenuti molto probabili sono ricordati meglio di eventi ritenuti poco probabili.

Si tratta di un tipico modo con cui la mente umana tende a rappresentarsi i rischi[47], basato sulla facilità di materializzare nella mente situazioni nelle quali

di soggetti in posizione apicale o subordinata) sia da «mettere in conto» quale costo inerente alle condizioni necessarie ad assicurare la «affidabilità» delle organizzazioni, quali quelle che, ad es., riescano a produrre un adeguato *reporting* tanto dei *miss* quanto, se non più, dei *near miss* criminali, in genere caratterizzate da un *design* organizzativo nel quale sia sia incoraggiata, nei fatti, e non certo solo in enunciazioni formali, la autonomia dei soggetti che vi operino.

[42] Per una trattazione del tema, rinviamo a una nostra precedente riflessione: G. Forti, *La "chiara luce della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione.*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di M. Bertolino, G. Forti, Jovene, Napoli 2007, p. 573 ss.

[43] Sul tema, di recente *ex multis*, anche per tutti i necessari riferimenti, v. S. Grosso, *Il giudizio di prevedibilita dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilita colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 2, p. 583 ss.; G. Rotolo, *Profili di responsabilità medica alla 'luce' della medicina narrativa*, ivi, 2014, p. 873 ss.

[44] Ad es. la c.d. *euristica della rappresentatività*: una scorciatoia di pensiero che consente di ridurre la soluzione di un problema inferenziale a un'operazione di giudizio consistente nel valutare la probabilità di un'ipotesi in base ad un giudizio di similarità. Da un giudizio circa la rilevanza (in che misura gli attributi che appartengono all'esemplare A consentono di collocarlo nella categoria B?) si trae un giudizio di probabilità (quanto è probabile che A sia un esemplare della categoria B?). L'errore sistematico più frequente nasce, qui, dalla insensibilità alla probabilità di base (a priori) con l'effetto che meri stereotipi risultano in grado di contrastare completamente, fino ad annullarle, le probabilità a priori fornite ai soggetti. Si parla poi di euristica di *ancoraggio e accomodamento* quando, dovendo emettere dei giudizi in condizioni di incertezza, le persone riducono l'ambiguità ancorandosi ad un punto di riferimento stabile per poi operare aggiustamenti e infine raggiungere una decisione finale. Si tratta dunque di processi di stima di un qualche valore a partire da un certo valore iniziale, rispetto al quale viene accomodato il nuovo esemplare. Cfr., in questo campo, gli esperimenti di B. Fischhoff, M. Bar-Hillel, *Diagnosticity and the base-rate effect*, in *Memory and Cognition*, vol. XII, 1984, p. 402 ss.

[45] Per «accessibilità» s'intende «la facilità con cui alcuni contenuti mentali sono richiamati dalla mente». Cfr. E. T. Higgins, *Knowledge activation: Accessibility, applicability, and salience*, in *Social psychology: Handbook of basic principles*, a cura di E.T. Higgins, A. Kruglanski, The Guilford Press, New York 1996, p. 133 ss. V. anche, D. Kahneman, *Prize Lecture* in *Maps of Bounded Rationality: A Perspective on Intuitive Judgment and Choice*, 8 dicembre 2002, p. 453.

[46] Kahneman, *Maps of Bounded Rationality*, cit., p. 454.

[47] A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Judgment Un-*

File riservato ad esclusivo fine di studio

il rischio si è realizzato e la cui evocazione tende dunque più facilmente a generare la paura[48].

Antitetica rispetto a questo «vincolo dell'attenzione» o di «attenzione mal distribuita»[49] (e corrispondente a una lettura del principio di precauzione che è stata detta ultimamente «metodologica» o «moderata»)[50] è invece una modalità di decisione (legislativa non meno che giudiziaria) che assuma tratti di «narratività»; e, dunque, presupponga e richieda nei decisori un'attenzione, tanto retrospettiva quanto prospettica, alla «storia» dei soggetti (persone fisiche e/o organizzazioni) con cui entrino *in rapporto*, in modo da poter modulare, nel concreto e progressivo svolgersi di questa interazione dinamica, gli interventi correttivi e le forme di responsabilità di volta in volta più appropriati per realizzare una condivisa maturazione di conoscenze ed esperienze preventive (necessariamente anche di stampo criminologico) rispetto alle situazioni di pericolo.

Un riferimento per procedere in questa direzione dialogico-narrativa di cooperazione tra pubblico e privato è costituito da quei sistemi regolativi (estesi in generale alle attività d'impresa), che, specialmente nel mondo anglosassone, hanno trovato una precisa teorizzazione (ad es. nel c.d. modello piramidale di *law enforcement* elaborato dallo studioso australiano J. Braithwaite)[51], oltre che

der Uncertainty: Heuristics and Biases, a cura di D. Kahneman, P. Slovic, A.Tversky, Cambridge University Press, Cambridge-New York 1982, p. 11 ss.; v. anche Id., in *Science*, New Series, vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), p. 1124 ss.

[48] Cfr. C.R. Sunstein, *Irreversible and Catastrophic: Global Warming, Terrorism, and Other Problems*, in *Pace Environmental Law Review*, Winter 2005-2006, p. 10 ss.

[49] Legrenzi-Umiltà, *Una cosa alla volta*, cit., *Premessa*.

[50] Vedi A. Orsina, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Giappichelli, Torino 2015.

[51] Cfr. B. Fisse, J. Braithwaite, *Corporations, crime and accountability*, Cambridge University Press, Cambridge-New York 1993, p. 141 ss.: «[…]The corporate version of [the pyramidal enforcement model would work as it follows:]when regulatory persuasion and advice fail, warnings escalate to civil monetary penalties, to negotiation of voluntary accountability agreements, to accountability orders mandated by the courts to corporate criminal sanctions escalating from fines to community service to punitive injunctions and, if necessary, corporate capital punishment (for example, licence revocation). […] A central idea behind pyramidal enforcement is the game theoretic postulate that actors, individual or corporate, are most likely to comply if they know that enforcement is backed by sanctions which can be escalated in response to any given level of non-compliance, whether minor or egregious. The pyramid proposed is tall rather than squat, the theory being that the taller the enforcement pyramid, the more the levels of possible escalation, then the greater pressure that can be exerted to motivate voluntary compliance at the base of the pyramid. Compliance is thus understood within a dynamic enforcement game where enforcers try to get commitment from corporations to comply with the law and can back up their negotiations with credible threats about the dangers faced by defendants if they choose to go down the path of non-compliance. A key part of getting commitment from corporations to comply with the law is instilling and maintaining a sense of responsibility, corporate and individual, within the relevant organization. To the end, the pyramid outlined is intended to give enforcers the leverage they need to persuade corporations to impose individual responsibility as a matter of internal discipline».

File riservato ad esclusivo fine di studio

più integrali applicazioni nella prassi (come in alcune esperienze straniere di *enforcement* ingiunzionale nell'ambito dei mercati finanziari)[52].

Si tratta del resto di un approccio nel quale potrebbero confluire ed essere portati a ulteriore maturazione i frutti della crescente attenzione riservata nel dibattito penalistico e nelle (re)visioni in materia sanzionatoria[53] a quell'immenso universo di esperienze riconducibili alla c.d. giustizia riparativa (o *restorative justice*), i cui semi fecondi vediamo ormai da tempo germogliare nei più vari contesti istituzionali e sociali[54], e che, coerentemente a un celebre *dictum* della Corte costituzionale[55], prima o poi dal momento sanzionatorio ed esecutivo della pena dovrebbe riverberare a ritroso i suoi effetti su tutti gli stadi della criminalizzazione, ivi compreso quello della costruzione delle norme e della delineazione delle categorie «dogmatiche» del diritto penale.

4. L'integrazione interdisciplinare e la necessità di un modello teorico per attuarla nella materia «penale-economica»

Asserita la necessità di un'attenzione, dialogica e «narrativa», ai percorsi dell'applicare, attraverso la continua, ma mobile congiunzione del *testo* con il suo *contesto* empirico-criminologico, in una prospettiva policentrica nella quale dovrebbe spettare al legislatore (e alla pubblica amministrazione) il compito di mediare tra le componenti dello spazio pubblico, occorre intendersi su quali siano, appunto, le variabili *di contesto* cui fare riferimento. E, prima ancora, su quale sia il *metodo* da seguire per procedere alla selezione di tali variabili.

Se, come detto, l'apporto dell'analisi criminologica alla materia penale economica non si esaurisce nella semplice congiunzione tra scienze empirica e giuridica, ciò significa che l'esigenza più importante è quella di una «integrazione interdisciplinare» nello studio e nell'impostazione dei problemi. Il che è cosa diversa, più spinta e, per versi, più «costosa» per la tenuta dei recinti disciplinari rispetto al c.d. «coordinamento multidisciplinare». Si tratta infatti di impostare

[52] Vedi F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato,* enforcement *e sistema penale,* Giappichelli, Torino 2014, spec. p. 376 ss.

[53] Così ultimamente in vari interventi durante la I sessione, «Prevenzione reale o populismo penale» del Convegno *Ripensare il diritto penale. In ricordo di Federico Stella*, Convegno inaugurale della V edizione del Master in Diritto Penale dell'Impresa (MiDPI), 12 dicembre 2016.

[54] *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto,* a cura di G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato, Il Saggiatore, Milano 2015.

[55] Corte Cost. 26 giugno 1990 (dep. 2 luglio 1990), n. 313: «[…] la necessità costituzionale che la pena debba "tendere" a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. […] Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (nè in sede normativa nè in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

File riservato ad esclusivo fine di studio

«simultaneamente e congiuntamente, da tutti gli studiosi delle diverse discipline» coinvolte, non solo l'obiettivo della ricerca, ma anche la sua elaborazione e verifica empirica, per giungere alla «formulazione di proposizioni scientifiche che non appartengano più a ciascuno dei contesti di origine, ma che costituiscano un nuovo sistema autonomo rispetto ad essi»[56].

Questa almeno sarebbe la piattaforma «a tendere», ove si voglia conseguire se non una soluzione, almeno un avvicinamento a soluzioni ottimali (il più possibile aderenti al dettame dell'*extrema ratio*) dei problemi di regolazione penale dell'economia.

L'idea di integrazione, se considerata dal punto di vista dei giuristi, non implica allora semplicemente la necessità di comprendere e recepire un certo bagaglio di conoscenze empirico-criminologiche (cosa peraltro che andrebbe già oltre quanto constatiamo nella prassi del legiferare e dello *ius dicere*). Implica, ben di più, *predisporre* le categorie del diritto a recepire tali conoscenze. Un'operazione che dovrebbe essere compiuta o almeno avviata già facendo di una serie di acquisizioni teoriche di base delle scienze empiriche un criterio formativo per tali categorie.

È evidente dal punto di vista metodologico che ciò presupporrebbe la costruzione di un quadro teorico in grado di incanalare le pratiche e i saperi delle diverse discipline attorno a determinati *focus* e nodi problematici sui quali stabilire una ragionevole convergenza di linguaggi e impostazioni disciplinari[57].

Con riguardo al tema oggetto della nostra odierna riflessione, un primo passo verso una tale modello di integrazione dovrebbe consistere nella definizione, anche terminologica, di quell'area che, nel titolo del mio intervento, ma anche in un passaggio del programma del convegno, è stata detta «materia penale economica». Espressione che sembra presentare una pregevole autonomia concettuale rispetto a «diritto penale dell'economia», per la sua attitudine a mettere meglio in luce, prima ancora che un approccio specifico, il «campo di problemi» che, come è stato detto, si presenta «sempre in divenire per effetto delle poderose sollecitazioni della realtà dell agire economico, che formano e deformano gli istituti, e per i continuamente mutevoli rapporti della prassi con le norme, anch'essi squassati da (discontinui) progetti di regolamentazione attraverso la tecnica più modernamente diffusa, l'economia»[58].

Tale «materia» giuridica potrebbe avvicinarsi e coordinarsi con la prospettiva empirica cercando di assorbire e rielaborare almeno in parte quel coacervo di

[56] T. Bandini e altri, in *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Vol.1, Giuffrè, Milano 2003², p. 19, nota 14.

[57] Per recenti indicazioni di metodo generale per la conduzione «trans-disciplinare» della ricerca accademica, si veda C. Bosio, L. Morelli, *Trans-disciplinarietà: prove di dialogo fra scienze*, in *Vita e Pensiero*, 2015, n. 5, p. 123 ss.

[58] Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 8

File riservato ad esclusivo fine di studio

concetti definitori della corrispondente «materia» criminologica accumulatasi nei vari decenni di studi sul crimine economico. Accanto al concetto «classico» di *white collar crime*, vi troviamo, ad esempio, le più aggiornate nozioni di *corporate crime*[59], *business crime*, *economic crime* e *organizational crime*[60].

Com'è noto tra i criminologi, la nozione di *white colar crime* («il reato commesso da una persona rispettabile e di elevata condizione sociale nel corso della sua occupazione»)[61], al centro dei fondamentali studi di E. H. Sutherland, è stata spesso tacciata di un eccessivo soggettivismo per il fatto di caratterizzarsi sulla base dell'appartenenza sociale degli autori[62]. Per quanto per alcuni aspetti se ne possa mettere in discussione «l'efficacia descrittiva», credo si debba tuttora concordare che essa resti «insuperata»[63].

Il merito duraturo dell'impostazione sutherlandiana sta proprio nel richiamare l'attenzione di studiosi e profani sul «potere sproporzionato di continuare a plasmare la percezione di questi crimini» di cui godono le grandi società e altri segmenti delle élites economiche[64]. Infatti, ciò che consente in larga misura ai colletti bianchi di perpetrare i crimini e di farlo attendendosi un'ampia impunità è l'immagine, il prestigio di cui gode la loro «categoria»; il che spiega come ogni politica criminale che voglia andare a fondo nel contrasto di tali illeciti non possa fare a meno di colorarsi di una certa componente denunciatoria, di quella critica sociale che tanto fu imputata a Sutherland.

[59] Cfr. M. L. Benson, F. T. Cullen, W. J. Maakestad, *Community context and the prosecution of corporate crime*, in *White-collar crime reconsidered*, ed. by K. Schlegel, D. Weisburd, North Eastern University Press, Boston, Massachusetts 1992, p. 272: «[We] defined corporate crime as a violation of a criminal statute either by a corporate entity or by its executives, employees, or agents acting on behalf of and for the benefit of the corporation, partnership, or other form of business entity; [...] this definition excludes crime committed by an employee against an employer for the purpose of personal gain, such as embezzlement or theft». Si veda anche S. Simpson, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, p. 6 ss.: «corporate crime is a type of white-collar crime. Edwin Sutherland introduced the latter concept to describe criminal activity by persons of high social status and respectability who use their occupational position as a means to violate the law. As a subcategory of white-collar crime, corporate crime has been defined in many ways. Perhaps the simplest definition is that offered by Braithwaite (J. Braithwaite, *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, London 1984, p. 6), corporate crime is the "conduct of a corporation, or of employees acting on behalf of a corporation, which is proscribed and punishable by law"».

[60] Per un panorama di queste e altre terminologie e per un'analisi complessiva della materia, si veda l'*International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, a cura di H.J. Pontell, G. Geis, Springer, New York 2007.

[61] E.H. Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Giuffrè, Milano 1987, p. 8.

[62] S.P. Shapiro, *Collaring the Crime, Not the Criminal: Liberating the Concept of White-Collar Crime*, in *American Sociological Review*, 1990, n.55, p. 362. Cfr. sul punto G. Geis, *White-collar and Corporate Crime*, Greenwood, Santa Barbara, California 2011, p. 1 ss.

[63] Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 59.

[64] D.O. Friedrichs, *White-Collar Crime and the Definitional Quagmire: A Provisional Solution*, in *Journal of Human Justice*, 1992, n. 3, p. 9.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nonostante le gravi crisi finanziarie degli ultimi anni e un rinnovato attivismo penalizzatorio delle corti, non solo negli Stati Uniti, quella lontana diagnosi mantiene una certa attualità. Del resto, come ha ricordato recentemente Brandon Garrett nel suo libro *Too Big to Jail*[65], nella maggior parte dei processi nei confronti dei colletti bianchi non viene tanto in questione il che cosa l'imputato abbia fatto (e se lo abbia fatto), ma se ciò che ha fatto costituisca un reato. Il che per sé basterebbe a rivelare come la *categoria* dei colletti bianchi partecipi alla definizione dei limiti *della* legittimità e si ponga nella condizione (certo preclusa alla maggior parte dei criminali dal colletto *non* bianco) di «venire a compromessi» con i rappresentanti della pubblica accusa (come appunto recita il sottotitolo del libro d Garrett). E ciò anche sulla base di un patrimonio fiduciario su cui può fare conto per l'esercizio delle proprie attività professionali[66].

Il tema della fiducia riposta nei colletti bianchi risulta dunque strettamente intrecciato alla questione dello *status*, dell'appartenenza agli strati *culturalmente*[67], prima ancora che socialmente, *superiori* della società.

Quello che Sutherland chiamava il «privilegio degli affari», dovuto principalmente all'elevato *status* dei soggetti in questione, alla loro omogeneità culturale rispetto agli esponenti delle istituzioni pubbliche[68], è del resto strettamente correlato a uno dei capisaldi della ricerca criminologica in materia: quel *double standard*[69] così decisivo nella generazione dell'enorme campo oscuro di cui gode la criminalità economica e di cui anche la ricerca empirica italiana sulle false comunicazioni sociali già ricordata sembra offrire ulteriore conferma[70], specie

[65] B.L. Garrett, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press., Cambridge 2014, p. 87 ss.

[66] L'idea del crimine economico quale «violazione della fiducia delegata o implicita», già al centro di fondamentali considerazioni di E.H. Sutherland, è stata particolarmente sviluppata da Shapiro, *Collaring the Crime,* cit., p. 346.

[67] Per una ampia trattazione di questo privilegio culturale, si veda V. Ruggiero, *I crimini dell'economia*, Feltrinelli, Milano 2013.

[68] Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., p. 317 ss.

[69] Troppo vasta la bibliografia criminologica in argomento per poterne dare conto. Ci limitiamo a rinviare, anche per alcuni ulteriori riferimenti, a G. Forti, A. Visconti, *Cesare Beccaria and White-Collars Crimes' Public Harm: A Study in Italian Systemic Corruption,* in *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, cit., p. 490 ss. e spec. pp. 495 ss. e nota 43, nonché alle classiche considerazioni in argomento di T.G. Poveda, *Rethinking White-collar Crime*, Praeger, Westport, Connecticut, 1994, p. 58 ss.

[70] Alessandri, *Uno sguardo d'insieme*, cit., p. 23: «Se si vuole, grossolanamente, arrivare a un'idea dell'incidenza delle condanne rispetto ai soggetti interessati dei procedimenti aperti nell'arco temporale considerato. Risulta che rispetto a 1564 soggetti, costituenti l'intero campione di partenza (indagati), per solo 252 è stata applicata una pena, corrispondente al 16% del totale. Una percentuale che comprende i 179 casi a seguito di rito alternativo (patteggiamento e rito abbreviato: complessivamente, appunto, 179) e 73 condanne a seguito di dibattimento». Di fronte alla constatata «scarsissima incidenza fenomenica di questa fattispecie nel concreto degli affari giudiziari», si esprimeva il dubbio «circa l'efficienza della criminalizzazione secondaria e dei meccanismi che possono ostacolarla», pur nell'impossibilità di documentare questa percezione con un'indagine

File riservato ad esclusivo fine di studio

ove la nozione di «campo oscuro» ricomprenda (come peraltro è criminologicamente corretto fare) anche lo scarto tra fatti criminali commessi e condanne effettivamente inflitte[71].

Della «materia penale economica» – ove questa, in un quadro di *integrazione* e non semplicemente di collaborazione interdisciplinare, volesse avvicinarsi alle prospettive criminologiche – potrebbe darsi ad esempio una definizione di questo tipo: «il campo dei fatti penalmente rilevanti posti in essere traendo indebito profitto economico dal privilegio (sociale, culturale e, soprattutto, epistemico[72]) derivante dalla propria posizione professionale o imprenditoriale».

Si tratta di una «definizione di campo» che pare idonea a mettere in luce quello che appare l'essenziale rapporto di scambio tra patrimonio reputazionale, conoscitivo e fiduciario goduto socialmente dai colletti bianchi e profitti di natura economica. È in questo scambio che si localizza del resto il danno primario del *white-collar crime*, nonché, correlativamente, uno dei suoi principali fattori di diffusività e occultamento, come ben colto da Sutherland e da un'ampia elaborazione criminologica successiva.

Un tale inquadramento della materia penale-economica potrebbe essere forse classificato, stando a una distinzione di Cesare Pedrazzi, tra gli «approcci funzionali», di cui non caso il grande maestro sottolineava il gradimento da parte dei criminologi, anche perché tale da sottolineare «la componente ambientale dell'episodio criminale» e stimolare dunque «la ricerca dei fattori criminogeni immanenti alle strutture economiche»[73]. Un approccio che del resto lo stesso Pedrazzi mostrava di preferire rispetto a quello c.d. «effettuale», basato sull'in-

empirica.

[71] Paradigmatica in tal senso la prospettiva seguita nel classico studio di P.H. Ennis, *Criminal Victimization in the United States: A Report of a National Survey*, National Opinion Research Center, University of Chicago, Chicago 1967, che rilevò i seguenti dati: su 2077 reati accertati per mezzo di interviste somministrate a un campione di 10.000 famiglie americane, solo 1024 erano stati denunciati alla polizia, e di questi per 120 venne iniziato un procedimento penale, sfociato in una condanna «adeguata» solo per 26 casi.

[72] In generale, sul concetto di «ingiustizia epistemica», si veda M. Fricker, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, Oxford 2007. Per una recente ampia analisi della limitata conoscenza tra il pubblico della criminalità delle *élites*, delle sue cause ed effetti, e per i relativi riferimenti bibliografici, si veda la dissertazione di C. Michel, *Public Knowledge and Sentiments about Elite Deviance*, University of South Florida, 2014.

[73] C. Pedrazzi, *Interessi economici e tutela penale*, ora in C. Pedrazzi, *Diritto penale, vol. III, Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali. Diritto penale societario*, Giuffrè, Milano 2003, p. 187 ss. Degna di nota poi l'osservazione, che probabilmente lo stesso Sutherland avrebbe sottoscritto, secondo cui «la disciplina penale dell'attività economica è in primo luogo finalizzata alla tutela di interessi superindividuali tra i quali spiccano i supremi valori umani garantiti dall'art. 41, comma 2, Cost.»: un precetto il cui compito «è di affermare il primato dell'uomo sull'economia: la sicurezza, la libertà, la dignità umana si pongono non tanto come interessi attinenti alla sfera economica, quanto come controinteressi esterni, cui viene subordinata la liceità dell'agire economico. *Non si profila una tutela dell'economia, ma piuttosto un suo condizionamento*» (corsivi nostri).

File riservato ad esclusivo fine di studio

cidenza offensiva del reato, il cui inconveniente veniva ravvisato nella «scarsa concretezza del concetto di base, nella molteplicità ed eterogeneità degli interessi riconducibili alla sfera economica»; nel fatto dunque che la classificazione tra i delitti contro l'economia dicesse «ben poco sull' effettivo contenuto lesivo di una figura»·

Al di là delle definizioni di campo, l'eredità sutherlandiana e i più aggiornati sviluppi della ricerca criminologica sui *white-collar crimes* offrono comunque elementi di analisi assai interessanti e promettenti per la prospettiva giuridica e politico-criminale.

Tra i molti, uno dei più essenziali, resta quello relativo alla eziologia dei crimini economici (e specialmente alla loro tendenza diffusiva e replicante), strettamente correlata al tipo di danno – non solo economico, ma, come detto, fiduciario e morale-culturale – che da essi promana[74]. Si tratta del resto di un danno destinato ad approfondirsi e ad allargarsi per il senso di impunità generato in chi li commette sia dalla frequenza con cui risulta invisibile alle sue vittime «comuni», sia dalla diversa considerazione sociale da parte delle stesse agenzie di controllo di cui godono i responsabili, sicché la gravità delle conseguenze risulta difficilmente scindibile dai fattori che ne favoriscono l'occultamento in un enorme «campo oscuro».

Questa correlazione *sistemica* tra cause ed effetti dannosi del *white-collar*

[74] La considerazione del «danno» è coessenziale alla categoria del *white-collar* e dell'*economic crime*, tanto che alcuni autori hanno proposto di sostituire, in questo particolare ambito della ricerca criminologica, il concetto di *corporate crime* con quello di *corporate harm*, ritenuto in grado di includere, in ogni caso, una classe più numerosa di individui e gruppi danneggiati dalle azioni delle *corporations*. Cfr. B.G. Stitt, D.J. Giacopassi, *Assessing victimization from corporate harms*, M.B. Blankenship (a cura di), *Understanding corporate criminality*, Taylor & Francis, New York 1995, p. 63 ss. I due studiosi si preoccupano anche di analizzare l'influenza, sulla quantificazione dei costi del *corporate crime*, delle diverse possibili definizioni dei concetti di «vittima» e «danno»: ad esempio, se si adottasse una definizione di vittima come «qualsiasi individuo danneggiato da un altro o da altri che si percepisca come tale, che cerchi assistenza e riparazione e che sia riconosciuto come danneggiato e, possibilmente, assistito da qualunque agenzia pubblica, privata o della sua comunità», finirebbero per restare escluse dal computo tutte quelle situazioni in cui il soggetto non è in grado di rendersi conto di aver subito un danno, che sono particolarmente diffuse nel caso del *corporate crime*; nel caso, invece, venga adottata, ad esempio, una definizione estensiva di danno, che includa tanto i danni a singoli individui (che vanno dalle lesioni fisiche a quelle finanziarie, dai traumi psicologici alle diminuzioni di posizione e prestigio sociali, fino alla privazione della libertà personale), quanto il danno sociale, che è nozione molto più astratta, ci si troverebbe di fronte ad un calcolo estremamente difficoltoso, anche in considerazione della necessità di tenere conto, oltre che degli effetti a breve termine, anche di quelli di lungo periodo. Cfr. anche S.S. Simpson, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, p. 13, con rif. a M. Green and J.F. Berry, *White-Collar Crime Is Big Business*, in *Nation*, June 8, 1985, p. 707, che, nell'osservare come complessivamente i *corporate crimes* rappresentino il tipo di crimine più pericoloso e dannoso delle nostre società, ricorda come gli omicidi comuni negli Stati Uniti siano circa 22.000 all'anno, pari a circa un quinto del numero di persone che muoiono annualmente per incidenti e malattie sul lavoro.

File riservato ad esclusivo fine di studio

crime può trarsi anche da un'analisi recente, che già dal titolo (*Why they do it*) rivela quale proprio oggetto principale l'esplorazione dei «perché» del crimine economico[75].

Nello studio si tende a ridimensionare l'efficacia della deterrenza penale nella diminuzione degli illeciti o, quanto meno, si rileva la vistosa sproporzione tra le risorse che possono essere investite in questa direzione e i risultati effettivamente conseguibili[76]. Analogo scetticismo viene espresso nei riguardi dei corsi di educazione «etica» impartiti nelle *business school*[77].

Il nocciolo della questione viene individuato nel fatto che anche in campo economico le decisioni sono spesso adottate in modo intuitivo, trascurando o non avendo ben chiare le conseguenze delle proprie scelte. Conseguenze che si rivelano pienamente a cose fatte e che si sarebbero potute anticipare almeno in parte grazie al coinvolgimento di quello che Daniel Kahneman (citato anche in questo studio), riprendendo l'espressione coniata dagli psicologi Kieth Stanovich e Richard West, ha chiamato il «sistema 2»[78], ossia un sistema cognitivo che, a differenza del «sistema 1» (che «opera in fretta e automaticamente, con poco o nessuno sforzo e nessun senso di controllo volontario») «indirizza l'attenzione verso le attività mentali impegnative che richiedono focalizzazione, come i calcoli complessi», con operazioni che «sono molto spesso associate all'esperienza soggettiva dell'azione, della scelta e della concentrazione»[79].

[75] Soltes, *Why they do it*., cit., 2016.

[76] Soltes, *Why they do it*, cit., p. 322 ss.

[77] Soltes, *Why they do it*, cit., p. 310 ss.: «People participating in such programs are often given exercises of dilemmas requiring trade-offs. For example, the discussion might explore short-term boosts to profitability at the expense of long-term sustainable development or greater personal consumption at the cost of public well-being. Participants spend time discussing their views of an appropriate resolution that balances their legal, ethic, and economic objectives. […] The problem is that the consequential decisions that can unwind a career are usually not so neatly isolated from the thousands of other decisions a person makes. By bringing a specific dilemma into focus for a discussion, it changes how we think about and seek to resolve that dilemma. There is an implicit – and flawed – assumption that participants would employ the same decision making process they used in the classroom if they faced the same predicament at some point in their own future».

[78] D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano 2012, p. 22 ss. e *passim*. Per una riflessione più ampia su questi sistemi cognitivi e specialmente sull'apporto della letteratura come educazione dell'attenzione e, quindi, propensione a far uso del «sistema 2» nelle relazioni sociali, rinviamo a G. Forti, *Letteratura, educazione "morale" dell'attenzione e residualità della risposta punitiva all'illecito*, in *Giustizia e letteratura*, a cura di G. Forti, C. Mazzucato, A.Visconti, Vita e Pensiero, Milano 2016, vol. III, p. 127 ss.

[79] Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 23: «Quando pensiamo a noi stessi, ci identifichiamo con il "sistema 2", il sé conscio e raziocinante che ha delle convinzioni, opera delle scelte e decide cosa pensare e cosa fare. […] Definisco il "sistema 1" come impressioni e sensazioni che originano spontaneamente e sono le fonti principali delle convinzioni esplicite e delle scelte deliberate del "sistema 2". Le operazioni automatiche del "sistema 1" generano modelli di idee sorprendentemente complessi, ma solo il "sistema 2", più lento, è in grado di elaborare pensieri in una serie

File riservato ad esclusivo fine di studio

Il tema di analisi si sposta allora sulle ragioni che spingono ad adottare *intuitivamente* certe linee di azione e, prima ancora, che inducono a fare *così rapido* affidamento sulla giustezza delle proprie decisioni. Ragioni non più da ricercare solo in ambito cognitivo, ma etico e sociale. Esse ci riportano ancora una volta alla questione fondamentale ben colta da Sutherland: quella dello *status* e della fiducia conferiti ai colletti bianchi, con la relativa percezione da parte degli stessi.

L'affidarsi di grandi manager e amministratori di società alle proprie «infallibili» intuizioni nasce infatti da una *overconfidence* che, certo, la stessa partecipazione ai corsi di «etica degli affari» può favorire generando una falsa sicurezza nella qualità morale dell'agire economico[80], ma che deriva fondamentalmente da un'alta considerazione di sé e del proprio ruolo sociale. Si ricorda ad esempio come finanzieri di successo in varie occasioni si siano detti convinti che quella delle rispettive società fosse «opera di Dio» («*God's work*»)[81], con ciò esprimendo una *hybris* in cui si potrebbero intravedere i riflessi di quella divinizzazione del mercato cui un grande teologo ha di recente dedicato le sue riflessioni[82].

Se è tipico di ogni individuo il pensarsi migliore di quanto sia, questo atteggiamento diviene più pronunciato in persone che, avendo avuto successo, sono esposte al rischio di sviluppare un pericoloso senso di invincibilità e infallibilità. È dunque dalla storia di queste persone, dalla comprensione del «loro mondo»[83], ivi incluso il contesto normativo in cui si sono trovare a operare, che può derivare la spiegazione dei loro atti illeciti e, conseguentemente, l'indicazione delle misure adottabili per evitarne il ripetersi[84]. È stato del resto messo in luce dagli

ordinata di stadi»

[80] Soltes, *Why they do it*, cit., p. 313.

[81] Soltes, *Why they do it*, cit., p. 328: «Even if stated in jest, this belief in the righteousness of their ambitions and the lack of any sense of fallibility is precisely the sentiment formerly held by many executives prior to faltering».

[82] H. Cox, *The Market as God*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusets 2016, che non a caso riprende in epigrafe un passo emblematico della Esortazione apostolica *Evangelii Gaudium*: «Abbiamo creato nuovi idoli. L'adorazione dell'antico vitello d'oro (cfr. Es 32,1-35) ha trovato una nuova e spietata versione nel feticismo del denaro e nella dittatura di una economia senza volto e senza uno scopo veramente umano. […]In questo sistema, che tende a fagocitare tutto al fine di accrescere i benefici, qualunque cosa che sia fragile, come l'ambiente, rimane indifesa rispetto agli interessi del mercato divinizzato, trasformati in regola assoluta».

[83] Soltes, *Why they do it*, cit., p. 329.

[84] L'indicazione di Soltes (cit, p. 329 ss.) è soprattutto quella di porsi in una condizione consapevole delle proprie limitazioni e propensioni all'errore: «Appreciating our lack of invincibility – our inherent weakness and frailty – offers us the best chance of designing the appropriate mechanisms to help manage these limitations. If we learn to be more suspicious of gut feelings when placed in new or difficult situations, we can acknowledge the need to create more opportunities for reflection and to bring in viewpoints of others to question us. If we humbly recognize that we not always even notice the choices that will lead us astray, we are likely to develop ways to identify and control those decisions, But it's when we realize that our ability to err is much greater than we often think it is that we 'll begin to take the necessary steps to change and improve».

File riservato ad esclusivo fine di studio

studi cognitivi come «anche solo ricordare a una persona l'epoca in cui aveva potere aumenta la sua fiducia apparente nella propria intuizione»[85].

Questi rilievi sembrano offrire una traduzione pratica di una celebre osservazione di Max Weber, secondo cui «l'ordine legale stabilisce come le cose dovrebbero essere, quello economico come in realtà sono»[86]. Come si rileva in uno studio recente, i crimini dell'economia «appartengono al secondo ordine e costituiscono altrettante strategie dettate dalle difficoltà e dalle incertezze che si incontrano nell'arena economica»; esse «si diffondono e si moltiplicano, diventando quelle che Weber definisce "abitudini", "costume" e, ancorché illecite, determinano "condotte irriflessive" che trovano approvazione morale nell'ambiente circostante»[87].

È appunto attraverso questo meccanismo che nel campo economico si transita dall'«essere» al «dover essere», generando nei *white-collars* una sorta di *hybris*, «cosa ben distinta da un atteggiamento fiducioso»[88] e tale da interrompere la riferibilità del precetto (etico, giuridico, penale) alla propria situazione oggettiva e soggettiva.

5. Ripartire da Sutherland?

Quale confluenza possono trovare nel lavoro del giurista penale le linee di analisi criminologica tratteggiate fin qui, sia pure in generale?

Certamente e in primo luogo esse offrono qualche punto di riferimento per

Tenuto conto che è da un clima di confronto e critica aperta che le persone possono percepire la propria fallibilità, se ne potrebbe cogliere, anche per una valutazione delle condizioni organizzative della compliance, l'ennesima conferma di quanto osservava Z. Bauman (*Modernità e olocausto*, Il Mulino, Bologna 1989, p. 136 ss.), a commento del famoso test di Milgram sull'obbedienza: «Dall'intera serie degli esperimenti di Milgram si evince una conclusione di estrema importanza: "il pluralismo è la migliore medicina preventiva contro la possibilità che individui moralmente normali commettano azioni moralmente anormali". [...] A meno che il pluralismo non sia stato eliminato a livello della società nel suo complesso, le organizzazioni aventi scopi criminali, che hanno bisogno di garantirsi l'infaticabile obbedienza dei propri membri nell'esecuzione di azioni palesemente immorali, sono gravate dal compito di erigere solide barriere artificiali che isolino quei membri dall'influenza "moderatrice" della diversità dei valori e delle opinioni. "La voce della coscienza morale individuale si ode meglio nel rumore della discordanza politica e sociale"». Da analoghe considerazioni si è tratta una modalità di valutazione dei modelli di gestione e organizzione degli enti *ex* d.lgs. n. 231/2001. In Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 1277 ss.

[85] Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 151, dove si cita come esempio una frase di George W. Bush, pronunciata nel novembre 2002: «Non passo il mio tempo a fare sondaggi in tutto il mondo per sapere quale penso sia la giusta linea d'azione. Mi basta sapere come sento di dover agire».

[86] M. Weber, *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology, University of California Press*, Berkeley, CA, 1978, p. 311. Questa citazione, dall'edizione inglese dell'opera di Weber, è ripresa da Ruggiero, *I crimini dell'economia*, cit., p. 124.

[87] Ruggiero, *Ibidem*.

[88] Soltes, *Why they do it*, cit., p. 328.

File riservato ad esclusivo fine di studio

le scelte politico-criminali, altrimenti destinate a smarrirsi (senza adeguati ancoraggi empirici) di fronte a un contesto effettuale così mobile e complesso quale quello che caratterizza la materia penale-economica. Ma un rilievo possono assumerlo anche in rapporto a vari snodi della sistematica penalistica e del lavoro ermeneutico, aiutando a modellare l'ambito delle responsabilità e le decisioni in campo sanzionatorio nei non pochi settori affidati a un'ampia discrezionalità giudiziale. Primo fra tutti: il campo applicativo del d. lgs. n. 231/2001 e la connessa verifica dell'idoneità preventiva dei modelli di gestione e organizzazione. Sfere di valutazione in cui, come detto sopra, tendono spesso a insinuarsi gli *hindsight bias* e una strisciante logica precauzionale.

Un luogo del sistema penale che sembrerebbe particolarmente deputato a recepire gli spunti criminologici qui lumeggiati è poi quello attualmente occupato dalla nozione e funzione del bene giuridico. Non certo in quanto, nella materia penale economica, ci si debba affaticare nella ricerca di nuovi beni giuridici, più o meno asfittici e stereotipati, ma semmai per rivitalizzare o riconfigurare la categoria in sé, sempre più estenuata dopo oltre un ventennio di dibattito scientifico che ne ha messo in discussione la rilevanza orientativa[89]. Anche Riccardo Borsari in un suo scritto ha menzionato (e ampiamente esemplificato) la «epifania della scomparsa di detta valenza critica, smarritasi negli infiniti rivoli che l'interprete di turno ritiene di rinvenire e valorizzare» e «una paradossale sopravvivenza unicamente della valenza interpretativa del bene giuridico»[90].

Nello stesso volume che ha raccolto l'indagine empirica cui ho accennato in apertura, Alberto Alessandri a sua volta rilevava «la fragilità orientativa» del concetto di bene giuridico, e come la sua configurazione sia «in gran parte, se non esclusivamente in questo campo, debitrice dell'impostazione culturale» se non delle «scelte politiche» dell'interprete, circa il «modo di intendere l'op-

[89] Per un'ampia analisi recente del tema ed esiti fortemente critici sulla tenuta della categoria del bene giuridico, si veda G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino 2014.

[90] R. Borsari, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarità. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova University Press, Padova 2013, p. 68 ss., dove si rileva che l'individuazione del bene giuridico, «nella misura in cui consiste in una operazione ermeneutica, è oggi in larga misura affidata al giudice e alla sua creatività; conseguentemente, pure questa "porzione" di interpretazione creativa dovrà venire sottoposta al controllo razionale logico e giuridico cui è soggetto ogni aspetto dell'ermeneutica e dovrà rinvenire adeguata esplicazione nella parte motiva della pronuncia». Per alcune aggiornate riflessioni sulle aspettative di tutela nei confronti della giurisprudenza espressa dalla collettività, e sulle recenti tendenze da parte di questa a condurre operazioni esegetiche i cui esiti l'hanno vista surrogare e talora contraddire le scelte di criminalizzazione del legislatore, proprio nell'intento di colmare le lacune di tutela lasciate dalla frammentarietà del sistema penale, v. M. Scoletta, *Le parole sono importanti? Fatti materiali, false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 marzo 2016, p. 14; Id., *La legalità "corrotta": la punibilità della subornazione del consulente tecnico del pubblico ministero tra analogia e manipolazione delle norme incriminatrici*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2621 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

portunità della tutela penale»[91]. Ed è significativo che nel medesimo contesto di riflessione si insistesse sulla rilevanza di una prospettiva empirico-criminologici, vista la necessità di prestare attenzione «alla sorte concreta delle norme infrante, alle persone che quelle norme si assume abbiano violato, ai valori che sarebbero stati aggrediti»[92].

Si è osservato anche di recente come non siano «né la teoria del bene giuridico (in sé considerata), né la teoria del danno (in sé considerata) a poter decidere da sole della legittimità degli oggetti della tutela penale», dipendendo questa valutazione piuttosto da «argomentazioni e scelte assiologiche che hanno a che fare col modo di concepire la democrazia costituzionale e, soprattutto, con le sue modalità di funzionamento concreto»[93].

Proprio da una figura di giurista (ri)abituatosi[94] «a pensare la legittimità in rapporto anche ai processi politici»[95] ci si può attendere la capacità di «analizzare il diritto penale esistente in chiave di effettività (reale capacità preventiva già *ex ante*)[96] e anche di efficienza (misurabilità *ex post* degli effetti in termini complessivi)[97], e quindi alla luce di una visione di sistema (processuale e sostanziale)

[91] Alessandri, *Uno sguardo d'insieme*, cit., p. 14 ss. Per considerazioni che ci paiono non molto dissimili in merito alle opzioni politiche alla base della lettura in chiave costituzionale dei beni giuridici e della loro gerarchia, si veda Fiandaca, *Sul bene giuridico*, cit., p. 60 ss.

[92] Alessandri, *Uno sguardo d'insieme*, cit., p. 17.

[93] Fiandaca, *Sul bene giuridico*, cit., p. 150.

[94] È decisamente politica l'attitudine di C. Beccaria (peraltro, a rigore, un non-giurista) nei confronti degli ordinamenti del suo tempo e in particolare quando afferma le prerogative della persona al cospetto del potere sovrano. Come osserva R. Esposito (*Pensiero vivente*, Einaudi, Torino 2010, p. 138 ss.): «Quando Beccaria scrive che la sovranità e le leggi "non sono che una somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno", chiedendosi "come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita?", sta appunto sottraendo la sfera della vita umana alla disponibilità della persona sovrana. Innanzitutto negando che il sovrano – pur se incarnato da un uomo – vada considerato "Persona", essendo egli un semplice "depositario" di quelle "minime" rinunce che i sudditi fanno della loro libertà, tra le quali certo non vi è il diritto alla vita, in quanto tale irrinunciabile: "egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo"».

[95] Cfr. G. Preterossi, *La politica negata*, Laterza, Roma-Bari 2011, p. 22, che sollecitava «la cultura democratica, e in particolar modo quella giuridica», a «svegliarsi dal proprio sonno formalista e/o moralista, e tornare a pensare la legittimità anche in rapporto ai processi politici (come in passato sapeva fare), senza imbarazzi o fughe ingenue. I cosiddetti "valori" non saranno mai "sovrani". Avranno sempre bisogno di "poteri" in grado di attivarli e proteggerli».

[96] Fondamentali sul tema generale le riflessioni di C.E. Paliero, ora nel volume *Il principio di effettività nel diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011; nonché: R. Orlandi, *Effettività della sanzione penale e princípi processuali*, in *Critica dir.*, 1997, p. 212 ss. e in *L'effettività della sanzione penale*, Ipsoa, Milano 1998, p. 37 ss.

[97] Cfr. Alessandri, *Uno sguardo d'insieme*, cit., p. 25: «I tempi processuali si sono confermati assai lunghi, in coerenza con le indicazioni approssimative che sono disponibili, essendo, infatti, noto che non si dispone di informazioni attendibili e aggiornate sulla durata dei procedimenti penali in generale. Da un lato verrebbe da chiedersi: Much Ado About Nothing? Se così non è, e forse non lo è, bisogna essere consapevoli che, nel valutare l'efficienza della norma penale, occorre spostare

File riservato ad esclusivo fine di studio

che metta in gioco «diverse competenze anche non normativistiche, ma statistiche, criminologiche, assicurative, socio-economiche, prasseologiche, etc.»[98].

Un tale modello di integrazione interdisciplinare, consapevole degli orizzonti *politico*-criminali e, più in generale, *politico*-giuridici, implica, come si è detto, uno sforzo teorico volto a rendere le categorie penalistiche ricettive alle risultanze e all'evoluzione del dato criminologico (a sua volta da sottoporre a un lavoro di elaborazione selettiva). In rapporto alla definizione del bene giuridico in particolare si possono già rinvenire due punti di riferimento utili a «preparare» questa nozione a una tale ricettività.

Il primo di questi è costituito dal parametro della «dannosità sociale», di cui anche recentemente autorevole dottrina ha sottolineato le potenzialità orientative[99]. Esso apre al penalista la possibilità di una prima esplorazione ad ampio raggio delle conseguenze pregiudizievoli delle condotte criminose prese in esame, da condurre necessariamente sul piano empirico-effettuale e quale necessaria premessa per approdare alla selezione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Anche da tale parametro, peraltro, non ci si possono attendere esiti risolutivi, visto che anch'esso risulta «diversamente ricostruibile in funzione delle diverse premesse di partenza» e, in ogni caso, anche la sua portata condivide con la nozione di bene giuridico la tendenza a presentarsi in vari contesti come mero *topos* argomentativo, utile tutt'al più a incanalare in termini razionali le decisioni del legislatore democratico circa «la necessità e meritevolezza di tutela penale del bene o interesse sottostante»[100].

Un secondo riferimento utile all'immissione di profili di analisi crimino-

lo sguardo, trasformando i tradizionali schemi ai quali si fa quasi automatico riferimento. Non tanto quanti processi, ma quali effetti».

[98] M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano 2004, p. 92.

[99] Fiandaca, *Sul bene giuridico*, cit., p. 148. Pur segnalando limiti non molto dissimili da quelli prospettati per il bene giuridico, la categoria – assai sviluppata come noto dalle teorizzazioni americane, a cominciare da Mill e Feinberg – del danno e della dannosità sociale viene ritenuta in grado di offrire «una strategia argomentativa più realisticamente orientata a cogliere le ragioni della negatività sociale dei fatti criminosi e, perciò, anche più vicina al senso comune: verosimilmente, se ci si rivolge a un pubblico più ampio della cerchia ristretta dei giuristi accademici, è più comprensibile sostenere che è giusto punire i reati perché provocano danni individuali o sociali, che non perché offendono beni giuridici. Il secondo tipo di giustificazione suona inevitabilmente più astratto ed esoterico!».

[100] Fiandaca, *Sul bene giuridico*, cit., p. 142 ss., che ricorda come lo stesso Joel Feinberg (il grande teorizzatore del *harm principle*) fosse consapevole di quanto «complesso» e «con dimensioni normative nascoste» fosse il concetto di danno e, dunque, di come «proprio in ragione dell'ineliminabile e determinante componente normativo-valutativa del danno» risultino decisive, nella deliberazione politico-legislativa sulle scelte di criminalizzazione, criteri ulteriori (rispetto al danno): "massime di mediazione", la cui applicazione, peraltro, «da parte di un legislatore concreto non potrà quasi mai avvenire in modo meccanico, automatico, obiettivamente neutrale; ancora una volta, sarà determinante il contingente modo d'atteggiarsi, nell' ambito del dibattito pubblico, della interazione tra punti di vista valutativi concorrenti».

File riservato ad esclusivo fine di studio

logica nella categoria del bene giuridico/interesse (e della dannosità sociale) è una sua definizione e lettura «situazionale»[101], strettamente connessa, almeno a parere di chi scrive, a una sana immissione di attenzione vittimologica, veicolata dalla capacità del sistema di prestare ascolto alle narrazioni retrostanti a ogni vicenda criminale[102] e ai genuini bisogni «riparativi» che ne scaturiscano[103]. Una lettura che potrebbe forse rimediare al rischio, ripetutamente evocato in dottrina nei più diversi contesti di riflessione (e non liquidabile semplicemente nel dibattito sul c.d. diritto penale minimo)[104], di maneggiare beni giuridici dalla fisionomia «astratta e proteiforme» e dalla «fisiologica indeterminatezza»[105]. Il concetto di «situazione» manifesta un'attitudine ad arricchire l'oggettività giuridica dei fatti di reato con elementi tratti dall'osservazione empirico-criminologica. Infatti, ciò che il termine designa, «non è un oggetto singolo né un singolo

[101] Lettura che si trova, fin dalla prima edizione del manuale, in G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, aggiornata da E. Dolcini, G.L. Gatta, Giuffrè, Milano 2015[5], p. 10. «Quanto alla struttura del reato, questa esigenza trova espressione nel principio di offensività, secondo il quale *non vi può essere reato senza offesa a un* bene giuridico, cioè a una *situazione di fatto* o *giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo*». Per alcuni sviluppi e applicazioni di questa definizione, rinviamo a G. Forti, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in *Il prezzo della tangente*, a cura di G. Forti, Vita e Pensiero, Milano 2003, p. 71 ss. e spec. p. 154 ss., anche con riferimento al concetto di «situazione» come «rapporto dell'uomo col mondo in quanto limita, condiziona e, insieme, fonda e determina le possibilità umane come tali» da N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia*, Utet, Torino 1977, p. 805. Come osservava il filosofo Karl Jaspers, «la situazione esterna, pur così mutevole e così diversa a seconda degli uomini a cui si rivolge, ha questo tuttavia di tipico: essa è per tutti a due tagli, incita e ostacola, e inevitabilmente limita, distrugge, è infida e insicura» (K. Jaspers, *Psychologie der Weltanschauungen*, 1925, cap. 3, tr. it., p. 268, cit. in Abbagnano, cit., p. 80).

[102] Per una varietà di ricadute (innanzi tutto, ma non solo, in chiave «vittimologica» e di «giustizia riparativa») sulle categorie penalistiche della prospettiva letteraria e dell'apertura del sistema giuridico alle narrazioni, si veda complessivamente la trilogia *Giustizia e letteratura*, a cura di G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti, vol. I-III, Vita e Pensiero, Milano 2012-2016. Tra i vari saggi pertinenti, cfr. in particolare: C. Mazzucato, *La "poesia della verità" nella ricerca della giustizia*, *ivi,* vol. I, p. 507 ss., spec. p. 521 ss.; C.E. Paliero, *La giustizia indifferente. Etica e casualità nella cinematografi a di Stanley Kubrick*, *ivi*, vol. II, p. 494 ss.; A. Visconti, *Narratività, narrazione, narrazioni: giustizia come "apertura"*, *ivi*, vol. III, p. 2 ss.

[103] Di particolare rilievo in materia, anche per gli sviluppi di sistema che possono derivare da una sua valorizzazione e applicazione, è la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Si segnala, tra le ricerche in corso per realizzare una tale valorizzazione, il progetto di ricerca presso l'Università Cattolica di Milano, *Victims and Corporations. Implementation of Directive for Victims of Corporate Crimes and Corporate Violence, co-funded by the conjunct programme «Rights, Equality and Citizenship» and «Justice» of the European Union.* Da tale progetto ha tratto origine il volume *Victims and Corporations* (edited by G. Forti, C. Mazzuccato, A. Visconti, S. Giovazzi), Cedam, 2018.

[104] Per una recente rievocazione di quel dibattito e la sottolineatura dei suoi aspetti più articolati, presenti specialmente nel pensiero di Alessandro Baratta, v. Fiandaca, *Sul bene giuridico*, cit., p. 105 ss.

[105] Si vedano, tra i molti esempi recenti, i rilievi di E. Fronza, voce *Negazionismo (diritto penale),* in *Enciclopedia del diritto, Annali VIII*, Giuffrè, Milano 2015, p. 653.

File riservato ad esclusivo fine di studio

evento, né un gruppo di oggetti e di eventi» visto che «non si danno per noi né giudizi di esperienza né giudizi formali circa oggetti ed eventi se sono isolati, ma solo se sono connessi in un contesto complessivo»[106].

L'attenzione a una dannosità sociale necessariamente «situazionale» apre la strada dunque a una considerazione non solo di singoli elementi offensivi, ma soprattutto della *struttura* dell'offensività, inquadrata nella sua costante circolarità con la relativa eziologia, con la effettività delle norme applicabili per contrastarla e con le condizioni che ne permettono l'emersione *versus* quelle che ne favoriscono il nascondimento nella vasta caligine del «campo oscuro».

A grandissime linee, dunque, un percorso di analisi criminologica che, tenuto conto delle ampie acquisizioni empiriche raggiunte nella materia penale-economica, possa offrire utili chiarimenti preliminari e punti di riferimento al lavoro legislativo e applicativo, dovrebbe tenere presenti i seguenti angoli prospettici, utili a traguardare in chiave «situazionale» il «se» e il «come» della criminalizzazione:

a) identificazione del danno prodotto dai reati in questione nella sua concretezza vittimologia (in quanto tale attenta alla dinamica retrospettiva e prospettica che caratterizza le storie delle persone e i bisogni relazionali e riparativi che esse rivelano) e tenuto conto della griglia (certo non priva di un perdurante valore orientativo) dei diritti riconosciuti *in primis* dalla Costituzione italiana e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;

b) attenzione preminente, tra le diverse componenti di danno, a quelle che, a causa dalla rete di relazioni (ricostruite su basi criminologiche) tra le fattispecie considerate e altre forme di illecito (della *stessa* o di *diversa* tipologia), si sostanzino in un aumento della probabilità di realizzazione di ulteriori fatti criminosi e nella (spesso correlata) produzione di condizioni atte a favorirne un più agevole occultamento;

c) verifica sia dei fattori di motivabilità all'osservanza dei precetti[107] (per mezzo della sanzione penale o di altre risposte regolative, sanzionatorie e non) dei potenziali soggetti attivi, sia delle condizioni in grado di favorire nei soggetti passivi la *percezione del danno* e la conseguente disponibilità alla denuncia (fattore notoriamente decisivo per il contenimento del campo oscuro).

Una certa considerazione delle esigenze espresse da un tale modello di analisi criminologica, qui solo brevemente articolato in tre dei passaggi che sono parsi più rilevanti, basterebbe di per sé, crediamo, a mettere in guardia il legislatore rispetto da certi improvvidi interventi riformatori. Essa potrebbe offrire

[106] J. Dewey, *Logic, the Theory of Inquiry*, 1949, tr. it. *Logica, teoria dell'indagine*, Einaudi, Torino 1973, p. 89.

[107] Per una riflessione su questi profili rinviamo a G. Forti, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1108 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

altresì qualche utile orientamento anche per il lavoro dell'interprete.

Una sintetica esemplificazione di queste potenzialità orientative potrebbe forse rinvenirsi nella materia, interessata da recenti interventi riformatori su cui si è già spesa qualche osservazione, delle false comunicazioni sociali.

Si consideri in particolare, anche alla luce del dibattito che si è avuto in dottrina in merito ai rapporti con la fattispecie di cui al successivo art. 2622 c.c., la contravvenzione prevista dall'art. 2621, co. 1, c.c. nel testo previgente all'ultima modifica[108].

[108] La formulazione previgente dell'art. 2621 c.c., comma primo, era la seguente: «Salvo quanto previsto dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l'arresto fino a due anni».
L'art. 2621 c.c. (prima sostituito dall'art. 1, d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61, poi dall'art. 30, co. 1, l. 28 dicembre 2005, n. 262, con decorrenza 1 gennaio 2006, e, da ultimo, dall'art. 9, legge 27 maggio 2015, n. 69, con decorrenza dal 14 giugno 2015) risulta ora così formulato nel suo primo comma: «Fuori dai casi previsti dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni».
La disciplina previgente dell'art. 2622 c.c. (*False comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori*), come risultante dalla legge del 2002 cit., era la seguente: «Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, esponendo fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni, ovvero omettendo informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, cagionano un danno patrimoniale alla società, ai soci o ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni».
L'articolo 2622 (*False comunicazioni sociali delle società quotate*), è oggi così disciplinato: «Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico consapevolmente espongono fatti materiali non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da tre a otto anni».

File riservato ad esclusivo fine di studio

È noto come al riguardo si fosse affermato un orientamento incline a ravvisare, quale oggetto di tutela dei due articoli, un medesimo bene giuridico patrimoniale, con la differenza che l'evento di danno rispetto a tale bene dovesse necessariamente sussistere per il delitto e invece mancare nell'ipotesi contravvenzionale, configurata come reato di pericolo. Il rapporto tra le due fattispecie veniva dunque rappresentato in termini di progressione dal pericolo al danno (anche alla luce del rispettivo carico sanzionatorio) e inquadrato comunque in una medesima oggettività giuridica.

A questa tesi si era opposta una prospettiva volta a ricostruire il bene protetto dall'art. 2621 c.c. autonomamente rispetto all'art. 2622 c.c., affermandosi che la figura contravvenzionale, pur presentando i caratteri della fattispecie di pericolo per un ampio novero di interessi «finali», avesse come oggetto immediato della tutela penale l'informazione societaria[109].

Oltre ai già significativi e ineludibili dati testuali (e alla stessa Relazione al d.lgs. n. 61/2002), un certo sostegno a quest'ultima posizione avrebbe potuto offrirlo la stessa lettura «situazionale» del bene giuridico sopra lumeggiata, sensibile alla «struttura» del danno derivante dal reato considerato e dunque attenta al dato empirico rivelatore di una sua spiccata strumentalità[110] rispetto alla produzione (e, soprattutto, all'occultamento) di illeciti ulteriori e certamente correlata anche alla sua eziologia. Come si rilevava nella già citata ricerca curata da Alessandri, «la contestazione del reato di false comunicazioni sociali è avvenuta nella stragrande maggioranza, pari all'82,57%, in concorso con altri reati, il che ribadisce la natura strumentale della falsità rispetto ad altri reati»[111], visto anche che la creazione di riserve occulte e/o di fondi neri si pone come presupposto di condotte appropriative o corruttive o di illecito finanziamento a partiti politici.

Da questi rilievi si sarebbe potuto trarre un rafforzamento della configurazione della fattispecie di cui all'art. 2621 c.c. come reato di danno rispetto non più a un'oggettività giuridica patrimoniale, ma alla trasparenza e, quindi, all'accesso a una veridica informazione societaria[112], salva la necessità di ulteriori

[109] Per vari riferimenti al dibattito e alle relative posizioni dottrinali, nell'impossibilità di dare conto dell'estesissima bibliografia in argomento, si vedano per tutti N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Cedam, Padova 2016[3], p. 117 ss.; Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 273 ss.

[110] Cfr. C. Marini, *Il falso in bilancio in concorso con altri reati nella società* in bonis, in *Un'indagine empirica*, cit., p. 63 ss.

[111] Cfr. Alessandri, *Uno sguardo d'insieme*, cit., p. 22 ss.

[112] C. Pedrazzi, *Profili penali dell'informazione societaria*, cit., p. 771 che, sia pure con riferimento alla disciplina anteriore alla riforma del 2002, sottolineava come l'informazione sociale sia preordinata «alla tutela di interessi privati di soci, di creditori e di terzi. Interessi non di soggetti *uti singuli*, ma di categorie: a volte circoscritte, anche se mutevoli nella loro composizione (si pensi ai soci e ai creditori attuali); a volte, come nel caso, dei terzi, indefinite, dilatabili fino a coincidere

File riservato ad esclusivo fine di studio

concretizzazioni situazionali di tale bene, in grado di arricchirne la lamentata «genericità» con qualche maggiore «contenuto euristico impegnativo per l'interprete»[113]. E, prima ancora, sarebbe stato il legislatore a dover cogliere da tali «spunti criminologici» lo stimolo a una formulazione di testi normativi in grado di delineare con maggiore nettezza una tale direzionalità di tutela nei reati in questione[114].

6. In conclusione

Ho aperto il mio intervento con due citazioni. Chiuderei con una terza che, prendendo spunto dal cinquantesimo anniversario di fondazione del Max Planck Institut di Freiburg i. Breisgau (cui molti penalisti italiani sono debitori, per avervi a lungo trovato un inestimabile luogo di pensiero), trarrei da una celebre enunciazione di H.H. Jescheck («storico» Direttore di quell'istituto), decisamente pertinente anche alla materia penale-sconomica: «Il diritto penale senza la criminologia è cieco, la criminologia senza il diritto penale è sterminata (*uferlos*)»[115].

Credo che la rinnovata attualità di questa asserzione possa cogliersi anche solo considerando una innegabile e assai tangibile conseguenza della «cecità» che Jescheck attribuiva a un diritto penale orbato del contatto vivo con la realtà empirico-sociale: il prodursi di una delega smisurata dall'istanza politico-legislativa al «formante» giurisprudenziale, con l'effetto che questo tende a «occupare progressivamente gli spazi tradizionalmente riservati alla scienza, alla legislazione e, in definitiva, alla stessa politica criminale, nella misura in cui si propone di condizionare – e di fatto condiziona – profili fondamentali del sistema punitivo»[116] .

Delega tanto più estesa e profonda quanto meno tale istanza si mostri in grado di «prevedere discosto», ossia di esprimere una visione «periferica» in senso sia longitudinale (sul passato e sul futuro) sia trasversale (lungo l'intera estensione del sistema di regolazione) dei problemi di tutela, nonché, soprattutto, una capacità di prestare attenzione alle concrete vicende applicative dei

con il pubblico in genere. Se di pubblica economia si vuol parlare, sia solo a mo' di formula abbreviata, per denotare un coacervo di interessi individuali».

[113] Esprime questo tipo di rilievo critico, Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 288.

[114] Sull'assetto teleologico delle fattispecie ora vigenti, da intendersi ormai come indirizzate alla tutela dell'informazione societaria, si veda S. Seminara, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1498 ss., e spec. p. 1509 ss.

[115] In *Vorwort*, in *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Berichte und Mitteilungen der Max-Planck-Gesellschaft*, Heft 5, 1980, p. 9.

[116] Paliero, *Relazione introduttiva*, cit., p. 53 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

testi normativi progettati, facendo tesoro dei relativi *feedback*. Solo esercitando una tale solerte attenzione ai *contesti* è possibile avvedersi *per tempo* delle trasformazioni che quei *testi* vadano subendo a contatto con la prassi e adottare i necessari rimedi tutte le volte in cui ciò li allontani dalla effettiva protezione degli interessi rilevanti nei confronti di un danno pienamente compreso nei suoi snodi «situazionali».

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

John A.E. Vervaele[1]

Questioni giuridiche nelle indagini transnazionali pluri-investigative e interdisciplinari relative a reati economici e finanziari

Sommario: 1. Introduzione – 2. Interessanti esempi di attività di contrasto – 2.1. *Law Enforcement in Action* – 2.2. Giudizio sul *Law Enfoercement in Action* – 3. Verso le sfide all'interno dei confini di integrazione locale: l'esempio dell'UE – 3.1. Sfide – 3.2. Soluzioni a livello Europeo – 4. Verso le sfide di livello mondiale – 4.1. Punto di vista della dimensione esterna dell'UE – 4.2. Punto di vista degli USA – 4.3. Punto di vista della Comunità internazionale – 5. Soluzioni.

1. Introduzione

Nell'ultimo decennio, le società sono diventate il principale bersaglio delle investigazioni economico-criminali e dei procedimenti penali per il loro ruolo nella crisi finanziaria dal 2008, per le operazioni di riciclaggio di denaro a livello globale, per le condotte speculative e fraudolente sul *Libor*, l'*Euribor* e i tassi correnti, per le violazioni degli embarghi contro gli Stati, per le pratiche corruttive a livello mondiale, per i commerci in prodotti illegali e mercati illeciti (specie a rischio, legno, prodotti farmaceutici, *etc.*), per traffici doganali e strategie fiscali illegali. Le indagini e i procedimenti relativi a presunti comportamenti illegali nel settore economico-finanziario sono in gran parte promossi dalle agenzie di regolazione e di contrasto e/o dalle classiche autorità giudiziarie (pubblici ministeri e giudici istruttori) entro i limiti della giurisdizione nazionale, che si determina a seconda delle sede della persona giuridica, la quale è il luogo di condotte illegali e di danno. In alcuni Paesi, si è addirittura assistito a un cambiamento in

[1] *Professor of Economic and European Criminal Law (Utrecht University) and Professor in European Criminal Law (College of Europe).*

File riservato ad esclusivo fine di studio

merito all'applicazione del diritto penale in relazione alle grandi aziende. L'*ex* Procuratore generale degli Stati Uniti d'America Eric Holder ha ripetutamente dichiarato che nessuna banca è troppo grande per essere perseguita, se dovesse essere coinvolta in attività criminali. La massima «troppo grande per fallire e troppo grande per la prigione» è chiaramente da dimenticare. Alcuni Paesi utilizzano anche ampi criteri di giurisdizione per poter svolgere le indagini e per poter tutelare i loro interessi su scala mondiale, ragione per cui molte aziende europee affrontano procedimenti penali negli USA. Va evidenziato che, in molti Paesi europei, con l'eccezione dell'Inghilterra e della Svizzera, non si riscontra alcuna considerevole attività di contrasto o solo veramente limitata, la maggior parte finisce con l'irrogazione da parte delle autorità di contrasto di multe amministrative modeste e non sono invece promossi procedimenti penali nei confronti degli amministratori e delle loro società. La risposta delle forze dell'ordine dei Paesi europei, all'interno e fuori dell'UE, dipende ampiamente dalle politiche di regolazione, dagli strumenti e dalle pratiche proprie delle giurisdizioni nazionali. Tuttavia, il loro comportamento illecito non incide solo su interessi e valori propri di uno Stato-nazione, ma anche su interessi e valori delle istituzioni e delle politiche regionali, come ad esempio quelli dell'UE (il mercato interno, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia) e, in alcuni casi, come quelli che riguardano la corruzione e gli embarghi delle Nazioni Unite, su valori mondiali. Molti degli Stati-nazione, parzialmente sottoposti agli obblighi internazionali e regionali, hanno deciso di definire alcune di queste attività, come le violazioni degli embarghi delle NU, non solo come illeciti, ma anche come comportamenti criminali. Nondimeno, almeno in quei settori, il diritto penale applicabile resta un mosaico delle divergenti disposizioni nazionali. Nell'ampio campo dei reati economico-finanziari, non ci sono obblighi o norme internazionali, con l'eccezione del reato di riciclaggio di denaro (che non si applica a tutti i reati presupposto economici e finanziari). Questo significa che l'ambito nel quale le autorità di contrasto possono svolgere indagini e perseguire questi comportamenti illeciti dipende dalle politiche e dalle scelte legislative proprie di ogni giurisdizione nazionale (la definizione dei reati, degli strumenti investigativi e delle regole di giurisdizione). Un campo di applicazione comune o equivalente sembra mancare. È inutile dire che anche questo influenza fortemente la «*law in action*». La prassi applicativa mostra che attualmente vi sono numerosi esempi di concomitanza e sovrapposizione delle indagini e delle azioni penali nelle diverse giurisdizioni, oltre che l'ampio ricorso unilaterale a indagini e azioni penali extra-territoriali da parte di Stati potenti, come gli Stati Uniti d'America. La mancanza di indagini efficaci e azioni penali va di pari passo l'eccessiva ricerca di una giurisdizione unilaterale da parte di alcuni Stati.

Da questa descrizione del fenomeno possiamo dedurre con facilità che non

File riservato ad esclusivo fine di studio

c'è, o è molto limitato, un contrasto a livello transazionale dei i reati economico-finanziari. L'approccio «*multi-agency*» volto alla sfida comune è ancora molto timido e debole. L'approccio «*multi-disciplinary*», che ingloba differenti soggetti controllori (Autorità amministrative, Autorità fiscali, Autorità preposte all'applicazione del diritto ambientale, Autorità garanti della concorrenza, Autorità preposte alla regolamentazione dei mercati, *etc.* insieme alle forze dell'ordine e alle Autorità giudiziarie), nello scenario transnazionale è ancor più sottosviluppato.

Questo stato delle cose genera tre tipologie di problemi alla luce della crescente globalizzazione delle attività economiche e finanziarie. In primo luogo, gli Stati-nazione e le Autorità politiche responsabili dell'applicazione della legge non sono più in grado di imporre i loro interessi nei loro possedimenti all'interno del proprio territorio, in quanto la maggior parte dei soggetti che svolgono attività economico-finanziarie non la conducono sul loro territorio, ma ben al di là di esso. Essi si trovano di fronte a casi complessi di l'attribuzione della giurisdizione, acquisizione delle prove ed esecuzione delle sentenze. Questo è un problema anche per i più riusciti casi d'integrazione regionale, come ad esempio l'Unione Europea. Nonostante l'esistenza di un mercato interno, con un mercato economico-finanziario fortemente integrato, l'attività di contrasto rimane principalmente nazionale non essendoci alcuna guida (normativa, finanziaria, *etc.*) da parte dell'UE. L'unica eccezione sono le misure amministrative europee relative allo spazio di libera concorrenza. In secondo luogo, il gran numero di possibili Autorità di contrasto nazionali, dotate di giurisdizione, conduce all'inattività (uso negativo della giurisdizione) e a conflitti di giurisdizione, e soprattutto a una giurisdizione esercitata in modo unilaterale da parte di un unico soggetto forte che difende in modo deciso ed esagerato i propri interessi e valori su scala globale, anche nell'ambito del mercato interno dell'Unione Europea. Il risultato è un mancato controllo, l'impunità e in alcuni casi una distorsione della giurisdizione o un suo esercizio unilaterale oltre i limiti. In terzo luogo, non solo gli Stati e le organizzazioni regionali come l'UE devono affrontare problemi e sfide, ma anche i destinatari della legge, gli autori di reati e le vittime, affrontano simili problemi. Chi indaga e cosa, chi e perché persegue? Possono le società prevedere da chi e in quale(i) giurisdizione(i) rischiano di vedersi sottoposte a indagini e a procedimenti penali in base alla legge o a priorità di politica criminale? Possono le vittime di reati economico-finanziari prevedere dove hanno interessi e come questi saranno presi in considerazione nelle attività di contrasto? Tutte queste domande sono correlate alla normativa applicabile (diritto penale sostanziale e criteri di giurisdizione) e alla capacità previsionale dei Codici («*law in the book*») e del cd. «diritto in azione» («*law in action*»). In altre parole, riguardano sia la competenza normativa, sia la competenza di controlli e

File riservato ad esclusivo fine di studio

ancora la competenza giurisdizionale, nei casi in cui l'attività di contrasto sfoci in processi sanzionatori.

Al fine di affrontare queste problematiche, inizierò con una parte empirica nella Sezione I, analizzando alcuni esempi concreti di repressione transnazionale dei reati finanziari. L'obiettivo è quello di elencare le sfide giuridiche. Nella Sezione II, esaminerò l'approccio verso queste sfide all'interno dell'UE (dimensione interna) e, in seguito, nella Sezione III analizzerò l'approccio a livello globale, affrontandolo da una prospettiva esterna alla dimensione europea, dalla prospettiva degli Stati Uniti d'America e dalla prospettiva della comunità internazionale. Infine, concluderò la mia trattazione prospettando alcune possibili soluzioni.

2. Interessanti esempi di attività di contrasto

2.1. Law Enforcement in Action

In merito alla prassi applicativa, ho scelto tre esempi connessi ai mercati finanziari, in quanto questi ultimi sono il nucleo centrale del processo di integrazione europea e sono, allo stesso tempo, rilevanti a livello globale. L'integrazione finanziaria è strettamente correlata al mercato interno e a molte altre politiche comuni europee. Le Direttive e i Regolamenti dell'UE mostrano alti livelli di armonizzazione delle norme applicabili, spesso anche escludendo ogni libertà d'azione nazionale o alcuna possibilità di «*goldplating*». Sono interessato a come risulti questa struttura di alto livello normativo per i cittadini e per gli altri attori economici quando giunge alla sua dimensione applicativa (illeciti comuni, giurisdizione). Ovviamente, le Autorità nazionali hanno la responsabilità dell'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto europeo. Questa responsabilità non copre solo le questioni interne, «*i.e.*» situazioni esclusivamente nazionali, ma l'abolizione dei confini interni le ha rese in un certo senso responsabili anche per l'adempimento nel contesto europeo. Gli Stati Membri hanno non solo l'obbligo di cooperare lealmente, insieme, ma di cooperare anche con gli organi dell'UE. Lo spazio di integrazione del mercato finanziario europeo oltre ad avere una chiara dimensione interna all'UE, ne ha anche una esterna nella misura in cui le società con sede nell'UE debbano subire atti di indagine e misure giudiziarie principalmente promossi dagli Stati Uniti d'America, o «viceversa».

Fortis Bank: abusi di mercato

Nel 2007, Banco Santander, Fortis Bank e la Royal Bank of Scotland hanno preso il controllo di ABN AMRO Bank attraverso un'acquisizione ostile. Fortis

File riservato ad esclusivo fine di studio

Bank ha avuto problemi nel finanziare la sua parte di acquisizione e ha deciso di rivolgersi al mercato dei capitali per disporre di nuovi capitali e, quindi, offrire nuove azioni. L'operazione è stata largamente pubblicizzata. A causa del collasso finanziario, la nazionalizzazione e lo smembramento di Fortis Bank, ben presto sono sorti dubbi in merito all'integrità finanziaria della società e all'informazione data agli azionisti già presenti e nuovi in sede di aumento di capitale. Le regole in materia di abusi di mercato, parte centrale del diritto comunitario per quanto concerne i mercati finanziari[2], si applicano in tutti gli Stati Membri europei. A queste regole sono riconosciuti ampi effetti extra-territoriali[3]. Nel caso di competenze sovrapposte, l'art. 16 della Direttiva del 2003 sugli Abusi di Mercato sancisce che le competenti Autorità dei vari Stati Membri debbano consultarsi tra di loro sulle conseguenze derivanti dalla loro azione.

Ciononostante, l'applicazione di queste regole nel caso Fortis è stata quasi del tutto guidata da un piano e da programmi esecutivi nazionali, dal momento che le regole europee lasciano notevole discrezione agli Stati Membri. Le violazioni delle regole europee sugli abusi di mercato sono irregolarità amministrative e illeciti penali, sia in Belgio che in Lussemburgo, così come in Olanda. Inoltre, per queste tipologie di reati, le persone giuridiche possono possono essere perseguite penalmente nei tre Paesi sopracitati. Ciononostante, in Lussemburgo non è stata promossa alcuna azione dalle autorità amministrative o giudiziarie, anche se il Lussemburgo era coinvolto nella successiva (parziale) nazionalizzazione di Fortis. In Olanda, le Autorità amministrative aprirono le indagini nei confronti dell'ex Fortis Bank concentrando i sospetti sugli abusi di mercato. In Belgio, sia le Autorità amministrative di contrasto che quelle giudiziarie hanno svolto le indagini nei confronti dell'ex Fortis Bank e degli amministratori delegati. Questo ha provocato indagini e procedimenti coincidenti e paralleli in Belgio e in Olanda, nessuna indagine, invece, in Lussemburgo. Nel 2012, l'Autorità Olandese dei Servizi Finanziari [Autoriteit Financiele Markten «AFM»], agenzia amministrativa di controllo, è stata la prima a concludere il procedimento e ha irrogare quattro multe[4] dell'importo di 144.000 euro l'una nei confronti di due persone giuridiche che costituivano la società/*holding Fortis Bank,* in quanto trovate colpevoli di abusi di mercato.

L'imposizione di sanzioni amministrative da parte dell'AFM nei confronti delle due persone giuridiche che formano la holding della Fortis Bank è stata

[2] Al tempo, era in vigore la Direttiva 6/2003/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 Gennaio 2003 *sull'Insider Trading and Market Manipulation (Market Abuse*), [2003] OJ EU L 96/16.
[3] Si veda: Direttiva 6/2003/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 Gennaio 2003 *sull'Insider Dealing and Market Manipulation (Market Abuse)*, [2003] OJ EU L 96/16 artt. 9 e 10, come affrontata da Botter & Van Rossum, 2008, pp. 429-441. In breve, l'art. 9 definisce l'ambito territoriale della Direttiva, laddove l'art. 10 definisce le regole per cui ogni Stato membro (autorità) è responsabile per l'attuazione e l'applicazione.
[4] <www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/fortis-besluit-nv.ashx> e <www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/fortis-besluit-sanv.ashx> accesso 21 agosto 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

indubbiamente coordinata con le Autorità giudiziarie olandesi. In Olanda, l'apparato normativo impone un obbligo alle Autorità amministrative di contrasto e giudiziarie che si concretizza nello scegliere, in una determinata fase, uno dei due regimi applicativi, in altre parole, di optare o per sanzioni amministrative o per azioni penali (il cd. principio dell'una via)[5]. Questo non preclude tuttavia l'instaurazione di procedimenti penali nei confronti degli *ex* amministratori delegati. L'Ufficio del Pubblico ministero olandese non ha dato alcun avviso formale di una qualche indagine giudiziaria in corso in quell'ambito[6].

Non è possibile sapere, e comunque difficile ipotizzare, se le autorità abbiano preso in considerazione la dimensione transnazionale del caso nel momento in cui decisero di adottare misure applicative amministrative, piuttosto che la strada del diritto penale. Ad ogni modo, ciò che risulta chiaro è che l'azione è stata promossa dalle Autorità olandesi in via unilaterale, senza alcun coordinamento con le Autorità amministrative e giudiziarie del Belgio, a dispetto dell'art. 16 par. 3 della Direttiva sugli Abusi di mercato del 2003. Nel 2012, l'Autorità amministrativa di controllo belga, l'Autorità dei Servizi e Mercati Finanziari (FSMA), trovò prove relative al fatto che la società aveva fornito informazioni fuorvianti e ha per questo inflitto sanzioni di 500.000 euro nei confronti dell'*ex* Fortis Bank e multe di oltre 400.000 euro in capo agli amministratori delegati. Infine, nel 2013, l'Autorità giudiziaria belga ha deciso di processare sette degli *ex* amministratori delegati per informazioni fuorvianti, abusi di mercato, falsificazione di documenti e raggiro, ma non anche l'*ex* Fortis Bank o BNP Paribas Fortis (la nuova proprietaria della banca).

Libor/Euribor: scandalo della manipolazione dei tassi di interesse

Nel 2012 emerse che le commissioni Libor[7] e Euribor[8] manipolavano deliberatamente i tassi di interesse sin dal 1991, al fine di aumentare i guadagni delle banche. Sia il tasso Libor che il tasso Euribor sono tassi di riferimento giornalieri per mutui, prodotti di prestito al consumo, *futures*, opzioni, *swaps* e altri strumenti finanziari derivati e, per questo, hanno effetti significativi sui

[5] Questo significa che le autorità amministrative e penali devono decidere a un certo punto dell'indagine se scegliere per la sanzione amministrativa ovvero l'azione penale.

[6] L'Ufficio del Pubblico ministero olandese non pubblica generalmente comunicazioni riguardo l'avvio o meno di indagini giudiziarie finanziarie ovvero indagini giudiziarie finanziarie in corso. In Belgio, invece, questa è la prassi vigente.

[7] London Interbank Offered Rate (Libor) è il tasso di interesse medio stimato a Londra dalle banche più importanti. È il tasso che queste ultime dovrebbero sopportare in ipotesi di prestito. Si calcola con dieci valute, inclusi l'USD e l'Euro. Quasi 20 banche principali fanno parte della commissione Libor.

[8] Euribor è l'Euro Interbank Offered Rate. I tassi Euribor si basano sui tassi di interessi fissati dalle commissioni di circa 40/50 banche europee.

File riservato ad esclusivo fine di studio

consumatori e sui mercati finanziari a livello mondiale. Molte banche europee hanno subito molteplici indagini e processi, sia negli USA che nei Paesi europei. Le banche hanno dovuto occuparsi non solo di risarcimenti per danni civili (soprattutto negli USA) ma anche di procedimenti promossi da agenzie amministrative di contrasto (autorità di regolamentazione finanziaria e autorità garanti della concorrenza[9]) e autorità giudiziarie. Una delle banche che è stata operativa sia nella commissione Libor che in quella Euribor è Rabobank, società di servizi finanziari con sede centrale in Olanda. La maggior parte delle presunte condotte dei dipendenti della banca hanno avuto luogo a Londra e New York.

Nel periodo 2005-2010, alcuni operatori di *swaps* di Rabobank hanno richiesto ai membri Rabobank della commissione Libor ed Euribor di presentare tassi più alti, più bassi o invariati per particolari variabili e valute, in modo da avvantaggiare le posizioni commerciali degli stessi operatori. Gli operatori di *swaps* hanno fatto queste richieste attraverso messaggi elettronici, conversazioni telefoniche, e conversazioni di persona.

I sottoscrittori di Libor e di Euribor hanno acconsentito ad accomodare, infatti accomodarono in numerose occasioni le richieste degli operatori di *swaps* per sottoscrizioni vantaggiose a Libor e Euribor.

Nel 2012, la Banca Centrale Olandese [De Nederlandsche Bank ("DNB")] e l'olandese AFM iniziarono indagini di tipo amministrativo[10]. A quel tempo, tuttavia, US Department of Justice [DOJ] aveva già aperto indagini penali contro Rabobank, che si erano concluse nel 2013 con un accordo di rinvio dell'azione penale tra Fraud Section of the Criminal Division e Antitrust Division di DOJ e Rabobank con un ammontare di 325 milioni di dollari come sanzione penale[11]. Oltre a circa 740 milioni di dollari tra sanzioni penali e amministrative imposti da altri organi nei procedimenti iniziati per la medesima condotta – 475 milioni di dollari a seguito dell'azione promossa dalla Commodity Futures Trading Commission (CFTC), 170 milioni di dollari per l'azione promossa dall'UK Financial Conduct Authority (FCA) e circa 96 milioni di dollari dall'olandese Public Prosecution Service –, l'ammontare totale che Rabobank deve pagare è più di un miliardo di dollari.

Il caso Libor, quindi, ha coinvolto giurisdizioni di tre diversi Stati, includendo gli USA, il Regno Unito e l'Olanda. Nel suo commento al caso, il Ministro olandese per la Sicurezza e Giustizia aveva mostrato di essere molto soddisfatto

[9] L'Autorità garante della Concorrenza Europea e l'Autorità garante della Concorrenza in Svizzera hanno instaurato procedimenti per casi di cartello.

[10] <http://www.rtlnieuws.nl/economie/dnb-en-afm-onderzoeken-manipulatie-libor-rente> accesso 21 agosto 2015.

[11] <http://www.justice.gov/opa/pr/rabobank-admits-wrongdoing-libor-investigation-agrees-pay-325-million-criminal-penalty> accesso il 21 agosto 2015, per il comunicato stampa, il testo di DPA e la dichiarazione dei fatti.

File riservato ad esclusivo fine di studio

per questo cd. "*global settlement*"[12]. Ciononostante, questi lodevoli commenti nulla hanno detto in merito alla divisione del lavoro tra le Autorità coinvolte. Il Ministro sottolineò che c'era stato un coordinamento con le Autorità straniere, ma che ciascuna Autorità aveva fissato il livello della propria sanzione autonomamente e indipendentemente[13]. L'Accordo raggiunto con Dutch Public Prosecution Service non è stato reso pubblico. Di conseguenza, sorsero diversi interrogativi, come ad esempio perché le Autorità olandesi avessero lasciato la questione in prima istanza agli USA[14], e come non sia stato evitato che fossero promosse molteplici azioni penali e eccessive sanzioni, perlomeno, in questo caso. Al contrario, molti parlamentari olandesi sembra si fossero interessati principalmente delle seguenti questioni: se la pena inflitta a Rabobank sia stata davvero sufficiente, se le sanzioni pagate possono essere deducibili dalle tasse, se un importo così elevato della sanzione finanziaria non generi sostanzialmente un altro salvataggio della Banca Olandese, a spese dei contribuenti olandesi, e, ancora, perché il Ministero del Tesoro americano ha ottenuto la maggior parte del guadagno (finanziario) dalle pene inflitte[15].

BNP Paribas Bank: Violazioni degli embarghi statali

BNP Paribas, istituzione finanziaria mondiale con sede centrale a Parigi, accettò nel 2014 di patteggiare innanzi al Procuratore federale di New York per aver tentato di violare l'*US International Emergency Economic Powers Act*, l'*US Trading with Enemy Act* e l'*US Economic Sanctions Act*, trasformando nelle transazioni miliardi di dollari mediante il sistema finanziario americano per conto di entità sudanesi, iraniane e cubane, soggette a sanzioni economiche americane. Il patteggiamento della Banca francese è importante perché per la prima volta una banca di livello mondiale ha accettato di dichiararsi colpevole su larga-scala, per le sistematiche violazioni delle sanzioni economiche americane. Con l'accoglimento della richiesta di patteggiamento[16] è stato disposto che BNP pagherà come sanzione pecuniaria totale l'importo di 89.736 miliardi di dollari, di cui 88.336 miliardi di dollari per confisca e una multa di 140 milioni di dollari. Da quanto emerso, BNP Paribas coscientemente e intenzionalmente ha trasferito

[12] *Kamerstukken* II 2013/14, 33 803 no 6, p. 26. Nell'Accordo di rinvio dell'azione penale le Autorità americane hanno ringraziato espressamente il Dutch Prosecution Office per la sua collaborazione.
[13] *Kamerstukken* II 2013/14, 33 803 no 6 p. 30.
[14] Come è stato messo in rilievo da un numero di parlamentari olandesi nel *Kamerstukken* II 2013/14, 33 803 no 6.
[15] Si veda la discussione: *Kamerstukken II 2013/14, 33 803 no 6 p 26; Handeling II 2013/14, 36 pp. 1-6.*
[16] <http://www.justice.gov/opa/documents-and-resources-june-30-2014-bnp-paribas-press-conference> per il comunicato stampa, il patteggiamento e la dichiarazione dei fatti, accesso il 21 agosto 205.

File riservato ad esclusivo fine di studio

più di 8.8 miliardi di dollari attraverso il sistema finanziario americano per conto di entità sottoposte a sanzioni nel periodo 2004-2012. La banca ha commesso diverse azioni criminali attraverso vari schemi sofisticati, non menzionando il nome delle entità sottoposte a sanzioni o coinvolgendo terze parti, ha progettato il tutto in modo da tener nascosto alle Autorità di contrasto americane la vera natura delle transazioni illegali. L'embargo verso Cuba è una decisione americana unilaterale, invece gli embarghi verso l'Iran e il Sudan sono strettamente connessi agli embarghi delle Nazioni Unite decisi dal Consiglio di Sicurezza. Inoltre, nel caso del Sudan, i clienti di BNP Paribas sono anche sottoposti ad indagini da parte dell'International Criminal Court per reati internazionali commessi contro l'umanità e per i crimini di guerra. Perciò, quelle sanzioni in parte applicano principi comuni internazionali. Ciononostante, l'approccio severo delle Autorità americane si differenzia notevolmente dall'inattività degli organi amministrativi di controllo e giudiziari francesi.

2.2. Giudizio sul Law Enforcement in Action

Cosa si può trarre da questi esempi di attività di contrasto in un'area politica in cui il diritto sostanziale europeo sui mercati finanziari e i prodotti è detto essere fortemente armonizzato?[17] Nonostante le strette correlazioni tra la regolamentazione, da una parte, e contrasto, dall'altra, la prassi mostra che attualmente siamo ancora distanti da un'applicazione consolidata del diritto comunitario. In primo luogo, si devono indicare numerosi esempi che evidenziano una mancanza di coordinamento. Nel caso Fortis, anche se abbiamo, in via eccezionale, un'armonizzazione del diritto amministrativo e una definizione uguale degli illeciti penali in tre Stati, questo non ha portato a un'applicazione coordinata della normativa amministrativa e penale nel mercato interno e nello spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia [«AFSJ»]. In Olanda e in Belgio, sono state concordate modalità di contrasto. In Lussemburgo non è stata determinata alcuna competenza repressiva. Dal punto di vista complessivo dell'AFSJ, il risultato è un mosaico composto da *overactivity*, *underactivity* o addirittura nessun tipo di attività. Molto è lasciato al caso. Il risultato è un'inefficienza dei costi, problemi giuridici in merito, ad esempio[18], alla doppia condanna, alla debole tutela penale per quanto riguarda interessi giuridici, e alla inadeguata protezione delle vittime. Nei casi Libor ed Euribor, non c'è stata inizialmente alcuna appli-

[17] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:096:0016:0016:EN:PDF> accesso il 21 agosto 2015.

[18] La portata internazionale non è limitata alla doppia condanna, ma si estende alla protezione transnazionale dei diritti fondamentali, come ad esempio il principio di legalità, i criteri del giusto processo, incluso il diritto al silenzio, il privilegio contro l'auto-incriminazione, *etc.*, nonché alla combinazione di risarcimenti, tutela amministrativa e penale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

cazione della normativa comunitaria e gli Stati Membri hanno lasciato molte questioni all'auto-regolamentazione e all'applicazione della normativa da parte del settore finanziario[19]. Ci sono state difficoltà e dubbi in molti Paesi europei riguardo all'esistenza, in quel momento, di reati specifici per determinate tipologie di comportamenti.

In secondo luogo, si può vedere che nella maggior parte dei casi le Autorità nazionali inseguono soprattutto interessi nazionali. I procedimenti conseguenti, i conflitti di giurisdizione o le doppie condanne non sono percepiti come problemi per cui sentirsi responsabili. Invece, è spesso sostenuto che varcando i confini nazionali, le società e gli individui si assoggettano al rischio di molteplici ed eccessive pene, contraddizioni della propria situazione giuridica, *etc.* Perciò, l'esistenza di parità di condizioni sembra concludersi una volta che le norme entrano in vigore, senza influire (ancora) nella "*law in action*" (politiche regolamentari, misure e prassi). Considerando la creazione di politiche comuni europee, questo è un approccio sorprendente. C'è una chiara contraddizione nella posizione che mentre promuove la libera circolazione di beni, servizi, capitali, lavoratori e cittadini, non considera che le conseguenze sfavorevoli di questa libera circolazione non siano una preoccupazione per le Autorità nazionali, bensì per gli stessi cittadini e la società[20].

In terzo luogo, si deve notare che in molti casi l'UE ha avuto un ruolo di secondo piano rispetto alle Autorità americane. Si è visto che diverse autorità di contrasto, principalmente sotto la guida degli enti americani o di DOJ/Attorney-General, hanno concluso *Non Prosecution Agreement* o *Deferred Prosecution Agreements* (NPAs o DPAs) con le società coinvolte[21]. Questi accordi extragiudiziali sono in realtà il risultato di indagini penali condotte dagli Stati Uniti basate su estese rivendicazioni di territorialità, con il sussidio *ad hoc* delle Autorità di regolazione dei Paesi europei. In molti casi, le Autorità giudiziarie europee, competenti per quanto concerne i procedimenti penali, non sembrano essere coinvolte. Non sembra esserci, o esserci in maniera molto ridotta, una coerente strategia repressiva tra le Autorità di contrasto europee, qualcosa che è fortemente in contrapposizione con la politica propria degli USA. L'attivazione di una competenza dei controlli e di una competenza giudiziaria dipende, in larga misura, da un insieme frammentato di singole giurisdizioni proprie di ogni Stato Membro. Modelli di contrasto sono rimasti indietro rispetto alla globalizzazione finanziaria e alla realtà di mercati finanziari integrati, sia all'interno che

[19] Si veda C. Gomez-Jara Diez, *Crisis Financiera y Derecho Penal*, Ara Editores, Lima 2013, p. 82.
[20] Si veda più nel dettaglio, in questo volume: M.J.J.P. Luchtman, *Transnational Multi-Disciplinary Investigations and the Quest for Compatible Procedural Safeguards.*
[21] Si veda più nel dettaglio NPAs e DPAs, in questo volume: B. Zagaris, *Prosecutors and Judges as a Corporate Monitors? The Use of Pre-Conviction Preventive Measures and Compulsory Programs as a Substitutes for Corporate Punishment.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

fuori dall'UE, nonostante gli obblighi di coordinamento previsti dalle Direttive europee. Consideriamo tutto questo sorprendente, certamente ora che le politiche e le strategie di repressive giocano un ruolo veramente importante per il perseguimento degli obiettivi dell'AFSJ e del mercato interno europeo.

Casi precedenti pertanto mostrano che la creazione di un *level playing field* per un approccio *multi-agency* e *multi-disciplinary* si basa su tre aspetti. C'è una forte dimensione nazionale, dal momento che i principali soggetti controllori sono, e rimarranno, nazionali. C'è anche una dimensione di integrazione regionale, come per esempio è evidente nell'UE. Infine, c'è una dimensione di livello mondiale, correlata all'interesse globale, connessa anche ad un uso extraterritoriale della repressione in tutto il mondo. L'extraterritorialità può definirsi come l'attuazione e l'esecuzione (incluse le sentenze) di regolamentazioni all'estero, superando così l'autorità territoriale straniera per disciplinare lo stesso tipo di condotta.

3. Verso le sfide all'interno dei confini di integrazione locale: l'esempio dell'UE

3.1. Sfide

Ogni Stato-nazione esercita la propria autorità sui propri cittadini in un determinato territorio. Tradizionalmente ognuno ha la competenza per definire l'apparato normativo e le regole per il funzionamento della società (potere legislativo), la competenza di far applicare queste regole (potere esecutivo) e la competenza di condannare le persone (giuridiche) responsabili in caso di mancato rispetto delle regole (potere giudiziario). Queste tre tipologie di giurisdizioni comprendono il monopolio di ogni Stato-nazione in merito all'uso del proprio potere, incluso il potere di punire (*ius puniendi*). L'uso di questo potere è riconosciuto dalla legge, e al contempo è soggetto all'ordine e al controllo della legge. Questo controllo-equilibrio è la vera essenza del principio di legalità e del «*Rechtstaat*», dal momento che ogni Stato-nazione deve assicurare sia la libertà che la sicurezza dei cittadini. Da questo quadro emerge chiaramente come l'apertura dei confini e la territorialità funzionale europea non conducono in automatico a ridefinire le giurisdizioni e la legge che gli organi di normazione e di controllo devono applicare. La domanda rimane, in quale misura la regolamentazione orizzontale e la cooperazione di polizia tra gli Stati Membri, una governance verticale e ai relativi piani di contrasto (Europol, Eurojust, *etc.*), hanno davvero ridefinito il concetto di Stato-nazione basato su autorità-popolo-territorio, ovvero, in altre parole, se, e in caso affermativo, in quale misura, gli organi di regolamentazione della normativa e di contrasto orizzontale e verticale possono dirsi autorità con una vera e propria giurisdizione che va oltre i propri

File riservato ad esclusivo fine di studio

confini (persone giuridiche, cittadini) in un nuovo territorio transnazionale? In caso affermativo, dobbiamo chiederci se e come i valori fondanti del principio di legalità, inclusa la protezione dei diritti umani derivante dalla European Charter of Human Rights (EUCFR) e dall'EU Charter of Fundamental Rights (EUCFR), sono correlati a questa nuova realtà politico-legale di autorità transnazionale. I valori fondamentali, che si basano sul principio di legalità, sono necessari per il controllo-equilibrio dell'autorità transnazionale e per l'attribuzione di diritti e tutele alle persone coinvolte.

In un modello di integrazione politica, economica e legale, come quello dell'Unione Europea, importanti competenze proprie di ogni Stato-nazione sono trasferite ad un livello sovranazionale. All'UE sono stati affidati poteri attraverso i Trattati europei che disciplinano gli aspetti pratici delle tre giurisdizioni prima citate. L'UE si fonda su un ordinamento integrato, e, quindi, su un'integrazione del diritto, un insieme composto dal diritto europeo sovranazionale e dal diritto (armonizzato) nazionale[22]. Il risultato è che si può parlare di un modello di integrazione che si fonda su una sovranità condivisa e una *governance* comune. Emerge chiaramente da questo quadro che l'apertura dei confini e la territorialità europea non portano automaticamente ad una ridefinizione delle giurisdizioni e del diritto applicabile da parte degli organi di regolamentazione e di contrasto. La domanda resta, in quale misura, la regolamentazione orizzontale e la cooperazione di polizia (seconda dimensione) e altresì la *governance* e il controllo verticale (terza dimensione) hanno davvero rimodellato il concetto di Stato-nazione fondato su autorità-popolo-territorio, ovvero in altre parole, se, e in caso affermativo in quale misura, gli organi di regolamentazione orizzontale e verticale e le agenzie di contrasto possono definirsi autorità con una vera e propria giurisdizione oltre il proprio ambito (persone giuridiche, cittadini) in un nuovo territorio transnazionale? In caso affermativo, dobbiamo chiederci se e come i valori fondamentali del principio di legalità, inclusa la protezione dei diritti umani derivante dalla ECHR e EUCFR, sono correlati a questa nuova realtà politico-legale di autorità transnazionale. I valori fondamentali, la cui fonte è da individuarsi nel principio di legalità, sono necessari per il controllo-equilibrio dell'operato dell'autorità transnazionale e per l'attribuzione di diritti e tutele alle persone interessate.

Lo scenario europeo è fondato sull'esistenza di un unico mercato (economico) integrato, libera circolazione di persone, beni, servizi e capitali, politiche finanziarie comuni e regolamentazioni delle banche, compagnie assicurative, società; è logico che la domanda di applicazione di norme penali per queste politiche sostanziali abbia una forte dimensione europea. Nonostante gli Stati comunitari abbiano cercato, per quanto possibile, di mantenere il potere esecu-

[22] L.F.M. Besselink, *A Composite European Constitution*, Europa Law Publication, Groningen 2007.

File riservato ad esclusivo fine di studio

tivo sotto il controllo nazionale, con il Trattato di Amsterdam (1999) l'AFSJ è stato definito come uno dei principali obiettivi dell'UE, includendo politiche per combattere la criminalità. In tale contesto, sono stati fissati *standards* comuni nelle aree del terrorismo, criminalità organizzata, traffico di essere umani, *etc.* Ad ogni modo, solo con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 è stata creata una chiara base giuridica[23], così da prescrivere che l'applicazione del diritto penale rientri tra le politiche armonizzate del mercato interno e da prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri[24]. Considerando l'interesse comune in questione nel mercato interno e nell'AFSJ, gli Stati membri e l'UE, nel frattempo, hanno elaborato una politica di legislazione penale, per le violazioni delle regolamentazioni economiche e finanziarie, che meriti di entrare in vigore? Quali sarebbero gli aspetti in comune di questa armonizzazione delle misure di contrasto? Gli Stati membri e l'UE, trovandosi di fronte ad una sovrapposizione di indagini e procedimenti senza che fosse stata attivata la giurisdizione di alcuni Stati, e altresì ad un utilizzo extraterritoriale del potere di indagine e del pubblico ministero da parte degli Stati Uniti nei confronti delle società europee, hanno elaborato una politica in materia penale?

Riguardo l'armonizzazione del diritto sostanziale applicabile in relazione ai reati economico-finanziari, la Commissione Europea mediante il Trattato di Lisbona ha adottato un approccio proattivo per quanto concerne la questione della politica di legislazione penale. La Commissione Europea ha pubblicato nel 2011 una Comunicazione intitolata «Verso una politica penale dell'Unione Europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale», trattando nello specifico l'armonizzazione del diritto penale attraverso politiche armonizzate. La Commissione ha elaborato questa Comunicazione come guida per le scelte politiche, se usare o no il diritto penale come strumento applicativo, anche in relazione ad altri strumenti di esecuzione della normativa, come ad esempio quello amministrativo. Criteri determinanti per la scelta sono la mancanza di un'effettiva esecuzione o differenze significative tra gli Stati Membri che portano ad un'applicazione discordante delle regole europee. La Commissione indica in questa Comunicazione tre settori prioritari per l'armonizzazione del diritto penale: il settore finanziario, e.g. che concerne la manipolazione del mercato e l'*insider trading*; la lotta contro la frode che colpisce gli interessi finanziari dell'UE e la protezione dell'euro contro la contraffazione. La Commissione elenca, inoltre, una serie di settori (non si tratta di una lista esaustiva) dove l'applicazione del diritto penale potrebbe giocare un ruolo

[23] Art. 83(2) TFUE.

[24] L'art. 82(1b) TFUE prevede una specifica base giuridica per l'adozione di misure vincolanti volte a prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri. L'art. 85(1)(c) TFUE contiene anche una base giuridica che affida all'*Eurojust* il potere di assumere decisioni vincolanti per prevenire e risolvere conflitti di giurisdizione.

File riservato ad esclusivo fine di studio

determinante: commercio illegale e criminalità finanziaria, protezione stradale, protezione dei dati, normativa doganale, tutela dell'ambiente, politica della pesca e politica del mercato interno (contraffazione, corruzione, appalti pubblici).

La Commissione ha reso effettivo il suo piano politico del 2011 presentando proposte di Direttive sulla penalizzazione della manipolazione del mercato e dell'*insider trading*, della frode che colpisce gli interessi finanziari dell'UE e della contraffazione dell'euro. Nel 2014, è stata adottata la Direttiva sulla protezione dell'euro tramite sanzioni penali[25]. Nello stesso anno, sono stati adottati altresì il Regolamento sugli abusi di mercato[26] e la Direttiva sulle sanzioni penali per gli abusi di mercato[27] come quadro normativo comune[28]. La Direttiva volta a combattere la frode che inficia gli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale è ancora in fase di negoziazione al momento della stesura del presente documento[29]. Per quanto riguarda gli altri settori politici che sono stati indicati nella Comunicazione della Commissione del 2011, come ad esempio la criminalità finanziaria, le procedure doganali o la protezione stradale, né la Commissione né gruppi di Stati Membri hanno fatto proposte legislative. Questi testi legislativi contengono una reale armonizzazione del diritto penale sostanziale (definizioni di *actus reus*, *mens rea* e le sanzioni applicabili) e degli obblighi di giurisdizione. Ad ogni modo, non si occupano della sovrapposizione e dei conflitti di giurisdizione all'interno dell'UE e tra l'UE e terzi Stati[30].

Riguardo la questione della sovrapposizione e dei conflitti di giurisdizione, l'art. 82 par. 1(b) TFUE prevede una specifica base giuridica per l'adozione di misure vincolanti volte a prevenire e risolvere conflitti di giurisdizione tra gli Stati Membri. Questa base giuridica non è ancora stata utilizzata né dalla Com-

[25] Direttiva 2014/62/EU del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, [2014] OJ L 151/1.

[26] Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (Regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le Direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, OJ [2014] L 173/1.

[27] Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (Regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le Direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, OJ [2014] L 173/1.

[28] Per un'analisi più approfondita, si veda: M.J.J.P. Luchtman, J.A.E. Vervaele, *Enforcing the Market Abuse regime: Towards an Integrated Model of Criminal and Administrative Law Enforcement in the European Union?*, (2014) 5(2) New journal of European Criminal Law, p. 192.

[29] Commissione Europea, «Proposta di Direttiva per il Parlamento europeo e Consiglio sulla Protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea attraverso il diritto penale», COM (2012) 363 final, 11 July 2012. La proposta di Direttiva si basa sull'art. 325(4) TFUE.

[30] Per un'analisi più approfondita, si veda: J.A.E. Vervaele, *The European Union and Harmonisation of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: in Search of a Criminal Law Policy?*, in *Essays on Criminalization & Sanctions (Iustus Forlag, Uppsala, 2014)*, eds. M. Ulvang, I. Cameron, pp 185-225.

File riservato ad esclusivo fine di studio

missione né da un gruppo di Stati Membri, per sviluppare proposte legislative. L'art. 85 par. 1(c) TFUE contiene anche una base giuridica, così da riconoscere in capo ad Eurojust poteri decisionali vincolanti per la prevenzione e risoluzione di conflitti di giurisdizione, anche se nella proposta di riforma di Eurojust[31] questa non rientra come un nuovo strumento.

Nel complesso, è evidente che l'UE non è ancora in grado di realizzare una politica di giustizia penale europea. L'armonizzazione del diritto penale sostanziale è giunta ad una paralisi politica e non è stato portato a termine il programma politico della Commissione Europea. Riguardo le questioni giurisdizionali, il potenziale del TFUE non è stato del tutto sfruttato. Questo è dovuto non solo per la mancanza di una forza politica delle istituzioni europee, ma anche per l'atteggiamento di molti Stati Membri, poiché non hanno intrapreso alcuna iniziativa legislativa.

3.2. Soluzioni a livello Europeo[32]

È ormai evidente che la soluzione più ragionevole consiste in un comune *level playing field* non solo in materia di un quadro normativo in quanto tale (definizione comune di illeciti, regole sulla giurisdizione, diritto processuale, leggi sulla cooperazione), ma anche per quanto concerne «*law in action*» (compiere indagini, esercitare azioni penali, coordinamento delle azioni, risoluzione dei conflitti di giurisdizione). Un tale *level playing* dovrebbe definire chi compie le indagini e persegue cosa, chi e perché e, quindi, essere prevedibile e stimabile per tutti i soggetti coinvolti (pubblici ministeri, giudici, autori di reato e vittime).

La strada per l'armonizzazione di un comune *level playing field* dovrebbe consistere nell'inserire nel programma legislativo ulteriori iniziative per armonizzare i reati economico-finanziari, includendo alcuni aspetti di procedura penale (l'acquisizione di prove, i.e. atto di indagine), leciti ai sensi dell'art. 82 e dell'art. 83 par. 2 del TFUE.

La strada volta a coordinare le misure applicative, per la prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione, è quella più innovativa e complicata. Se gli Stati Membri sono d'accordo, come emerge dal TFUE, sul fatto che certi interessi su scala comunitaria meritano la protezione e l'applicazione del diritto penale nel mercato interno e nell'AFSJ, quali sono allora le conseguenze per la scelta di giurisdizione? Le norme in materia di giurisdizione permettono di

[31] «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust)», COM (2013) 535 final, 17 july 2013.
[32] Per un'analisi più approfondita, si veda: J.A.E. Vervaele, M.J.J.P. Luchtman, *Criminal law Enforcement of EU Harmonised Financial Policies: the Need for a Shared Criminal Policy, in Overarching Views of Crime and Deviancy. Rethinking the Legacy of the Utrecht School*, eds. F. De Jong *et al.*, Eleven International Publishing, The Hague, 2015; M.J.J.P. Luchtman, *Choice of Forum in an Area of Freedom, Security and Justice*, in *Utrecht Law Review*, 2011 7(1), p. 74.

File riservato ad esclusivo fine di studio

definire quando i protagonisti della giustizia penale possono/devono (dipende dal regime giuridico) dare avvio ad un procedimento penale al fine di compiere indagini, perseguire e giudicare (eventuali) sospetti di reato. Come è risaputo, nelle materie penali c'è un legame molto stretto tra il diritto applicabile (quale diritto penale sostanziale e procedura penale) e la giurisdizione. Quando uno Stato Membro instaura il proprio sistema di giustizia penale, la competenza della propria giurisdizione è principalmente fondata sul *locus delicti* o principio di territorialità. Il «quando», pertanto, innesca anche il «dove». Laddove ci fossero più «quando» ci potrebbero essere competenze giurisdizionali concorrenti nel promuovere azioni o nel non promuovere alcuna azione nel mercato interno e nell'AFSJ.

Il fatto che l'UE abbia, o stia mirando, a politiche armonizzate del diritto penale nel territorio comune degli Stati Membri non significa solo avere, o cercare di avere, un uguale *playing field* per la giustizia penale, ma anche che questo *playing field* si fonda su interessi e valori comuni che meritano la protezione del diritto penale e che sono correlati al conseguimento di obiettivi politici dell'AFSJ, mercato interno, *etc.* Le scelte di politica penale sono state fatte a livello europeo avendo a mente obiettivi correlati all'UE.

L'UE non ha solo interesse/beneficio nella penalizzazione (*law in the books*), ma anche nell'uso efficace del diritto penale in sede di applicazione (*law in action*). Questo significa che l'esistenza e l'utilizzo della giurisdizione penale da parte degli Stati Membri è di estrema importanza per raggiungere gli obiettivi europei. Nella sua forma attuale, l'UE ha imposto agli Stati Membri l'obbligo di giurisdizioni armonizzate. Tale armonizzazione delle giurisdizioni è incisiva, anche se fondata principalmente sul *locus delicti* e principio di territorialità, nel campo dell'euro-criminalità (terrorismo, criminalità organizzata, corruzione, *etc.*), ma è ancora molto debole nel campo dei reati economico-finanziari. Entrambe le situazioni generano specifiche problematiche nella conformazione europea a livello transazionale. In merito agli euro-crimini, i sistemi cumulativi di giurisdizione degli Stati Membri possono condurre, e così stanno facendo, ad un aumento di competenze concorrenti e sovrapposte e, pertanto, generano conflitti positivi di giurisdizione. L'UE non è stata in grado di imporre procedure vincolanti per risolvere conflitti di giurisdizione o per assegnare le cause (a livello di indagine, azione penale, sentenza). Le sole procedure esistenti, come ad esempio la Decisione Quadro del 2009[33], riguardano meccanismi di coordinamento, ma non possono portare a vincolanti risoluzioni dei conflitti.

Nel caso dell'applicazione del diritto penale per la sussistenza di reati eco-

[33] Decisione Quadro 2009/948/GAI del Consiglio del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali [2009] OJ L 328/42.

File riservato ad esclusivo fine di studio

nomico-finanziari il problema di giurisdizioni concorrenti permane, tuttavia è anche possibile che gli Stati Membri non siano in grado di esercitare alcuna giurisdizione per la mancanza di competenza. Se le banche del Paese A stanno prestando aiuto ad un cittadino del Paese B per la vendita di prodotti finanziari, strutture finanziarie e societarie al fine di occultare attività criminali o l'identità dell'esecutore dei predetti illeciti, è chiaro che esse sono coinvolte nel riciclaggio di denaro. Ciononostante, è certamente possibile che il Paese A non abbia giurisdizione, poiché la predetta condotta illecita è stata commessa nel Paese B, e quel Paese B non abbia la competenza a procedere nei confronti delle banche del Paese A, dal momento che queste ultime sono banche straniere. Nonostante ci sia un evidente interesse comune nei mercati finanziari interni e nell'AFSJ ad occuparsi di queste condotte illecite, la mancanza di regole di giurisdizione armonizzate genera un *deficit* dell'applicazione della normativa.

Anche se avessimo una giurisdizione equivalente per tutti gli Stati Membri, mediante l'armonizzazione, ci sarebbe ancora un problema. Se gli Stati Membri utilizzano, o meno, unilateralmente le proprie norme di giurisdizione nelle questioni penali, anche prendendo in considerazione che queste sono state armonizzate da determinate convenzioni europee, decisioni quadro o direttive, le norme di giuridizone nazionale sono redatte da una prospettiva nazionale, che non necessariamente tiene in considerazione l'interesse di altri Stati Membri o l'interesse di aree comuni, come l'AFSJ, mercato interno, *etc.* In aggiunta a ciò, le norme di giuridizione nazionale non sono state pensate con l'obiettivo di prevenire o risolvere conflitti di giurisdizione fra gli Stati Membri. Sono state pensate al solo fine di promuovere la giurisdizione nazionale per determinati reati in talune circostanze. Attribuiscono in modo unilaterale il potere, senza distribuirlo in un'area giuridica integrata. In mancanza di previsioni del Consiglio Europeo e regole europee sulla scelta di giurisdizione, molte corti nazionali non sono competenti, e nemmeno in grado di identificare la giurisdizione più appropriata. Se volessero farlo, dovrebbero attuare un bilanciamento/ponderazione tra i differenti regimi giuridici (diritto applicabile e norme di competenza) dei potenziali ordinamenti giuridici competenti.

Come è risaputo, la scelta del foro competente è di fondamentale importanza, poiché include la scelta del diritto applicabile (*actus reus*, *mens rea*, responsabilità, condanna, pene e connessi aspetti procedurali, come la prescrizione, la discrezionalità dell'azione legale, processo accusatorio o inquisitorio, diritti di difesa, controllo giurisdizionale, *etc.*). C'è un ampio consenso per cui il quadro normativo sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione sia essenziale per il funzionamento del settore della giustizia penale costruito sul mutuo riconoscimento[34]. Senza esso, i conflitti positivi e negativi di giurisdizione

[34] M. Wasmeier, *The choice of Forum by the European Public Prosecutor*, in *The European Public*

File riservato ad esclusivo fine di studio

indeboliscono la reciproca fiducia tra gli Stati Membri e le loro autorità giudiziarie. C'è, ad ogni modo, molto meno consenso sul se e in quale misura l'interesse comune connesso all'AFSJ, al mercato interno, alle consuetudini e all'unione monetaria possa giocare un ruolo importante in questo quadro giuridico. In altre parole, ci si deve limitare ad uno schema orizzontale di prevenzione e risoluzione dei conflitti tra gli Stati Membri, o si deve considerare l'interesse comune nello spazio giuridico integrato dell'UE? C'è anche bisogno di uno schema verticale di prevenzione e risoluzione dei conflitti, correlato all'Eurojust?

Possiamo affrontare tale questione da una prospettiva di applicazione della legge, così come anche da una prospettiva di protezione giuridica (sospettato, vittima, terze parti). Per quanto concerne la prima prospettiva, se l'UE decidesse che il traffico degli esseri umani, il terrorismo o gli abusi di mercato dovessero essere criminalizzati e prescrivesse agli Stati Membri regole dettagliate riguardo ciò, ci sarebbe allora un interesse correlato al mercato interno (incluso il mercato finanziario) e l'AFSJ. Per perseguire l'obiettivo di sicurezza e un'efficace applicazione della normativa (compatibilmente alla certezza del diritto) è importante che i soggetti della giustizia penale (le forze dell'ordine e i giudici) agiscano in modo tale da raggiungere risultati ottimali. Casi di cd. conflitti negativi di giurisdizione, che significa che nessuno ha dato avvio alle indagini, dovrebbero essere affrontati dall'Eurojust, innanzitutto attraverso la mediazione, e se possibile, mediante decisioni vincolanti. In ipotesi di diverse indagini, possono entrare in gioco lo scambio di informazioni, le operazioni congiunte durante le indagini, e anche qualche volta le decisioni in merito all'attribuzione dei casi (concentrazioni). Questa attribuzione dei casi può avvenire su base orizzontale tra le autorità nazionali, attraverso procedure di reciproca assistenza giudiziaria o attraverso il mutuo riconoscimento, ovvero, in caso di necessità, dall'Eurojust. In ipotesi di possibili diversi procedimenti giudiziari, ci sono molte ragioni per fortificare l'approccio europeo: in alcuni casi la protezione del ne bis in idem, in altri casi il miglior rapporto costi/benefici in relazione a risultati ottimali (interesse della giustizia penale europea). Inoltre, qui possiamo pensare a soluzioni orizzontali e se necessario, decisioni vincolanti da parte dell'Eurojust.

Simili argomentazioni sono sostenute anche per la protezione degli interessi dei cittadini, come convenuti, vittime, *etc.* È risaputo che i conflitti positivi e negativi possono nuocere ai loro interessi. Molti interessi sono a rischio, qualche volta anche interessi contrastanti. Le vittime, ad esempio, possono essere lasciate a mani vuote nei casi di conflitti negativi. È importante che la giustizia sia fatta e che loro ricevano il risarcimento dovuto per il danno. In ipotesi di conflitti negativi, i cittadini possono avere un chiaro interesse affinché l'Eurojust

Prosecutor's Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?, eds. L.H. Erkelens, A.W.H. Meij, M.Pawlik, Asser Press-Springer, The hague 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

intervenga. Nelle fattispecie di attribuzione dei casi o scelta del foro dovrebbero essere presi in considerazione i loro interessi. È evidente che nell'ipotesi di traffico degli esseri umani, rientrante nei casi penali, gli interessi delle vittime sono illustrati chiaramente nella pertinente Direttiva[35], sebbene solo in parte per quanto riguarda la scelta del foro. Comunque, anche in altri casi, giocano un ruolo decisivo e devono rispettare la Direttiva[36] in merito alla partecipazione delle vittime. Anche i conflitti positivi possono danneggiare gli interessi delle vittime; ad esempio, laddove le leggi degli Stati Membri coinvolti portano a risultati contraddittorii. Dal punto di vista degli interessi dell'indagato, è importante che siano rispettati i suoi diritti sul *ne bis in idem* e i diritti ad un giusto processo e che il sospettato possa impugnare la decisione del foro per una revisione giudiziaria. In tutte queste fattispecie, la domanda non concerne solo quali meccanismi sono disponibili per risolvere i conflitti (orizzontali, Eurojust, *etc.*), ma anche quale ruolo dovrebbero giocare i cittadini europei. Questi ultimi sono in grado di adire la corte per ottenere misure correttive e, se così fosse, quali? Dovrebbero avere la possibilità di rivolgersi ad Eurojust? Fino a che punto i criteri per l'attribuzione dei casi dovrebbero essere prevedibili? Quali interessi dei cittadini potrebbero essere ritenuti legittimi e dovrebbero essere tenuti in considerazione per le scelte del forum?

Per tutti questi scenari, siano essi orizzontali o verticali, al fine di proteggere la dimensione comune europea, c'è bisogno almeno di un complesso di requisiti sui quali fondare la scelta di giurisdizione, e assicurare controllo e vigilanza (giurisdizionale). Questi requisiti possono unire i tradizionali criteri di giurisdizione, ma possono anche includere criteri connessi all'interesse di giustizia (prova) ovvero correlati agli interessi politici.

Per concludere questa parte sulla dimensione interna dell'UE, per certe tipologie di reato è impossibile sviluppare un modello di regole ai fini della scelta di giurisdizione senza prendere in considerazione le politiche europee sul mercato interno e sull'AFSJ. Lo spazio di giustizia penale si basa su un'area comune (territorialità europea). Le procedure per attribuire, dare avvio e scegliere la giurisdizione non solo proteggono gli interessi nazionali, ma sono inevitabilmente connesse agli obiettivi e ai mezzi del mercato interno e dell'AFSJ. L'europeizzazione della scelta di giurisdizione in questi ambiti dovrebbe avere conseguenze sia per il legislatore nazionale ed europeo, le autorità nazionali (ed europee), sia per i diritti e le libertà dei cittadini.

[35] Direttiva 2011/36/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 Aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI [2011] OJ L 101/1.

[36] Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI [2012] OJ 315/57.

File riservato ad esclusivo fine di studio

4. Verso le sfide a livello mondiale

4.1. Punto di vista della dimensione esterna dell'UE[37]

Questo concetto funzionale della territorialità europea non riguarda solo la connessione del potere legislativo e esecutivo tra l'UE e gli Stati Membri. Essa ha anche una dimensione esterna nella quale l'UE è spesso sentita come una singola entità territoriale a cui gli Stati Membri hanno conferito competenze per agire all'esterno. La dimensione esterna dell'AFSJ[38] è stata principalmente utilizzata per negoziare accordi con Paesi terzi in merito allo scambio di informazioni investigative, alla prevenzione del finanziamento del terrorismo[39], e anche in merito all'estradizione e alla reciproca assistenza legale per ottenere prove[40]. L'UE è diventata più operativa nei fori internazionali al fine di promuovere l'applicazione del diritto penale così da proteggere interessi giuridici, come, ad esempio, nella World Health Organisation, quando è giunta alla penalizzazione del commercio illegale del tabacco, o nelle Nazioni Unite in merito alla criminalità organizzata transnazionale, ovvero la sua partecipazione nel Kimberley Process Certification Scheme, volta a fermare il flusso transnazionale dei "diamanti insanguinati". Per quanto concerne i tradizionali reati su scala mondiale, come ad esempio la contraffazione, la criminalità organizzata, il traffico di esseri umani *etc.*, possiamo parlare di *standards* penali universali. Ad ogni modo, nell'ambito dei reati economico-finanziari, mancano, o sono molto tenui, *standards* universali per l'applicazione della normativa finanziaria. Quando si è giunti a coordinare la competenza amministrativa per svolgere indagini o pronunciarsi sulle infrazioni in materia di concorrenza, la Commissione Europea e il Governo americano sono riusciti a firmare un accordo che racchiude obblighi riguardanti non solo lo scambio di informazioni e il coordinamento delle attività di contrasto, ma anche la prevenzione dei conflitti in queste ultime e una connessa procedura di consultazione[41]. Ciononostante, nel campo della

[37] Parte di questo testo estratto da C. Ryngaert e J.A.E. Vervaele, *Core Values beyond Territories and Borders: the Internal and External Dimension of the UE Regulation and Enforcement*, in *Shaping Sovereignty in a EU Legal Order Core Values of Regulation and Enforcement*, eds. T. Van den Brink, M.J.J.P. Luchtman, M. Scholten, Intersentia, Cambridge 2015.

[38] Ai sensi dell'art. 216(1) TFUE; si veda: R.A. Wessel, R.A. Marinand, C. Matera, *The External Dimension of the EU's AFSJ*, in C. Eckes, T. Konstadinides, *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

[39] Agreement between the United States of America and the European Union on the Use and Transfer of Passenger Name Records to the United States Departments of Homeland Security [2012] OJ L 215/5; Agreement between the European Union and the United States of America on the Processing and Transfer of Financial Messaging from the EU to the EU for the Purposes of the Terrorist Finance Tracking Program [2010] OJ L 195/11.

[40] Si veda, per esempio: Agreement on extradition between the European Union and the United States of America [2003] OJ L 181/27.

[41] Si veda: Agreement between the Government on the United States of America and the Com-

File riservato ad esclusivo fine di studio

giustizia penale niente di simile è mai stato provato, né da parte degli USA né da parte dell'UE. Questa esternalizzazione della territorialità[42] è effettuata non solo attraverso un'azione bilaterale o multilaterale, ma anche attraverso l'azione unilaterale con cui l'UE assoggetta gli operatori economici stranieri alla regolamentazione europea, così da proteggere l'efficacia della propria normativa interna. È risaputo che il diritto europeo sulla concorrenza e la sua applicazione da parte della Commissione non si ferma ai confini europei: la Commissione ha il potere di applicare le norme garanti della concorrenza europea laddove cartelli o fusioni straniere o internazionali danneggiano il (i consumatori nel) mercato interno europeo. Queste problematiche sono idealmente affrontate attraverso una regolamentazione multilaterale, un sistema di vigilanza e un'applicazione certa della normativa. Comunque, in assenza di ciò, l'UE potrebbe pensare di applicare, entro certi limiti, in particolare tramite un collegamento territoriale, il suo diritto interno all'attività straniera che in modo negativo colpisce l'efficacia degli obiettivi perseguiti dalla regolamentazione europea. Tale esternalizzazione territoriale avviene mediante l'UE che condiziona l'accesso territoriale ai mercati europei verificando che l'operatore economico soddisfi certi *standards*, anche quando opera all'estero, e, incluse le prestazioni straniere, valutando se l'operatore soddisfa i requisiti della normativa europea. L'estensione territoriale del diritto dell'UE a primo impatto potrebbe apparire piuttosto incontestabile poiché si fonda su un nesso territoriale inconfutabile. Resta altrettanto vero, comunque, che l'UE considera questa connessione come ragione per esercitare una competenza quasi universale nella quale assoggettare alla legge territoriale le attività degli operatori che si svolgono a livello mondiale, incluse quelle che avvengono fuori dal territorio. Questo legislatore territoriale quindi si sostituisce effettivamente alla regolamentazione e al controllo delle altre autorità, che effettivamente potrebbero avere un nesso maggiore con la situazione, e.g. il legislatore dello Stato d'origine dell'operatore economico straniero. Un tale intervento normativo potrebbe allora provocare una conflittualità internazionale. Con l'estensione a livello territoriale della propria regolamentazione attraverso le condizioni di accesso al mercato, l'UE nei fatti invade l'autonomia normativa di Stati terzi, e nel far ciò, «esporta» i propri valori fondamentali, come ad esempio la trasparenza finanziaria, la sicurezza del lavoro, e la protezione dell'ambiente, nei modi in cui avevano fatto gli USA in passato[43]. Anche se

mission of the European Communities regarding the application of their competition laws – Exchange of interpretative letters with the Government of the United States of America [1995] OJ L 95/47; si veda la fonte: <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/usa.html> accesso del 21 agosto 2015.

[42] J. Scott, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law in American Journal of Comparative Law*, 2014, 62 (1), p 87.

[43] Si veda per un'analisi critica della politica normativa degli USA in questo senso: A. Parrish,

File riservato ad esclusivo fine di studio

questo potrebbe sembrare controintuitivo, la territorialità dell'UE è utile come principio per diffondere i valori fondamentali dell'UE a livello extra-territoriale. Ovvero detto diversamente, l'UE sfida la struttura orizzontale dell'assetto giuridico internazionale, fondato sulla parità sovrana delle nazioni: si sostituisce a un mancante legislatore multilaterale e responsabile del rispetto delle regole e così indirettamente esercita un potere quasi-verticale. Contemporaneamente, riconosce la dimensione orizzontale laddove rinvia a procedure straniere di regolamentazione e di contrasto, per quanto queste ultime forniscano uguale protezione.

4.2. Punto di vista degli USA

Per tradizione ormai risalente nei mercati finanziari gli USA esercitano la propria vigilanza e applicano la normativa in modo extra-territoriale. *Sarbanes-Oxley Act* del 2002[44] ha imposto obblighi di un'ampia portata nei confronti dei contabili stranieri[45] e ha investito la *Security and Exchange Commission* dei poteri per ottenere rapporti e documenti sulla base di un mandato di comparizione. Fin dal crollo finanziario del 2007, il legislatore statunitense ha aumentato ancor più gli obblighi[46]. Ai sensi del nuovo *Dodd-Franck Act*[47], sono state previste numerose restrizioni non solo per le operazioni straniere effettuate dalle banche con sede negli Stati Uniti, ma anche per le banche straniere, prevalendo sull'assetto regolamentare delle loro giurisdizioni d'origine. Esempi di questa applicazione extra-territoriale del potere legislativo riguardano i requisiti di coefficiente patrimoniale e alcune transazioni finanziarie nei mercati dei derivati. La famosa *Volcker rule* nel *Dodd-Franck Act* proibisce alle banche di negoziare per conto proprio e limita alle banche commerciali, e allo loro affiliate, gli investimenti negli *hedge funds* e nel *private equity*. Le norme generalmente proibiscono agli enti creditizi sia di effettuare attività di negoziazione a breve termine per conto proprio di titoli, derivati, *futures* su merci e opzioni sia di possedere, di finanziare, o di avere certi legami con gli *hedge funds* o fondi di *private equity*, denominati «*covered funds*». Tale *Volcker rule* ha una portata extra-territoriale alquanto estensiva, dal momento che si applica a ogni entità straniera che diret-

Reclaiming International Law from Extraterritoriality in Minnesota Law Review, 2009, 93, p. 815.

[44] *Act to Protect investors by Improving the Accuracy and Reliability of Corporate Disclosures made pursuant to the Securities Laws and for other Purposes* ("*Sarbanes-Oxley Act*"), Pub L 107-204, 116 Stat. 745, promulgato il 30 luglio 2002 <http://www.soxlaw.com> accesso effettuato il 21 agosto 2015.

[45] Sezione 106(a) del *Sarbanes-Oxley Act*.

[46] D. Vogel, R.A. Kagan (eds), *Dynamics of Regulatory Change-How Globalisation Affects National Regulatory Policies*, University of California Press, Berkely 2004.

[47] <https://www.cftc.gov/lawregulation/doddfranckact/index.htm> accesso effettuato il 21 luglio 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

tamente o indirettamente mantiene una succursale bancaria o un'agenzia negli Stati Uniti, o controlla una società di credito commerciale. Si applica anche alle società affiliate e sussidiarie di un ente, le quali sono definite come società controllate attraverso la proprietà o il controllo del 25%, o percentuale più elevata, diretto o indiretto, che si manifesta nel diritto di voto per ogni categoria di titoli della società o attraverso altri indici di controllo, come definiti nel *Bank Holding Company Act* del 1956, con le successive modifiche. Tutti gli istituti finanziari stranieri che non sono «*banking entities*» possono essere assoggettati alla legge, poiché il loro modo di agire può configurare obblighi previsti dalla *Volcker rule*[48], implicando la costituzione di un ufficio *de facto* statunitense per l'utilizzo di personale delle sussidiarie come agenti dell'istituto finanziario, ovvero venendo fatti sopralluoghi americani dal personale della banca, così da venirsi a istituire la presenza americana. La *Securities and Exchange Commission*, la *Commodity Futures Trading Commission*, la *Federal Reserve*, la *Federal Deposit Insurance Corp* e l'*Office of the Comptroller of the Currency* sono, ciascuna nel proprio ambito, responsabili di far applicare la normativa, in base alle tipologie di imprese che vigilano. Hanno a loro disposizione una serie completa di poteri di controllo, inclusa l'applicazione di sanzioni penali, nel rispetto degli obblighi.

Questa non è sicuramente l'unica forma estensiva del potere legislativo extra-territoriale. Come abbiamo visto nel caso *BNP Paribas*, l'*USA International Emergency Economic Powers Act*, l'*USA Trading* con l'*Enemy Act* e l'*USA Economic Sanctions Act* mantengono una compteneza esecutiva extra-territoriale alquanto estensiva senza che vi sia alcuna presenza di soggetti finanziari negli USA. La gestione delle transazioni in dollari mediante il sistema finanziario americano e la stanza di compensazione è sufficiente per dare avvio alla competenza esecutiva. Lo stesso è previsto dalla legislazione americana sull'antiriciclaggio e dalla legislazione sulla corruzione straniera.

L'applicazione extra-territoriale non è limitata alla competenza legislativa, ma include anche la competenza esecutiva e potenzialmente anche la competenza giurisdizionale. Sotto l'amministrazione Obama, il DOJ, la *Securities and Exchange Commission*, l'*Internal Revenue Services* e un notevole numero di altre agenzie specializzate stanno lavorando assieme, dal 2009, in una *Inter-agency Financial Fraud Enforcement Task Force* e hanno elaborato, con la guida di DOJ, un tentativo coordinato e dinamico per l'indagine e il processo di reati finanziari[49]. Questo approccio ha intensificato l'applicazione del diritto penale nei

[48] Si veda: L.G. Baxter, *Extraterritorial Impacts of Recent Financial Regulation Reforms: a Complex World of Global Finance,* concetto presentato alla conferenza «The current State of Global Financial Reforms», Duke Law-KoGuan School of Lase, giugno 2014, <http://sholarship.law.duke.edu/egi/viewcontent.cgi?article=6044&context=faculty_sholarship> accesso del 21 agosto 2015.

[49] Si veda: Executive Order 13519-Establishment of the Financial Fraud Enforcement Task Force, http:// <www.whitehouse.gov/the-press-office/executive-order-financial-fraud-enforce-

File riservato ad esclusivo fine di studio

confronti delle persone giuridiche straniere, con cui il DOJ/Attorney General concludono per lo più accordi (NPAs o DPAs) o giungono a un'applicazione della pena su richiesta delle parti. L'organo di controllo americano ha preso senza alcun dubbio la guida nell'applicazione della normativa per quanto riguarda i reati economico-finanziari nell'area della finanza (reati bancari, manipolazione del Libor/Euribor, manipolazione della valuta), le operazioni di riciclaggio di denaro, le violazioni di embargo contro gli Stati, la corruzione transnazionale per la stipula di contratti, *etc.* Nel fare ciò, non ha limitato la propria giurisdizione per il compimento di indagini e l'avvio di processi ai soli casi in cui gli attori principali fossero persone giuridiche americane ovvero ai casi in cui la condotta principale o il danno maggiore si sia verificato negli USA. In molti casi, la competenza nei confronti di persone giuridiche straniere è stata riconosciuta esclusivamente per il flusso monetario di dollari americani o per transazioni finanziarie avvenute mediante banche americane. In realtà, la competenza penale americana è funzionalmente connessa alla portata mondiale della finanza, che è di gran lunga in dollari americani e gestita con le stanze di compensazione.

L'interpretazione estensiva della competenza territoriale funzionale, fondata sulla teoria degli effetti, è stata qualificata da molti come un lungo braccio della giurisdizione extra-territoriale. Fondandosi sul potere di mercato, i.e. l'accesso al mercato americano, i regolatori americani con un'applicazione estesa della normativa impongono alle persone giuridiche sospette, citate in giudizio, obblighi di cooperazione (produzione di ordini di informazioni e prove) e avvertono che possono perdere l'accesso al mercato americano. I regolatori americani spesso qualificano ciò come uno dei rischi del commercio su scala universale. Se si opera a livello mondiale, si rischia di essere assoggettati a molteplici giurisdizioni, tuttavia, essi aggiungono che le autorità delle nazioni industrializzate cooperano e prendono in considerazione il danno inflitto alle proprie giurisdizioni. In altre parole, i colpevoli e le vittime dovrebbero fidarsi delle autorità dotate del potere legislativo e esecutivo. Anche se ciò fosse vero, e cioè che alcune attività di questo quadro regolamentare americano sono esercitate con un'assistenza *ad hoc* degli enti di controllo nei paesi europei, le indagini sono chiaramente guidate dagli USA con l'obiettivo di massimizzare gli interessi finanziari americani. In molti casi, le Autorità giudiziarie europee, competenti per i procedimenti penali, non sembrano essere coinvolte.

4.3. Punto di vista della Comunità internazionale

La comunità internazionale si è adoperata nel fissare *standards* e nel legiferare in alcuni specifici settori, come ad esempio la criminalità organizzata

ment-task-force> accesso del 21 agosto 2015. Per una valutazione critica dei risultati di questa politica, si veda: Borden & Reiss, 2013.

File riservato ad esclusivo fine di studio

transazionale[50], la corruzione[51], il riciclaggio di denaro[52], *etc.*

Molti di questi accordi e convenzioni internazionali contengono obblighi di ampia portata riguardanti il diritto penale sostanziale e in alcuni casi anche la procedura penale. Nonostante essi contengano anche obblighi per attribuire la giurisdizione e per garantire una reciproca assistenza giudiziaria, non contengono procedure volte a stabilire quali siano le priorità nella ripartizione dei casi per le indagini e i processi. Malgrado alcune convenzioni contengano chiare previsioni su squadre investigative comuni, non si occupano della prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizioni.

Per quanto concerne il sistema bancario mondiale, è stato sviluppato il meccanismo di coordinamento regolamentare del Comitato di Basilea sulla vigilanza finanziaria, basato sui concetti di mutuo riconoscimento e reciprocità, anche con l'obiettivo di ridurre il peso normativo gravante sulle istituzioni creditizie. Il meccanismo di supervisione, almeno quello più recente di Basilea III[53], non si estende, tuttavia, ai regimi di applicazione della normativa in caso di violazioni. Rimane un meccanismo globale di regolamentazione e controllo prudenziale[54].

5. Soluzioni

Come abbiamo visto, gli Stati stanno affermando il potere regolamentare extra-territoriale ora più che mai. La globalizzazione e la digitalizzazione creano un bisogno urgente di rimodellare la normativa sulla giurisdizione. Il crescente fenomeno dell'extra-territorialità e l'ammontare crescente di sovrapposizioni giurisdizionali, che inevitabilmente ne derivano, pongono nuove e urgenti richieste da parte di tutti i soggetti, siano essi Stati, autorità, autori di reati e vittime. Le richieste riguardano *deficit* di controllo e impunità, sovrapposizione di indagini e processi, mancanza di un'efficace applicazione delle leggi, oltre che il mancato rispetto del principio di legalità in situazioni transnazionali. Credere nella cooperazione esecutiva che porterà ad un esito giusto ed equo per tutte le parti è una vera chimera.

Soluzioni possono trovarsi lungo due linee. La prima linea consiste nel ride-

[50] United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC), 15 novembre 2000 <http://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/#Fulltext> accesso del 21 agosto 2015.
[51] United Nations Convention against Corruption (UNCAC), 4 dicembre 2000 <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf> accesso del 21 agosto 2015.
[52] 40 Recommendations of FATF <http://www.fatf-gafi.org/ media/fatf/documents/FATF%20Standards%20-%2040%20Recommendations%20rc.pdf> accesso del 21 agosto 2015.
[53] <http://www.bis.org/bcbs/basel3.htm> accesso del 21 agosto 2015.
[54] Si veda anche: <https://www.pwc.com/en_US/us/financial-services/regulatory-services/publications/assets/pwc-basel-iii-capital-market-risk-final-rule.pdf> accesso del 21 agosto 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

finire i concetti di autorità, potere e territorio. Ai sensi delle teorie di giurisdizione universale, una ri-concettualizzazione del territorio sovrano da intendere quale territorio funzionale. Nei sistemi multilaterali la cooperazione dovrebbe essere fondata su nuovi concetti di autorità, potere e territorio, come qualificati dalla giurisdizione ragionevolmente esercitata[55]. La scelta di giurisdizione condiziona diversi fattori, che sono stati individuati già nel 1950 da Robert Leflar[56]. Egli si riferiva: (a) alla prevedibilità dei risultati, (b) al mantenimento dell'ordine interstatale o internazionale, (c) alla semplificazione del lavoro giudiziario, (d) al progresso degli interessi governativi degli Stati, e (d) all'impegno per una migliore legalità.

La seconda linea consiste nel ridefinire la teoria giurisdizionale sulla base dei diritti delle parti invece che degli Stati (sovranità e rispetto reciproco). I responsabili e le vittime si meritano diritti soggettivi e tutele che sanciscano un corretto avvertimento della legge potenzialmente applicabile al momento della condotta e che definiscano prospetticamente le regole giurisdizionali per gli individui, il che significa non retroattivamente. In un interessante articolo[57], Antony J. Colangelo richiama questa legalità territoriale e fonda l'esigenza di un corretto preavviso su (a) un controllo giurisdizionale da parte degli stati sovrani attraverso l'aggregazione di contatti, interessi dello stato che si sono venuti a creare, in modo che la scelta della legge non sia arbitraria né tantomeno sostanzialmente ingiusta e (b) su legittime aspettative delle materie riguardanti il diritto utilizzato per giudicare la loro condotta escludendo così una giurisdizione arbitraria o sostanzialmente ingiusta. Su questa base, Colangelo rifiuta l'applicazione del diritto statunitense alle attività esercitate su scala mondiale dalle persone giuridiche, solamente perché hanno continui e sistematici contatti con gli USA. Ai suoi occhi, la legittimità territoriale dovrebbe fungere da protezione dei diritti soggettivi e da vincolo della certezza del diritto. Gli essere umani e le persone giuridiche necessitano di elementi che identificano la ripartizione giurisdizionale, in modo da poter organizzare le proprie condotte (diritti per la legittimità territoriale).

Gli Stati, quindi, dovrebbero stipulare accordi internazionali in scenari multilaterali ed elaborare procedure: (a) per evitare potenziali conflitti di giurisdizione, (b) che forniscano prevedibili criteri di ripartizione delle giurisdizioni, e (c) per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione. Allo stato attuale, non si prospettano simili iniziative, nemmeno ai livelli di forte integrazione regionale, come l'UE.

[55] Si veda: C. Ryngaert, *The Limits of Substantive International Economic Law: In support of Reasonable Extraterritorial Jurisdiction*, Working Paper 99, Institute for International Law, Faculty of Law, Leuven 2006.
[56] R. Leflar, *The Law of Conflicts of Laws*, The Bobbs-Merrill Company Inc, Indianapolis 1959.
[57] A.J. Colangelo, *Spatial Legality*, in *Northwestern University Law Review*, 69, 107, (1), 2012.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Gli Stati possono anche creare collegamenti tra le agenzie amministrative e istituire gruppi operativi multi-giurisdizionali che operano su schemi comuni in sede di ripartizione dei casi. Un esempio di questa pratica attiene agli accordi tra le Autorità *anti-trust* o garanti della concorrenza. Questi accordi contengono disposizioni sulla possibilità per una parte di richiedere all'altra di adottare misure coercitive (rispetto positivo), e, altresì, sulla possibilità per una parte di tenere in considerazione gli interessi importanti dell'altra nell'esercizio della propria attività (rispetto tradizionale). Ciononostante, questi accordi non tengono conto dei diritti soggettivi delle persone giuridiche coinvolte.

Gli Stati possono anche limitare, in modo unilaterale, il proprio potere legislativo e esecutivo a un nesso ragionevole. Il senatore americano DeConcini presentò – invano – nel 1985 un progetto di legge[58] che indirizzava in tal senso la supremazia extra-territoriale del diritto americano *anti-trust*. Implorò per ottenere una serie di criteri restrittivi fondati sulla «regola giurisdizionale della ragione» piuttosto che un bilanciamento degli interessi americani e stranieri.

Nell'ipotesi in cui gli Stati applichino la propria giurisdizione in modo extra-territoriale, durante le indagini e i processi, dovrebbero assicurare il rispetto degli *standards* e dei diritti umani, che sarebbero garantiti dalle agenzie amministrative (*agent control standard*) qualora non vi fosse una giurisdizione extra-territoriale (*effect control standard*), identificando i diritti umani come gli interessi degli autori di reato e delle vittime, parti di un'equa amministrazione della giustizia e applicazione transnazionale del principio di legalità.

Nel caso tutto questo fallisse, gli Stati e le istituzioni preposte all'integrazione regionale, come l'UE, devono avere la possibilità di attuare statuti che blocchino azioni coercitive straniere extra-territoriali. Questi statuti di blocco possono mirare anche a garantire una *compliance* con le richieste di esecuzione di uno Stato straniero (come gli ordini di mandato per la trasmissione dei documenti), ad esempio le disposizioni che dichiarano non eseguibili le decisioni di corti straniere. Il *Canadian Foreign Extraterritorial Measures Act* del 1984 è un esempio di un tentativo volto a bloccare l'applicazione extra-territoriale della legge statunitense anti-Cuba nei confronti degli enti canadesi. Anche l'*UK Protection of Trading Interests Act* 1980 è un esempio, poiché ha proibito agli enti inglesi di dare la documentazione a un interesse straniero potenzialmente ostile e ha dato alle Corti inglesi il potere di impadronirsi dei beni di ogni Autorità oltremare la quale avesse sequestrato risorse degli enti inglesi. L'*Act* limita inoltre l'esecutività delle decisioni giudiziarie per i molteplici risarcimenti.

Gli statuti di blocco, tuttavia, sono la soluzione estrema. Sono come rimettere il dentifricio dentro il tubetto. Non risolvono i problemi dei soggetti coinvolti. Ragione per cui gli Stati, le istituzioni regionali, come l'UE, e le istituzioni mon-

[58] *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1985.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

diali dovrebbero ripensare alla loro idea di giurisdizione, al fine di evitare sia l'impunità che l'uso concorrente di giurisdizioni, in tal modo le persone fisiche e le persone giuridiche possono aspettarsi un utilizzo ragionevole e prevedibile della giurisdizione in uno scenario transnazionale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Rocco Blaiotta

Giudici, legalità, sicurezza[*]

Venendo in treno leggevo un saggio di Francesco Carrara segnalatomi da un amico che come me ama l'archeologia del diritto penale. In quel saggio Carrara, con il suo stile tra l'ingenuo e il visionario, definiva il diritto penale scienza sublime che ha sottratto il giure punitivo alle mani del boia, ai tratti di corda, al capestro; e ha dato, a partire da Cesare Beccaria, al diritto penale un'impronta di razionalità e di umanità che va preservata ed accresciuta. Ancor prima di Hassemer in quel saggio Carrara sottolineava la dolorosa necessità, ineluttabilità del punire; e tutto ciò che abbiamo ascoltato oggi ce ne dà dolorosa testimonianza. Ma questa scienza sublime non si è fatta in un momento solo, si fa giorno per giorno, in relazione al divenire dell'esperienza; noi siamo qui per attualizzare questo ideale di scienza umanissima, non senza enormi difficoltà.

Anticipo la conclusione che mi viene dalla lettura integrata dei miei appunti e delle cose che ho ascoltato oggi: il diritto penale è scienza multiforme e credo che le stesse categorie generali del diritto penale debbano essere viste all'interno delle diverse fenomenologie criminali. Noi in Corte lo vediamo quotidianamente. Ci occupiamo in IV Sezione dei reati colposi: la colpa nella professionalità medica è una cosa, si va sempre più attestando in via interpretativa verso il canone della colpa grave con una serie di passaggi molto interessanti; nella materia degli infortuni sul lavoro, che è quella di cui sono chiamato ad occuparmi, invece il contesto cambia molto e la colpa trascolora, sbiadisce mentre assume una preponderante rilevanza il ruolo del garante. Dunque, come mi piace dire per semplificare, non esiste la colpa, ma esistono le colpe lette all'interno di ciascun sottosistema, oggetto di una distinta disciplina. Il nostro sottosistema: lo capite dal titolo della mia relazione, ho cercato di portarmi nel metaforico incrocio nel quale il giudice incontra la signora Legalità e la signora Sicurezza.

[*] Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Scenari e tendenze di diritto penale dell'economia» svoltosi a Padova l'8 giugno 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Lo scenario criminologico. Mia figlia, quando ritorno dall'udienza mi dice: «Lascia perdere, non me ne parlare, mi racconti tutte storie che finiscono male»: è una mattanza. Lo dico senza enfasi retorica e senza inflessioni politiche, lo dico con quello spirito umanitario che richiamava Carrara: i lavoratori continuano a entrare nei silos al cui interno sono incrostate poderose tracce di sostanze dannose, continuano a morire schiacciati da masse di zucchero, di farina o di sabbia che si staccano e li soffocano atrocemente; continuano ad entrare in macchinari che improvvisamente si mettono in moto e li trasformano in hamburger. Tanti i microeventi, ma anche e soprattutto molti macroeventi: Marghera, Eternit, Mesotelioma, Amianto, Ilva, Cloruro di vinile *etc*... Macroeventi spesso frutto di accumulazioni; le latenze; i dubbi scientifici. Ho detto, non so se sono stato il primo, che questa materia costituisce veramente il banco di prova delle classiche categorie della causalità, della colpa, che siamo abituati a leggere nei manuali o nei trattati di diritto penale: in questo campo veramente il diritto penale esce dall'astrattezza e si confronta con enormi difficoltà applicative.

E poi, il metodo, le attitudini, la serietà: le Ferrovie Inglesi, come ricordava un giudice in una sentenza che si occupava di amianto, hanno bonificato le loro carrozze dall'asbesto agli inizi degli anni '60; in Italia l'amianto è stato vietato nel 1992, sono passati trent'anni.

Dopo questa miscellanea di riflessioni preliminari, i due interrogativi sui quali la mia scaletta vuole condurvi: il diritto penale è utile ed appropriato in questo campo? È in grado di gestire il giudizio in modo aderente ai principi dell'ordinamento penale? Due enormi interrogativi. Senza dubbio, scrivere le leggi è difficile. Del resto, per tornare al Carrara, era un grandissimo studioso, ma quando nella commissione Zanardelli tentò di dare un contributo, ahimè, non lasciò una traccia ragguardevole della sua straordinaria cultura, della sua affinata sensibilità. C'erano anche ragioni politiche ma, insomma, questo ci indica che fare delle buone leggi non è facile e io per primo se dovessi farne una avrei difficoltà. Se ne parlava stamattina all'inizio: fino a un certo punto le nostre leggi sono state fatte in maniera accettabile, ma c'è una ragione storico-politica, perché fino agli anni '90 esistevano dei potenti ed affidabili uffici legislativi che erano organismi tecnici ai quali arrivavano i più qualificati esperti del diritto e che confezionavano testi buoni e comunque aderenti alle indicazioni politiche. Poi per una ragione che non sto qui a investigare, questa struttura tecnica è venuta meno: il Parlamento che fino a un certo momento si interfacciava intensamente con questi organi tecnici si è reso «autonomo» e questo ha fatto perdere tanta competenza.

Dunque il diritto penale appropriato; io direi che il nostro ordinamento ha un testo unico sulla sicurezza del lavoro che è piuttosto pregevole, sia per il suo contenuto analitico, sia per la visione d'insieme che trae spunto dalla consoli-

File riservato ad esclusivo fine di studio

data giurisprudenza e da indicazioni comunitarie. Credo che il sistema nelle sue basi teoriche sia ottimamente fondato: basti pensare al principio cardine dell'analisi del rischio e dell'autonormazione.

Eppure il sistema non funziona bene. Ho la sensazione che, come spesso succede in Italia, tutto finisca per essere burocratizzato: non si fa altro che parlare, lo vediamo nei nostri processi, di documenti, di progetti, di piani, di certificazioni e, ahimè, tutti questi momenti formalizzati non riescono a gestire il problema della sicurezza che, diciamocelo chiaramente, ha un suo costo. Il problema è quello di gestire questa sicurezza, di gestire i costi proprio tecnicamente economici, oltre che, naturalmente, di avere la cultura della sicurezza necessaria per agire vituosamente.

La responsabilità degli enti introdotta in questa materia è un'innovazione ricca di significato, avrebbe potuto essere un'occasione, probabilmente. La prassi ci dice che in realtà, almeno per quello che vedo io finora, tutto questo non ha comportato dei grandi cambiamenti: il legislatore è stato poi davvero particolarmente distratto in questo campo, perché non ha aggiornato il criterio di imputazione dell'interesse o vantaggio con riferimento ai reati colposi, con le conseguenze che tutti voi conoscete. La nostra giurisprudenza, e da ultimo le Sezioni Unite, si è trovata di fronte a un dilemma: o un'interpretazione che cancellasse questa riforma che appariva importante dal punto di vista del legislatore o proponesse un'interpretazione forse un tantino creativa, ma che era la condicio sine qua non per tenere in vita il nuovo istituto. Come sapete ha scelto la seconda strada. Io sono l'estensore della sentenza delle Sezioni Unite che ha dato il crisma a questa interpretazione e quindi se volete crocifiggetemi, ma sappiate che evidentemente l'alternativa era questa.

La responsabilità degli enti. Vi dico sommessamente ciò che penso: mi è capitato di partecipare ad incontri sui documenti relativi ai modelli di organizzazione ai quali partecipavano alti dirigenti di importanti società; ho scorto nei loro occhi degli sguardi sardonici che mi hanno persuaso che questi moduli, questi documenti, non di rado, non sono altro che dei pezzi di carta. Credo che la vera unica garanzia del rispetto della legge sia l'esercizio della vigilanza, non c'è altra strada; la parola vigilanza è la parola chiave della sicurezza, e per tornare alla responsabilità degli enti, l'unico strumento efficace è l'organismo di valutazione dei rischi di cui dovrebbe essere assicurata l'assoluta indipendenza, la assoluta pienezza di poteri. Chi organizza un organismo di vigilanza o in generale un organismo ispettivo per assicurare la legalità o la sicurezza della propria attività vuol dire che ha a cuore sostanziale i problemi; chi imbratta dei pezzi di carta secondo me no.

Tutto questo per rispondere davvero in modo sommario alla prima domanda: sì, il diritto penale è utile, è dolorosamente utile probabilmente; però chiara-

File riservato ad esclusivo fine di studio

mente non risolve il problema della sicurezza, che è affidato evidentemente ad organismi che siano in grado di vigilare, di ispezionare le attività lavorative in un modo non corrotto, non contaminato, perché purtroppo in Italia anche l'attività ispettiva, che come abbiamo detto è il garante di frontiera della sicurezza e della legalità, spesso subisce questa enorme cancrena cella corruzione in grande o in piccolo che sia.

L'altra domanda alla quale pensavo di dare una risposta, ma davvero anche questa sommaria, è: il diritto penale in grado di fare dei processi aderenti ai principi dell'ordinamento penale avendo davanti agli occhi lo scenario drammatico che vi ho raccontato all'inizio? Non è facile, non è facile dal punto di vista emotivo.

Occorre secondo me, lo abbiamo scritto anche nella sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssen-Krupp, una grande professionalità, una grande indipendenza di giudizio, una grande consapevolezza di essere dei professionisti della decisione; e dunque accogliere tutte le sollecitazioni emotive che stanno alle spalle dei nostri atti decisori, ma perseguendo una grande indipendenza intellettuale, una grande razionalità, che poi era la razionalità che lo stesso Carrara in quel mitico saggio ci invitava a utilizzare. Penso che questa indipendenza di giudizio, in qualche caso anche dolorosamente (perché i colleghi di merito spesso ci criticano quando «sottilizziamo») ci deve portare a mantenere nella loro integrità le classiche figure del diritto penale, i classici strumenti che non sono evidentemente pura dogmatica, non sono soltanto delle entità teoriche: sono strumenti che servono per incasellare i fatti dentro le categorie giuridiche che poi portano alla condanna o all'assoluzione; quindi evidentemente sono qualcosa di più di una esercitazione teorica. L'integrità di questi strumenti dev'essere preservata e ci deve scoraggiare dall'utilizzare scorciatoie: Di una scorciatoia abbiamo avuto l'esempio con il caso Eternit, magari un po' più avanti proverò a tornarci, ma quel caso, che ha avuto l'esito che sappiamo e che è stato stigmatizzato dalla I Sezione della Cassazione, costituisce secondo me la risposta giusta, la risposta conforme a principi e indica al giudice di merito il grande pericolo: le scorciatoie, l'utilizzazione furbesca delle categorie giuridiche porta a risultati disastrosi che fanno male in primo luogo alle vittime. Noi abbiamo avuto davanti la sede della Corte di Cassazione le fiaccolate delle vittime che restano talvolta sgomente rispetto a decisioni che trovano il loro approdo naturale in Cassazione, e che hanno la loro scaturigine in scelte che riguardano il momento dell'esercizio dell'azione penale. Ma anche in questo abbiamo scritto nelle nostre sentenze, quindi non invento niente di nuovo.

Il problema è come sono conformate queste categorie giuridiche: hanno sufficiente chiarezza? Hanno sufficiente stabilità? Sono in grado di orientare tutti noi? Sono in grado di uniformare l'attività di giudizio? La Cassazione è un

File riservato ad esclusivo fine di studio

grande vulcano; la IV Sezione che si occupa di reati colposi è un grande vulcano con dentro tante correnti di pensiero. Ci sono molti giudici di merito che non hanno una visione completa di cos'è la complicata giurisprudenza di legittimità in ordine ai reati colposi; molto spesso noi la ricordiamo a noi stessi, noi stessi stiamo cercando di costruire un database che metta insieme in modo ragionato tutte le nostre sentenze o almeno le più importanti. Trovo estremamente importante tutto questo. Alcune volte mi sembra di essere ambasciatore della IV Sezione, nel senso che tento di spiegare quali sono gli ultimi approdi che spesso neppure noi conosciamo. Alcune volte ci rivolgiamo ai teorici, sperando che ci aiutino a mettere in ordine e soprattutto a divulgare qual è la giurisprudenza della Corte di Cassazione. Ho fatto il giudice di merito per moltissimi anni e quindi negli anni '90 ero alle prese, come giudice di merito, con i problemi del sapere scientifico, il nesso causale, il sapere probabilistico; è stata una stagione quella, a cavallo degli anni 2000, poi sfociata nella sentenza Franzese, estremamente stimolante e se confronto il vuoto che c'era nella giurisprudenza di legittimità in quegli anni con la situazione presente dico che in fondo abbiamo fatto davvero tantissima strada; forse non abbiamo scritto dei trattati di diritto penale, ma abbiamo portato – secondo me – molta chiarezza, molta stabilizzazione, molta standardizzazione e soprattutto molti contenuti in un ambito nel quale la stessa IV Sezione ragionava di elaborazioni e generalizzazioni probabilistiche in un modo estremamente confuso. La dottrina ci ha spesso dato una mano. È stato ricordato – e come non ricordarlo – in esordio Federico Stella, ma – come abbiamo detto – anche i grandi alcune volte sbagliano, e questo dovrebbe indurci tutti a una grande umiltà. Penso a quel nodo di pensiero altamente contrastato che ad un certo punto condusse alle Sezioni Unite a proposito dell'utilizzazione delle leggi probabilistiche. E si può dire ciò che si vuole della sentenza Franzese, ma da questo punto di vista ha fornito una chiarificazione che costituisce ancora un punto fermo e che è molto importante proprio nella materia della sicurezza sul lavoro e delle esposizioni lavorative. Sappiamo che anche le generalizzazioni probabilistiche sono sicuramente utilizzabili nell'ambito del ragionamento causale; e sappiamo che l'epidemiologia è anch'essa una scienza molto importante, perché essa offre, naturalmente quando è scienza, quando adotta le metodologie appropriate, informazioni generalizzanti sulla causalità generale, che evidentemente ci mostrano dei nessi tipici che costituiscono delle ipotesi da utilizzare nell'ambito dei giudizi causali singoli. Questo aspetto è stato, secondo me, ormai chiarito e scolpito dalla Cassazione in modo – e lo rivendico – originale, perché ha messo in evidenza, cosa che la dottrina non aveva mai fatto, la differenza tra ragionamento esplicativo e ragionamento predittivo. Il ragionamento esplicativo è quello della causalità commissiva, utilizza tranquillamente, regolarmente le leggi probabilistiche, affronta e risolve il problema della probabilità delle cau-

File riservato ad esclusivo fine di studio

se; nel ragionamento esplicativo, nelle esposizioni professionali noi dobbiamo capire quali sono le possibili cause di un evento che ha colpito il lavoratore e quando i fattori causali che sono in grado di spiegare questo evento sono diversi, lo strumento concettuale è sempre quello del confronto con le particolarità del caso concreto per capire se ci sono degli elementi dirimenti all'interno delle prove del singolo processo che ci inducono a ritenere con certezza che il fattore causale determinante è proprio quello derivante dall'esposizione lavorativa. Su questo secondo me non ci sono più dubbi, lo vediamo continuamente nella nostra giurisprudenza, poi – per carità – ogni decisione ha una sua storia, non sto certo a difendere le decisioni in materia in maniera categoriale, ma certo il principio è estremamente chiaro e lo vediamo applicato nei nostri drammatici problemi per esposizione all'amianto. Il mesotelioma pleurico è prodotto dall'amianto e da alcune altre contingenze. Per capire se il lavoratore è stato colpito dall'amianto aziendale bisogna escludere gli altri fattori causali, è una cosa non proprio facilissima in alcuni casi, ma la strada evidentemente è questa; poi, certo, qualcuno ritiene che sia una prova troppo difficile e allora si inventa degli escamotage che però, abbiamo visto, non funzionano.

Il giudizio predittivo è completamente diverso da quello esplicativo. Vi è qui un'altra chiarificazione che la Cassazione ha proposto e che mette correttamente in luce, secondo me, le peculiarità della causalità omissiva. Su questo punto la sentenza Franzese è rimasta un po' nel vago, ma la giurisprudenza successiva ha tentato di darle maggiore concretezza. Anche qui sono le particolarità del caso concreto che possono condurre alla famosa certezza processuale, alla famosa probabilità logica; su questo punto le Sezioni Unite Thyssen-Krupp hanno chiarito che dietro la causalità omissiva spesso c'è retorica, spesso ci sono parole vuote; la verità è che dimostrare il nesso causale nell'ambito della causalità omissiva è molto difficile e i giudici si confrontano con valutazioni che secondo me rimangono spesso ineluttabilmente probabilistiche. La parola chiave «probabilità logica» è stata un po' equivocata, consapevolmente o inconsapevolmente rimodellata: è stata trasformata in qualcosa a metà strada tra probabilità logica e probabilità statistica. Di fatto siamo in una situazione non molto diversa da quella che c'era prima delle Sezioni Unite. Rispetto ad allora, se non altro, c'è la consapevolezza del problema che ci troviamo davanti. Il principio è che le contingenze del caso concreto ci devono indurre ad affermare con umana certezza che la vittima si sarebbe salvata per effetto di condotte appropriate. Il principio è scolpito. Certo, le sue applicazioni evidentemente sono nelle mani degli uomini.

Il sapere scientifico, il giudice *peritus peritorum*. Io credo, penso che la sentenza Cozzini in materia di amianto abbia fornito delle risposte chiare, severe, oso dire anche originali. Abbiamo tentato di spiegare che il giudice è *peritus*

File riservato ad esclusivo fine di studio

peritorum non perché ne sa più dei periti, ma perché fa due cose: la prima è che individua correttamente il perito come una persona di estrema competenza, la seconda è che spiega al perito che i giudici non si attendono da lui le sue pur pregevoli individuali valutazioni, ma le informazioni sul sapere scientifico accreditato; sulle risposte, sulle informazioni che il sapere scientifico qualificato è in grado di dare all'interno del processo. Abbiamo detto ai giudici di merito che non devono chiedere ai periti se c'è la causalità, non devono chiedere se c'è la colpa, non perché la domanda sia illecita, ma perché il perito non è in grado nella stragrande maggioranza dei casi di manipolare i sofisticati strumenti giuridici che noi conosciamo. Il giudice deve chiedere al perito tutte le informazioni scientifiche pertinenti, questo è essere peritus peritorum. Soprattutto essere il *peritus peritorum* significa prendere il sapere scientifico, inserirlo nel processo e spiegare gli eventi, semplificarli, metabolizzarli e scrivere una sentenza nella quale questo sapere è liberato della sua astrattezza e complessità e aiuta a capire chiunque voglia leggere. Il sapere scientifico dev'essere umanizzato, semplificato, dev'essere al servizio di chiunque, anche non esperto, voglia capire. Dunque anche su questo secondo me la Cassazione ha fatto chiarificazioni; spesso non lo sa, ma lo ha fatto.

La colpa; le colpe. Nell'ambito della sicurezza sul lavoro abbiamo l'art. 2087 c.c. e poi abbiamo alcuni miliardi di regole cautelari autonormate o normate, contenute nel testo unico e nelle leggi complementari. Ci diciamo, nelle nostre camere di consiglio, che trovare un garante che non abbia violato una qualche cautela è veramente, non dico impossibile, ma molto difficile. Ci sono delle sentenze nelle quali noi abbiamo annullato senza rinvio, perché era stata individuata la posizione di garanzia, ma non era stata per niente individuata la colpa; quindi non si può ritenere che del problema della colpa nel nostro campo applicativo non vi sia qualche consapevolezza. Però sappiamo anche che di fronte ad istanze di tutela così coinvolgenti come quelle di cui ci occupiamo, si deve fare tutto quello che è umanamente possibile per evitare quela che oggi mi è venuto in mente di chiamare mattanza, che effettivamente ha a che fare con la vita di molti uomini. Fare qualcosa. Di cose da fare ce ne sono tante, le cautele sono davvero infinite. In breve, semplificando al massimo: in questo campo la colpa è severa, non ce lo possiamo nascondere. Qual è lo strumento di decompressione, di umanizzazione? Lo strumento di decompressione è la posizione di garanzia. Qui la Cassazione ha cambiato il paradigma: la causalità umana di Francesco Antolisei che è stata riportata per cinquant'anni dalla giurisprudenza di legittimità non esiste più. La Cassazione ha introdotto il concetto di garante come gestore del rischio e l'idea che l'art. 41 cpv. c.p. individua delle situazioni non eccezionali, non imprevedibili. Io sono il modesto autore di uno studio ormai lontano che ha analizzato tutte le sentenze, le non molte sentenze

File riservato ad esclusivo fine di studio

di legittimità che avevano ritenuto l'interruzione del nesso causale. In tutte le sentenze i fattori sopravvenuti non erano per niente eccezionali, semplicemente introducevano un rischio o diverso o completamente esorbitante. Ed il concetto quindi di interruzione come creazione di un rischio nuovo ed esorbitante costituisce un approdo che, partendo da quel mio modesto studio, arriva alle Sezioni Unite e costituisce lo stato dell'arte in questa materia. Qual è l'utilità di questo strumento concettuale? È che se il garante è il reale gestore di un rischio, questo strumento operante già sul piano dell'imputazione oggettiva ci evita il tremendo dramma di processi che vedono un numero esorbitante di imputati, tutte le possibili figure dal datore di lavoro, tutti gli amministratori, tutti i dirigenti, tutti i preposti, il responsabile della sicurezza, tutti dentro un enorme grande calderone. Noi nella nostra sentenza Thyssen-Krupp abbiamo detto che occorre individuare qual è il livello in verticale nel quale si è riscontrato il rischio che ha condotto all'evento; quindi capire l'evento, qual è il rischio che si è concretizzato, quali erano le figure che gestivano quel rischio. La connessione tra rischio, gestore del rischio e individuazione della persona eventualmente chiamata a rispondere costituisce, secondo me, uno strumento formidabile per limitare il numero degli imputati e quindi anche il numero dei condannati, per non sparare nel mucchio. Tra l'altro il T.U. a proposito del documento sulla sicurezza prevede espressamente che non solo siano individuati gli strumenti al servizio della sicurezza, ma anche le persone fisiche che sono chiamate a gestirli: è una norma del testo unico che quasi tutti dimenticano. Se fosse correttamente applicata la polizia giudiziaria che va in azienda dopo l'evento, andando a leggere il documento sulla sicurezza dovrebbe quasi automaticamente individuare quali sono le figure chiamate a gestire quello specifico rischio. Quindi verifica in verticale e verifica anche in orizzontale, nel senso di capire qual è la tipologia di rischio; capire qual è la figura dell'organizzazione aziendale che è chiamata a gestirlo.

Vi faccio, infine, dei miseri flash: colpa e leggi scientifiche. Anche qui abbiamo detto cose non trascurabili: il sapere scientifico è uno strumento di legalità al servizio della determinatezza della colpa. La colpa è per sua natura vaga; il sapere scientifico le dà concretezza e legalità. C'è un campo molto controverso, quello delle sostanze che hanno una forte e generica lesività. Spesso al momento della condotta si sapeva che quel prodotto era lesivo, ma non si sapeva che lo era in quella determinata direzione. Sappiamo le materie in cui questo enorme problema è venuto in evidenza (asbesto, clorulo di vinile, ad esempio). Devo dire che questa materia forse è l'unica nella quale esiste ancora qualche incertezza; sono fiducioso che nella prossima giurisprudenza si trovi una soluzione equilibrata. Io penso che si debba avere riguardo alla verificazione di eventi dello stesso genere, dello stesso livello di gravità; e si debba guardare all'identità delle cautele che siano idonee a governare i diversi rischi. Forse se riusciremo a

File riservato ad esclusivo fine di studio

tenerci su una linea di questo genere si potrà trovare una soluzione abbastanza equilibrata. Spero che questo un giorno o l'altro la possiate trovare scritto in qualche nostra sentenza.

Precauzione: il principio di precauzione applicato alla causalità è un abominio ovviamente; il principio di precauzione applicato alla colpa secondo me introduce un equivoco, perché precauzione applicata alla colpa significa capire qual è il livello di diligenza richiesto alla gente, tutto qui. Quindi se sostituiamo al termine precauzione l'interrogativo «qual è lo standard al quale l'agente è tenuta in relazione a diverse situazioni rischiose, a diversi contesti di rischio?», anche qui la risposta è probabilmente modulata in rapporto al rischio che si deve governare, al sapere scientifico, agli strumenti disponibili. Però direi che il termine precauzione non è dirimente.

Il futuro per quanto riguarda i nostri grandi eventi, i disastri, è l'art. 452 *quater* che si sovrappone all'art. 434, all'interpretazione che la giurisprudenza ne ha dato con riferimento al concetto di disastro innominato, una figura molto discussa. Non credo che l'art. 452, a proposito delle difficoltà di legiferare, sia una risposta molto valida. La sua lettura non appaga per la vaghezza e soprattutto per la mancata comprensione di come si verifica il disastro sanitario-ambientale, perché nel 452 *quater* c'è il disastro ambientale, ma c'è anche quello sanitario, quello che coinvolge l'uomo, la salute, la vita degli uomini. Questa fattispecie, secondo me, non è molto ben scritta e soprattutto non coglie il problema, cioè che i disastri ambientali nella stragrande maggioranza dei casi non sono frutto di un evento dirompente, istantaneo, ma di microlesioni che si sovrappongono ad opera di molte persone. Il diritto penale dovrebbe scoraggiare queste microlesioni non solo con violazioni di pericolo a monte ma forse anche collegando meglio questi microeventi con il macroevento. Si tratta però di un aspetto che il legislatore non ha per niente colto e quindi temo che questa innovazione non sia al momento in grado di produrre risultati importanti.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Sergio Seminara

I reati societari: bilanci e prospettive

1. I due poli della relazione assegnatami presentano un singolare equilibrio, giacché un bilancio dei reati societari risulta allo stato attuale pressoché fallimentare, mentre le loro prospettive appaiono sul piano legislativo inesistenti. A tale situazione corrisponde peraltro un profondo squilibrio interno ai reati societari: la legge 27 maggio 2015, n. 69, ha riformulato i reati di false comunicazioni sociali provvedendo anche a un loro deciso inasprimento sanzionatorio, lasciando però inalterate le miti cornici edittali che caratterizzano la quasi totalità degli altri illeciti.

2. Come osservava nella sua approfondita relazione il dott. Orsi, oggi il diritto penale commerciale è soprattutto il diritto penale fallimentare.

Tale rilievo attiene ovviamente al piano della patologia, poiché – rispetto al diritto penale del fallimento, che interviene dopo la fine della vita dell'impresa, quando vengano accertate condotte dannose nei confronti dei creditori – il diritto penale societario è chiamato a operare, sul versante sia dissuasivo che repressivo, durante tutta la vita dell'impresa stessa, al fine di prevenire pure le condotte dannose poi destinate ad assumere rilievo nei paradigmi della bancarotta. La maggiore ampiezza operativa del diritto penale societario emerge anche sul piano dei destinatari della tutela, giacché la disciplina della correttezza della gestione societaria, e dunque la legalità dell'operato degli amministratori, acquistano rilevanza in rapporto a tutti i soggetti coinvolti nelle sorti dell'ente come pure a quelli solo potenzialmente interessati.

I reati societari dunque sono destinati a occupare spazi loro propri, indipendentemente dal fallimento che, quando si verifica, è destinato a fagocitare gli illeciti precedentemente verificatisi. A questo scopo, è necessario però che i reati societari siano in grado di svolgere una funzione preventiva e repressiva: così tuttavia non è, per ragioni sulle quali mi soffermerò tra breve.

File riservato ad esclusivo fine di studio

3. I reati societari si compongono di due categorie: la prima riguarda le false comunicazioni sociali, la seconda riguarda tutto il resto, con poche eccezioni destinato a vivere solo nel codice civile e nelle aule universitarie. Cominciamo dunque a esaminare gli artt. 2621 e 2622 c.c.

Le vicende innescate dalla riforma intervenuta nel 2015 sono note e non v'è bisogno di riferirle per esteso. In questa sede, è sufficiente menzionare l'interpretazione della sentenza Crespi sui «fatti materiali non rispondenti al vero» e la contrapposta soluzione adottata dalle Sezioni unite della Cassazione, che ha sconfessato quell'infelice tentativo di annichilire il senso e la portata delle nuove fattispecie attraverso una ricostruzione del significato delle parole raccordata all'interesse tutelato[1]. Decisione questa che, seppure ampiamente scontata nell'esito, merita comunque di essere ricordata per il limpido accoglimento di un metodo esegetico che parte dal bene giuridico e alla stregua di esso intende il testo normativo.

È da sperare che la questione non venga più riproposta. Qui mi permetto solamente di osservare che le Sezioni Unite hanno aperto un nuovo fronte problematico, nella parte in cui considerano che nell'art. 2621 viene punita l'esposizione di fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero l'omissione di fatti materiali rilevanti, mentre nell'art. 2622 «la rilevanza viene in rilievo solo per la condotta omissiva, essendo, viceversa, comunque sempre penalmente perseguibile – in tal caso – la condotta commissiva (anche se il "fatto" esposto non sia ritenuto "rilevante", trattandosi, evidentemente, di una valutazione eseguita, in astratto, dal legislatore e non demandata al giudice)». L'assunto che contrappone il giudizio concreto sulla rilevanza del falso, postulato dall'art. 2621, alla valutazione astratta tipizzata invece dall'art. 2622 è invero privo di fondamento già alla luce del principio di necessaria offensività del reato.

In riferimento ai reati di false comunicazioni sociali, è infatti evidente che l'irrilevanza del falso, per l'assenza di effetti rispetto al bene dell'informazione societaria e agli interessi dei destinatari di essa, prima ancora di escludere il dolo diretto e quello specifico impedisce di ravvisare la sua materialità e l'idoneità a indurre altri in errore. Breve: pur nella consapevolezza della difficile focalizzazione del concetto di materialità, un'interpretazione volta ad affermare l'indiscriminata punibilità di tutti i falsi all'interno dell'art. 2622 va respinta,

[1] Il primo orientamento è stato inaugurato da Cass., sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774 (in *Giur. it.*, 2015, p. 2208, con nota di D'Alessandro, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1486, con nota di Seminara, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*) e ad esso ha aderito Id., sez. V, 22 febbraio 2016, n. 6916. In favore della contrapposta soluzione si è espressa Cass., sez. V, 12 gennaio 2016, n. 890 (in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 310, con nota di D'Alessandro, *Valutazioni mendaci e false comunicazioni sociali: la Cassazione si ricrede, e fa bene!*), nonché Id., 30 marzo 2016, n. 12793 e nello stesso senso si è poi espressa Cass., Sez. Un., 27 maggio 2016, n. 22474.

File riservato ad esclusivo fine di studio

anche perché determinerebbe un ritorno alla stessa situazione dalla quale era derivata la riforma introdotta nel 2002.

Senza potere indugiare in questa sede sui profili appena evidenziati, va comunque notato che i reati di false comunicazioni sociali sono stati restituiti al ruolo centrale che ad essi compete nel diritto penale societario e che ora trova manifestazione sul piano sanzionatorio: l'art. 2621 prevede da uno a cinque anni di reclusione, l'art. 2622 da tre a otto anni. Si tratta di cornici di pena significativamente più gravi rispetto a quelle previste dalle norme successive, che inducono una generale riflessione sugli assetti sanzionatori dei reati societari e quindi sulle scelte operate dal legislatore in termini di politica criminale.

4. Ai fini di tale riflessione, la tutela penale del capitale sociale assume un valore emblematico: ponendo per un attimo da parte gli artt. 2629 e 2633, che sono posti a protezione dei creditori e prevedono la reclusione da sei mesi a tre anni, tutte le altre fattispecie sono presidiate dalla minaccia della reclusione o dell'arresto fino ad un anno: si tratta di pene talmente irrisorie da escludere una seria protezione degli interessi sottostanti. Più in generale, le cause sopravvenute di non punibilità e la perseguibilità a querela contribuiscono a rendere i relativi fatti praticamente irrilevanti dal punto di vista penale.

Considerando che i reati in esame, nell'esperienza giurisprudenziale, sono destinati ad avere rilevanza solo attraverso l'art. 223 l. fall., si registra un singolare paradosso tra la tutela accordata ai creditori delle società *in bonis* e quella, ben più incisiva, innescata dalla dichiarazione di fallimento, quando però le istanze di protezione preventiva hanno ormai lasciato posto a istanze puramente repressive. Il sistema manifesta dunque una sostanziale indifferenza rispetto a fatti che invece divengono oggetto di una severa sanzione nel contesto fallimentare: come se il rispetto delle regole del gioco venisse seriamente preteso solo quando il «gioco» si è concluso e i danni si sono già realizzati.

Il simbolo dello scadimento della tutela del capitale sociale è rappresentato dall'art. 2627, concernente l'illegale ripartizione degli utili e delle riserve. Per chi ne avesse memoria, nel sistema previgente alla riforma del 2002 si trattava di una fattispecie inserita nell'art. 2621 e punita, al pari delle false comunicazioni sociali, con la reclusione da uno a cinque anni e la multa; mentre però le false comunicazioni sociali sono state restituite alle cornici edittali prima considerate, l'art. 2627 prevede tuttora l'arresto fino ad un anno.

Con gli abusi degli amministratori si apre un nuovo fronte di riflessione, relativo alla gestione della società e al rapporto tra maggioranza e minoranza. Anche qui, tuttavia, il bilancio è davvero modesto.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Sull'art. 2629 *bis*, che rappresenta l'unica norma sopravvenuta rispetto alla riforma del 2002, non è il caso di spendere una sola parola a causa della sua pessima formulazione, cui fa riscontro una totale assenza di precedenti giurisprudenziali. Né varrebbe la pena di soffermarci sull'art. 2625, in tema di impedito controllo, condannato a una pratica inoperatività sia dalla risibile ammenda fino a 10.329 euro prevista dal comma 1, sia dalla formulazione del comma 2 che – con un singolare passaggio dall'illecito amministrativo all'illecito penale – richiede un danno conseguente all'impedito controllo (laddove è chiaro che il pregiudizio si lega piuttosto al fatto che attraverso l'impedito controllo si è voluto occultare) e alla dimostrazione di esso subordina la titolarità del diritto di querela.

La norma di maggiore interesse sarebbe l'art. 2634, sull'infedeltà patrimoniale. Si tratta però di una fattispecie che ha conosciuto sporadiche applicazioni nelle aule giudiziarie in quanto la sua perseguibilità – comunque limitata a fatti commissivi, con esclusione di quelli omissivi – è condizionata a una querela da parte di quella stessa maggioranza che ha nominato gli amministratori e che solitamente è stata favorita dall'abuso da essi commesso.

L'art. 2635 merita commenti impietosi: introdotto nel 2002 e poi modificato nel 2012, è inevitabilmente destinato a una nuova e radicale riforma. La fattispecie si rivela infatti incompatibile con i vincoli, di carattere internazionale e comunitario, relativi all'incriminazione della corruzione privata come reato comune e di mera condotta, in una prospettiva di tutela della concorrenza, con connessa procedibilità di ufficio; l'art. 2635 è invece strutturato come reato proprio di soggetti interni alla società, postula un evento costituito dal danno patrimoniale nei confronti della società ed è procedibile a querela di quest'ultima salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi.

I brevi cenni finora offerti sui reati societari sono sufficienti a fornirne un quadro talmente desolante da rendere inutile – nella prospettiva di un complessivo bilancio – l'esame degli artt. 2631 (omessa convocazione dell'assemblea) e 2636 (illecita influenza sull'assemblea), il primo assistito da una sanzione amministrativa pecuniaria all'evidenza contrastante con l'interesse tutelato e il secondo fonte di gravi problemi interpretativi. La conclusione può essere una sola: gli artt. 2621 e 2622 costituiscono un microsistema all'interno dei reati societari, che per le loro carenze sul piano della tipizzazione, del regime di punibilità e delle sanzioni reclamano incisive riforme.

A spiegare la diversa attenzione riservata dal legislatore agli illeciti di false comunicazioni sociali sta il diffuso convincimento che la loro persecuzione sia indissolubilmente legata alla repressione della corruzione pubblica; non è certo un caso che la riforma degli artt. 2621 e 2622 sia stata introdotta da una legge,

File riservato ad esclusivo fine di studio

la n. 69 del 2015, intitolata «Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio». Pur non potendosi contestare il legame intercorrente tra le false comunicazioni sociali e la corruzione – che è un reato tipico soprattutto dell'impresa –, si tratta però di una visione angusta, in conseguenza della quale un reato è stato concettualmente estrapolato dalla sede sua propria. Se il termine «sistema» vale a designare un complesso ordinato e armonico di norme, destinato a disciplinare una specifica materia, la conclusione è che i reati societari, nel loro insieme, non costituiscono un sistema.

5. Se, alla luce di quanto finora osservato, il bilancio dei reati societari appare sconfortante, allo stesso modo vale per le loro prospettive o, meglio, per la loro assenza di prospettive sul piano legislativo. Nel corso di questa legislatura, tutti i progetti di legge presentati in Parlamento avevano infatti per oggetto i reati di false comunicazioni sociali, con un assoluto disinteresse per gli altri illeciti penali societari[2]. Varata la riforma degli artt. 2621 e 2622, uno stato di immobilismo sembra destinato a caratterizzare la materia.

6. Eppure di un intervento del legislatore, alla luce di quanto prima osservato, vi è assoluta necessità. E, come è evidente, le modifiche dovrebbero avere ad oggetto non solo la formulazione dei precetti ma anche il livello delle sanzioni.

Il problema delle cornici di pena merita un'attenzione maggiore di quanto ne abbia finora ricevuto. Su un piano generale, i reati societari, in quanto ispirati da ragioni di profitto, presentano un elevato grado di razionalità – e solitamente di competenza – nei loro autori, la cui decisione di violare la legge è influenzata dall'utile che può derivarne, dal rischio di incorrere nella sanzione e dalla gravità di quest'ultima: si tratta, in sostanza, di un calcolo fondato sulla comparazione tra costi e benefici, ove tra i costi entra ovviamente non solo la pena minacciata, ma anche la perdita dello *status* e della reputazione.

Rispetto a questa banale constatazione, è noto che i reati societari registrano una bassa persecuzione penale, a causa della difficoltà del loro accertamento e della loro persecuzione in tempi compatibili con il regime della prescrizione. Senza trascurare i problemi di insufficienza della cooperazione internazionale, appare dunque certo che, nella materia in esame, la sanzione penale attualmente svolge un modestissimo effetto generalpreventivo a causa della sua mitezza e dello scarso grado di probabilità della condanna. È opportuno sottolineare che

[2] Sia qui consentito il rinvio al mio *Lo Statuto penale dell'impresa societaria tra presente e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 659 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

un siffatto esito è ulteriormente favorito dall'inadeguata percezione etica del disvalore degli illeciti di cui si discute.

Rispetto al problema in esame, intorno agli anni '80 del secolo passato erano presenti, tra gli studiosi della materia, due movimenti antitetici. Il primo attribuiva alle sanzioni nei confronti della criminalità economica finalità esclusivamente afflittive e generalpreventive: assumendo come presupposto che amministratori, imprenditori ecc. sono soggetti socialmente inseriti, che non necessitano dunque di una rieducazione, alla pena dovrebbero assegnarsi solo funzioni intimidatorie e retributive, destinate a concretizzarsi in pene detentive brevi con l'esclusione di benefici sospensivi o di misure sostitutive[3]. Contemporaneamente, tuttavia, negli Stati Uniti la scuola economica del diritto contestava la razionalità della pena detentiva nei confronti dei medesimi soggetti, alla luce dei costi da essa implicati per lo Stato e dei mancati guadagni utilizzabili a fini risarcitori, facendone derivare il primato della pena pecuniaria[4].

Guardando a quasi mezzo secolo di distanza i contenuti del contrasto appena riferito, entrambe le posizioni appaiono criticabili. La prima perché, allo scopo di negare qualsiasi privilegio ai delinquenti economici, si risolve in una disparità di trattamento in loro danno, attribuendo alla pena uno scopo afflittivo anche nel momento della sua commisurazione giudiziale e così ammettendo trattamenti esclusi per le altre categorie di rei a causa delle loro negative conseguenze sulla personalità. La seconda perché, nella sua visione di costi e benefici, trascura lo specifico penalistico nei suoi contenuti etici e garantistici[5] e trasferisce sul piano sanzionatorio le diseguaglianze sociali, consentendo ai soggetti «solvibili» di risolvere le proprie pendenze penali con transazioni finanziarie e costringendo invece gli altri a consegnare allo Stato la propria libertà personale[6].

Invero, le funzioni della pena, nel loro equilibrio di prevenzione generale e speciale, hanno natura complessivamente unitaria e si rivolgono a un destinatario indifferenziato: la logica del capro espiatorio, evocata dalla prevenzione

[3] Sull'opportunità delle pene detentive brevi K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität 1.*, 1976, p. 73. Più cauta la posizione di F. Bricola, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una « nuova » politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Giuffrè, Milano 1977, p. 407 ss., il quale riconosceva la validità di pene detentive brevi non sostituibili per coloro che, dirigendo il processo produttivo, commettono fatti pericolosi per gli interessi collettivi, ammettendo però la loro sospensione condizionale attraverso un periodo di prova finalizzato all'eliminazione della situazione di pericolo che concretizza l'essenza del reato.

[4] Il rinvio d'obbligo è a G.S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *J. Pol. Econ.*, 1968 (76), p. 169 ss.; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1977², p. 164 ss.

[5] Tra gli altri, si vedano A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, 2010, p. 121 ss.; E. Montani, *"Economic Crimes". Diritto penale ed economia: prove di dialogo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 909 ss.; C.E. Paliero, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1336 ss.; K. Volk, *L'analisi economica del diritto penale*, in *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, a cura di A. Bondi, G. Marra, P. Polidori, Giappichelli, Torino 2010, p. 257 ss.

[6] Tra gli altri P. Martucci, *La criminalità economica*, Laterza, Bari-Roma 2006, p. 130 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

generale, non può valere né per l'imprenditore né per il ladro, così derivandone l'inammissibilità di qualsiasi sanzione stabilita alla stregua non del disvalore del fatto commesso, ma delle caratteristiche tipologiche del reo. Sebbene possa rispondere al vero che, in concreto, la sanzione detentiva nei confronti del «delinquente economico» adempie finalità soprattutto retributive e generalpreventive piuttosto che specialpreventive, solo una nozione erroneamente angusta di prevenzione speciale – intesa come reinserimento sociale e non invece come riappropriazione dei valori etici collettivamente condivisi – induce a escluderla nel settore oggetto del nostro studio.

Stabilita la funzione unitaria della pena, al legislatore spetta dunque di modellarla in ragione del rango del bene giuridico offeso e della gravità della condotta. Rispetto a quest'ultima, non può trascurarsi che i reati societari, per la loro dimensione offensiva incentrata sul patrimonio (ulteriormente aggravata dall'abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri), reclamano una cornice di pena che, alla luce di ovvie esigenze di armonia interne al sistema, va stabilita anche in rapporto ai corrispondenti reati contro il patrimonio, come la truffa e l'appropriazione indebita (artt. 640 e 646 c.p.). Né, a giustificare gli attuali dislivelli, vale la notazione che i reati societari sono frequentemente strutturati nella forma del pericolo, in contrapposizione ai reati patrimoniali costruiti come reati di danno, poiché l'azione penale per i primi ha solitamente avvio solo in seguito alla scoperta del pregiudizio da parte dei soggetti passivi.

Stabilita l'irrinunciabilità della previsione della pena detentiva, occorre però avvertire che il vero problema risiede altrove e, precisamente, nei meccanismi diretti a sospendere o sostituire tale pena, rispettivamente previsti dall'art. 163 c.p. e, per il caso di pena detentiva non superiore a sei mesi, dall'art. 53, l. 24 novembre 1981, n. 689[7]. La sola via per contrastare il vuoto di contenuti del beneficio della sospensione condizionale della pena detentiva, ovvero la conversione di quest'ultima in pena pecuniaria, dovrebbe passare attraverso un recupero delle finalità di prevenzione speciale almeno per i reati più significativi, consistente nell'esclusione dell'operatività del citato art. 53 rispetto alla sostituzione con la pena pecuniaria e, quanto alla sospensione condizionale, nella sua ammissibilità limitata alla pena detentiva e subordinata all'adempimento di obblighi riparativi e risarcitori (analoga previsione dovrebbe introdursi come condizione di ammissibilità del c.d. patteggiamento)[8]. Come si intuisce, il problema ha però carattere generale: ampliando la visuale alle ulteriori misure alternative

[7] Non assumono particolare rilievo qui gli istituti della semidetenzione e libertà controllata (previsti dagli artt. 55 ss., l. n. 689 del 1981), a causa del loro carico comunque afflittivo. Altrettanto dovrebbe ritenersi rispetto all'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p.), legata a un'esiguità del danno o del pericolo ai limiti della inoffensività.

[8] Vengono qui in rilievo le modifiche apportate dalla l. n. 69 del 2015, limitatamente a specifici reati contro la Pubblica Amministrazione, negli artt. 165, co. 4, c.p. e 444, co. 1 *ter*, c.p.p.

File riservato ad esclusivo fine di studio

alla detenzione – si pensi soprattutto all'affidamento in prova al servizio sociale, *ex* art. 47, l. 26 luglio 1975, n. 354 –, emerge un fallimento del sistema penale che travalica ampiamente il settore della criminalità economica.

Spostando l'attenzione sulle sanzioni pecuniarie, le disparità di opinioni in merito alla funzione della pena qui non hanno ragion d'essere: essendo gli illeciti in esame ispirati da motivazioni lucrative altamente razionali, appare comunque indispensabile una pena pecuniaria in grado di disincentivare la commissione del reato proprio laddove il potenziale reo si propone di ritrarre le sue utilità. A questo proposito, ferma l'operatività della confisca del profitto o del prodotto del reato, appare chiara la necessità di una generale ristrutturazione del sistema in favore della sanzione pecuniaria per quote, sul modello del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

7. Sul piano della prevenzione sia generale che speciale, infine, uno spazio rilevante va attribuito alle sanzioni interdittive e inabilitative. Nel vigente sistema, come è noto, queste sanzioni sono qualificate come accessorie e tale loro natura ha indotto il legislatore a prevedere per esse, nell'art. 166 c.p., un'automatica estensione del beneficio della sospensione condizionale della pena principale. È ormai tempo, tuttavia, che tale visione venga superata in base alla natura afflittiva e specialpreventiva di pene accessorie specificamente modellate in funzione dell'abuso di potere o della violazione dei doveri ascrivibile al reo e in grado di essere accostate alla pena detentiva perché, rispetto a quest'ultima – sospendibile condizionalmente –, risultano certo più temibili negli effetti.

Al fine di evitare equivoci, è però opportuno precisare che la pena interdittiva può sostituire la pena detentiva solo per reati di limitata gravità, dovendosi evitare la costituzione di un privilegio in favore di coloro «che possono offrire al rito sacrificale della sanzione penale altri (diversi dalla libertà personale *stricto sensu*) beni o attività»[9]; in ogni diversa situazione in cui lo richiedano i parametri della meritevolezza e della necessità della pena, la sanzione interdittiva deve dunque affiancarsi a quella detentiva o pecuniaria.

Come si vede, la strada che ancora deve percorrere il legislatore italiano, per rendere razionale la lotta nei confronti della delinquenza societaria, è ancora lunga.

[9] Bricola, *Le misure alternative*, cit., p. 372, il quale, rispetto alla generalizzata trasformazione delle pene accessorie in principali, ulteriormente avverte che la pena interdittiva «può alterare un rapporto di eguaglianza nella misura in cui per certi soggetti, che non hanno attività o fonti di reddito alternative, la sanzione può bruciare l'esclusiva attività fonte di reddito».

File riservato ad esclusivo fine di studio

Anna Maria Maugeri

Le tendenze evolutive dell'istituto della confisca contro la criminalità economica nel panorama nazionale ed europeo

Sommario: 1. Premessa. – 2. Tendenze espansive della nozione di profitto: il risparmio. – 2.1. Il denaro come profitto sempre direttamente confiscabile. – 3. La confisca del profitto e del valore equivalente, del prodotto o dello strumento del reato come pena patrimoniale. – 3.1. Altre ipotesi di uso punitivo della confisca degli strumenti del reato. – 3.2. La confisca in materia di lottizzazione abusiva e la giurisprudenza della Corte e.d.u. – 3.2.1. La sentenza della Grande Camera nel caso G.I.E.M. e altri c. Italia. – 4. Dalla criminalità organizzata alla criminalità economica: eterogenesi dei fini. – 4.1. I freni alle tendenze espansive nell'applicazione della confisca di prevenzione. – 5. Cenni sulle tendenze della normativa sovrannazionale. – 6. Ulteriori tendenze espansive della l. n. 161/'17 e del d. lgs. n. 21/2018. – 7. La restituzione del profitto per finalità «riparatorie». – 8. Conclusioni.

1. Premessa

Secondo Foucault sussiste una stretta connessione tra la storia dei sistemi punitivi e l'evoluzione dei sistemi economici[1]. L'istituto della confisca sembra quasi essere una sorta di cartina di tornasole di questa relazione che caratterizza il sistema penale, nel senso che la sua evoluzione è stata determinata in maniera fondamentale dalle finalità economiche delle autorità che amministrano la giustizia. Come ha osservato Beccaria, sin da epoca remota «i delitti degli uomini erano il patrimonio del principe» in quanto con le pene pecuniarie «l'oggetto delle pene era, [...] una lite tra il fisco (l'esattore di queste pene) ed il reo, [...] che dava al fisco altri diritti che quelli somministrati dalla pubblica difesa

[1] M. Foucault, *Sorvegliare e punire – Nascita della prigione*, trad. a cura di A. Tarchetti, Einaudi, Torino 1976.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ed al reo *altri torti* che quelli in cui era caduto, per la necessità dell'esempio». «L'amministrazione della giustizia, lungi dal rappresentare una spesa, significava un'entrata considerevole, sotto forma di *confische* e pene pecuniarie imposte in aggiunta o in sostituzione delle *penances* dovute alla parte offesa»[2].

Nella medesima direzione oggi si assiste a un esasperato ricorso all'istituto della confisca, ispirato dalla convinzione che la confisca, nelle sue varie forme, – il «caleidoscopio» delle confische[3] –, sia non solo l'unica sanzione effettiva in una più generale crisi del sistema punitivo, ma per di più economicamente conveniente in un momento di permanente crisi economica. Si vogliono affidare, però, alla confisca delle istanze che la confisca non può soddisfare e se ne fa un uso, se si vuole parlare di tendenze, ispirato soltanto a un'esigenza di ipereffettività, ampliando a dismisura la nozione di profitto confiscabile, trasformando forme di confisca dello strumento del reato e soprattutto del profitto in vere e proprie pene patrimoniali, nonché utilizzando modelli di confisca introdotti nell'ordinamento italiano nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata, come la confisca di prevenzione, nell'ambito della più generale lotta alla criminalità economica. L'abbassamento dello standard delle garanzie penalistiche in termini di rispetto dei principi di tassatività, presunzione d'innocenza e proporzionalità, che accompagna l'applicazione della confisca senza condanna e che è sempre stato giustificato in considerazione della gravità del fenomeno mafioso, viene trasferito nel più ampio settore della criminalità economica.

Salvo poi che in tutte le epoche emergono anche degli antidoti contro le esasperazioni e gli abusi del potere; in questo momento storico tali antidoti sono rappresentati da certe interpretazioni giurisprudenziali più garantistiche e da taluni interventi del legislatore europeo. Una novità che sta poi emergendo in relazione alla confisca è rappresentata dalla riscoperta di questo istituto in una logica c.d. riparatoria, anzi come afferma Donini postriparatoria[4]; cioè l'idea che la confisca piuttosto che essere utilizzata come strumento vorace possa invece rientrare in una logica in cui lo scopo del sistema punitivo sia quello di risolvere il conflitto sociale rappresentato dal reato, e quindi come una valida alternativa in particolare alla sanzione detentiva.

[2] Cfr. G. Rusche, O. Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*, Columbia University Press, New York 1967, trad. a cura di D. Melossi, M. Pavarini, Il Mulino, Bologna 1978, p. 52. Anzi, in Inghilterra nel periodo *Anglo-Saxon* e a partire dal tredicesimo secolo i tribunali del re condannavano a pene detentive commutabili in pena pecuniaria, proprio al fine di consentire al re di ottenere un lucro dall'amministrazione della giustizia; solo a partire dalla fine del quattordicesimo secolo si sarebbero applicate pene pecuniarie autonome, cfr. J. Bellamy, *Crime and Public Order in England in the Later Middle Ages*, London – Routledge and Kegan Paul, University of Toronto Press, Toronto 1973, p. 191.

[3] Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Lucci in CED Cass., n. 264434.

[4] M.Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, 1162.

File riservato ad esclusivo fine di studio

In generale quello che emerge nel panorama di questo caleidoscopio di cui parla la sentenza Lucci[5] è che quello che dovrebbe essere il conflitto fisiologico del diritto penale, tra l'esigenza dell'efficienza è quella del rispetto delle garanzie individuali, diventa un conflitto patologico in questo settore più che in ogni altro. Sembra che il garantismo liberale e la funzionalità repressiva, quelli che sono i due poli coessenziali in un sistema penale di uno Stato di diritto, che vivono sempre in un equilibrio piuttosto precario, in questo settore non riescano a convivere come se si trattasse di due poli antitetici: come se il rispetto dei principi garantistici si potesse combinare solo con l'inefficienza e viceversa, per garantire l'efficienza bisogna necessariamente sacrificare le garanzie. Addirittura, si può affermare in maniera assolutamente provocatoria, che certe recenti riforme e interpretazioni giurisprudenziali sembrano espressioni di un regime in cui vige la credenza, affermata in un'epoca ormai remota, per cui il reato corrompe il sangue dell'imputato e che quindi bisogna impedire con la confisca che i figli ereditino da questo imputato[6].

2. Tendenze espansive della nozione di profitto: il risparmio

La tendenza espansiva della confisca del profitto emerge, innanzitutto, attraverso la dilatazione della nozione di profitto confiscabile, che finisce per ricomprendere in certe interpretazioni giurisprudenziali i beni di valore corrispondente al danno risarcibile, a risparmi di spese non determinabili, a vantaggi futuri, o addirittura si applica la confisca del profitto a reati che non hanno prodotto alcun beneficio aggiunto di tipo patrimoniale nel caso di specie (ad esempio in materia di falso in bilancio)[7]; emblematica in tale direzione la recente interpretazione che considera sempre la confisca del denaro come confisca diretta e che fa rientrare nella nozione di profitto direttamente confiscabile anche il risparmio di spesa.

In quest'ultima direzione si deve ricordare che in giurisprudenza non sono mancate sentenze che hanno riconosciuto la confiscabilità diretta dei risparmi di spesa[8], affermando, ad esempio, che il profitto può consistere nella riduzione dei

[5] Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Lucci, cit.

[6] M.Q. Giffuni, *Civil forfeiture and the Excessive Fines Clause Following Augustin v. United States*, in *Criminal Law Bulletin*, 1995, n. 31, p. 504; L. Johnson, *Purgin the cruel and unusual: the autonomous excessive fines clause and desert-based constitutional limits on forfeiture after United Stetes v. Bajakajian*, in *Univ. of Illinois Law Rew.*, 2000, p. 465.

[7] In materia sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, p. 669 ss.

[8] Cfr. Cass., 7 novembre 1991, Cerciello, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Truffa*, n. 8, p. 3481.

File riservato ad esclusivo fine di studio

costi aziendali in un caso di illecita gestione dei rifiuti[9]. Le Sezioni Unite hanno consacrato un simile orientamento con la sentenza Gubert, n. 10561/2014, che oltre ad accogliere una nozione molto ampia di profitto[10], ricomprendendo anche le utilità indirette, ritiene che anche il denaro sottratto alla tassazione, nella misura dell'imposta evasa, rientra nella nozione di profitto confiscabile, che in quanto bene fungibile può essere sottratto al reo con la confisca diretta *ex* art. 240 c.p. o 322 *ter* c.p. dato che la «confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta»[11].

Tale orientamento è ribadito dalle Sezioni Unite nella successiva sentenza Thyssenkrupp Sez. Un. 2014 «con riguardo ad una condotta che reca la violazione di una disciplina prevenzionistica, posta in essere per corrispondere ad istanze aziendali»[12]. L'aspetto più preoccupante è anche determinato dal fatto

[9] Corte App. Palermo, sez. IV, 4 marzo 2011, n. 889, in cui si afferma che il carattere abusivo dell'attività organizzata di gestione dei rifiuti, idoneo ad integrare il delitto di cui all'art. 53 *bis* del d. lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, ora art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006, si riferisce anche a quelle attività che, per le loro concrete modalità, risultino totalmente difformi da quanto autorizzato (Cass., sez. III, 20 novembre 2007, n. 358); Cass., sez. IV, 2 luglio 2007, in Mass. uff. 236007 in relazione alla gestione abusiva di ingenti quantitativi di rifiuti in cui il profitto viene individuato anche nella semplice riduzione dei costi aziendali.

[10] Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561, Gubert., in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 marzo 2014: «il suddetto sequestro, deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa»; Cass., sez. III, 16 settembre 2014, n. 37846; Cass., sez. III, 9 maggio 2012, n. 38740, Sgarbi, rv. 254795.

[11] Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert., cit.; conforme Cass., sez. III, 13 luglio 2016, n. 43561; cfr. Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale,* cit., p. 716 ss.; F. Mucciarelli, C.E. Paliero, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 4, p. 246 ss. Emblematica è in materia la vicenda giurisprudenziale riguardante i reati tributari. Ad avviso di un primo orientamento della giurisprudenza, sia la confisca facoltativa sia quella obbligatoria non sarebbero applicabili alla generalità dei reati tributari, in quanto il profitto consistente nel risparmio dell'imposta dovuta non si adatterebbe al concetto di «provenienza da reato», dal momento che coincide con beni già presenti nel patrimonio del reo (Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, *Il fisco,* 2004, n. 43, p. 7355; D. Potetti, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, p. 597). Tanto è vero che è stata introdotta in materia la confisca per equivalente (art. 1, co. 143, della l. n. 244/2007) al fine di consentire l'ablazione del profitto coincidente con l'imposta evasa; in questo caso la confisca per equivalente non fungerebbe da meccanismo sussidiario della confisca diretta, ma rappresenterebbe una forma di confisca «principale» del profitto risparmio (Cass., sez. IV, 15/4567; Cass., Sez. Un., 13/18374, Adami e altro; Cass., sez. III, 13/32799; Cass., sez. VI, 12/11029). Da ultimo, però, come esaminato proprio in relazione ai reati tributari le Sezioni Unite hanno fatto rientrare nella nozione di profitto confiscabile con la confisca diretta (di proprietà) *ex* art. 240 c.p. o 322 *ter* c.p. anche il risparmio integrato dal tributo non pagato (Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert., cit.), perché la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta.

[12] Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014 n. 38343: «l'idea di profitto si collega con naturalezza ad una situazione in cui l'ente trae da tale violazione un vantaggio che si concreta, tipicamente, nella

File riservato ad esclusivo fine di studio

che quest'ultima sentenza riconosce la confiscabilità del profitto risparmio non rispetto a un reato tributario, – in cui si può applicare la normativa di settore per calcolare l'ammontare del risparmio rappresentato dall'imposta evasa –, ma rispetto a un reato in materia di sicurezza sul lavoro, che come nel settore della tutela dell'ambiente, pone il problema fondamentale della difficoltà di calcolo di un simile profitto, che finirebbe per essere affidato all'arbitrio giudiziario[13].

E sempre accogliendo tale nozione di profitto ricomprensivo del risparmio di spesa (anche se in base ad un orientamento più restrittivo che richiede un più pregnante nesso causale, in via immediata e diretta, tra il profitto e il reato), le Sezioni Unite hanno addirittura sancito la possibilità di applicare la confisca obbligatoria diretta in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione[14].

In queste sentenze si utilizza il condivisibile orientamento giurisprudenziale in base al quale la confisca del denaro rimane diretta anche quando non sia possibile la sottrazione dell'eadem res direttamente derivante dal reato (il denaro oggetto della rapina) ma di un ammontare equivalente (denaro depositato in banca nel conto del rapinatore), trattandosi di un bene fungibile[15], per trarne la conseguenza, con un evidente salto logico, che anche il risparmio di spesa rientra nella nozione di profitto del reato direttamente confiscabile, dimenti-

mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare, o nello svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto. Qui si concreta il vantaggio che costituisce il nucleo essenziale dell'idea normativa di profitto. Dunque non erra per nulla la Corte di merito quando individua il profitto, come minimo, *nel risparmio di spesa inerente all'impianto di spegnimento*».

[13] Cfr. A.M. Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari: ulteriore espressione di voracità statuale o utile strumento di politica criminale?,* in *Punire l'autoriciclaggio Come, quando e perché*, a cura di E. Mezzetti, D. Piva, Giappichelli, Torino 2016, p. 113 ss.

[14] Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Lucci, cit.: «a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio». Cfr. M. Panzarasa, *Confisca senza condanna? Uno studio* de lege lata *e* de iure condendo *sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, pp. 1672-1701; V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2015.

[15] Cass., 14 giugno 2007 – 30 luglio 2007, n. 30966, Puliga, rv. 236984, che «nello stabilire che, quando il profitto del reato di concussione sia costituito da danaro, è legittimamente operato in base alla prima parte dell'articolo 322 *ter* comma I c.p. il sequestro preventivo di disponibilità di conto corrente dell'imputato, ha chiarito in motivazione che in casi siffatti non si tratta di confisca per equivalente, ma di una ipotesi di confisca in forma specifica»; Cass., sez. VI, n. 23773/2003, Madaffari, rv. 225727: ed ancora che «è pertanto ammissibile il sequestro preventivo, *ex* art. 321 c.p.p., qualora sussistano indizi per i quali il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di nascondere con il più semplice degli artifizi»; Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951: «La fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impone che il sequestro debba necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì la somma corrispondente al loro valore nominale»; Cass., sez. VI, 1 febbraio 1995, n. 4289.

File riservato ad esclusivo fine di studio

cando la differenza fondamentale tra le due ipotesi in questione: nel caso della confisca diretta del denaro si è avuto comunque un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, avente una sua esternalità e causalmente connesso al reato, mentre nel caso di confisca del profitto risparmio manca il beneficio aggiunto di tipo patrimoniale in questione e il patrimonio dell'evasore rimane invariato in seguito al reato[16].

Tale orientamento, ormai prevalente, inoltre, si pone in contrasto con il più risalente orientamento che nega che il risparmio di spesa rappresenti il profitto direttamente confiscabile perché non rappresenta un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale e, in ogni caso, la sua determinazione sarebbe affidata all'arbitrio giudiziario. In tale direzione la Suprema Corte a Sezioni unite nel caso Fisia nega che il profitto risparmio sia direttamente confiscabile perché manca il nesso causale tra la condotta illecita e il profitto, che era già presente nel patrimonio del soggetto; si può individuare nel «risparmio di spesa» il profitto solo se si realizza un ricavato comunque introitato, che non venga decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere, un risultato economico positivo concretamente determinato dalla contestata condotta[17]. Si osserva nel caso Italease che il profitto, per essere tipico, deve corrispondere ad un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario ingenerato dal reato attraverso la creazione, la trasformazione o l'acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica[18]. O ancora nel caso Riva, in materia di reati ambientali, non solo si accoglie la posizione della sentenza Fisia ma si precisa che è il rispetto dello stesso principio di tassatività delle sanzioni (*ex* d. lgs. n. 231 del 2001, artt. 2 e 9) ad escludere, in assenza di un introito effettivo, la possibilità di assoggettare allo strumento della confisca il valore di costi illegittimamente non sostenuti dall'ente collettivo per effetto della mancata adozione di misure preventive, espressamente prescritte dalla legge negli specifici settori di riferimento (nel caso di specie dalla normativa in materia di tutela ambientale), la

[16] Così Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti* tributari, cit., p. 126. Cfr. Mucciarelli, Paliero, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, op. cit., pp. 11-12, i quali nel muovere critiche simili alla sentenza Gubert, sembrano andare oltre nel senso di pretendere che in virtù del requisito della pertinenzialità la confisca diretta del denaro sia limitata all'*eadem res*. Cfr. Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, cit., p. 716 ss.

[17] Cass., Sez. Un., 08/26654; Cass., 7 novembre 1991, Cerciello, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Truffa*, n. 8, c. 3481; G.I.P. Trib. Milano, ord. 27 aprile 2004, Siemens AG, in *www.foroitaliano.it*, 2004, vol. II, p. 434, in cui si afferma che il profitto dell'attività corruttrice non è costituito solo da componenti materiali ma anche nell'altissimo valore del monopolio raggiunto a discapito dei concorrenti, monopolio destinato a proiettarsi nel tempo con ingenti profitti. Tra gli altri V. Mongillo, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2332; M. Pelissero, *Commento – L. 29-09-2000, n. 300*, in *Leg. Pen.*, 2001, p. 1027.

[18] Cass., sez. V, 14/10265, Banca Italease S.p.A.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Corte evidenzia che nel caso dei reati tributari non si tratta di un risparmio, ma dell'inadempimento di obblighi prestabiliti, calcolabili sulla scorta di precisi ed oggettivi criteri di quantificazione, e comunque in tale settore il legislatore ha adottato la confisca per equivalente con un'esplicita presa di posizione[19]. Il profitto confiscabile, insomma, deve avere il carattere della: patrimonialità in senso «materiale»; attualità concretizzata attraverso un reale «*income*» reddituale nella sfera economica della persona fisica, autore del reato, ossia un risultato conseguito e positivo, un'utilità ulteriore rispetto a quelle detenute anteriormente all'illecito; connessione causale diretta fra la condotta, cioè l'integrazione del reato-presupposto, e l'evento, inteso come la materializzazione dell'utile e dunque come la conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato[20].

Lo scopo dell'orientamento Gubert è in realtà quello di consentire la confisca diretta del risparmio profitto dei reati tributari anche presso l'ente, che non può essere considerato estraneo al reato perchè beneficiario[21]. Le Sezioni Unite hanno forzato la nozione di profitto per consentire l'applicazione della confisca diretta, dato che si riconosce pacificamente la possibilità di applicare la confisca *ex* art. 240 c.p. o 322 *ter* c.p. alle *persone giuridiche* cui sia pervenuto il profitto del reato consumato dalla persona fisica, sul presupposto che la confisca non sia una sanzione penale ma una misura di sicurezza patrimoniale, applicabile anche nei confronti di soggetti sforniti di capacità penale e, quindi, anche nei confronti delle persone giuridiche laddove abbiano beneficiato del reato[22];

[19] Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, Riva Fire s.p.a.

[20] C.E. Paliero, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Le Società*, 2012, p. 74.

[21] La Corte ha, quindi, considerato non estranea al reato la società, il cui legale rappresentante sia stato condannato o sia indiziato per un reato realizzato nell'interesse dell'impresa, ritenendo che anche la persona giuridica può compiere «attività di concorso o altrimenti connesse, ancorché si tratti di persona non punibile perché priva di responsabilità penale» così Cass., 8 luglio 1991, Capital Finanziaria Italiana, in *Cass. pen.* 1992, p. 3035; o ritenendo che gli stati soggettivi dei loro legali rappresentanti debbano essere imputati, in forza dei principi di rappresentanza, alle persone giuridiche, Cass., 18 novembre 1992, Tappinari, in *Cass. pen.* 1994, 1217. Cfr. Cass., 29 marzo 2001, Mingione, n. 17349; Cass. 11 aprile 2002, Fallimento S.I.T.A. in c.p. Bossi, in *Dir. pen. e proc.* 2003, n. 2, 213; Cass., 3 dicembre 2003, in *Impresa c.p.i.* 2004, p. 315; Cass., 16 gennaio 2004, n. 97, N.G., in *Impresa c.p.i.* 2004, p. 1444; Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, Focarelli, rv. 228163; Cass. 25 luglio 2006, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, n. 35802, Rv. 241376; in tale direzione Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Torino 2004, p. 13 ss.

[22] Si tratterebbe di recuperare un ingiustificato arricchimento in capo alla persona giuridica, nel nome e per conto della quale il singolo, come suo organo, ha commesso il fatto di reato cfr. G. Salcuni, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Cedam, Padova 2010, p. 493; C. Perini, voce *Reati tributari*, in *Dig. pen.*, 2008, p. 943 ss.; D. Potetti, *Sulla compatibilità della confisca tributaria (per equivalente) dei beni sociali con l'art. 27, comma 1, Cost.* (nota a Cass., sez. III, 14 giugno 2012, dep. 4 luglio 2012, n. 25774), in *Cass. pen.*, 2013, p. 314; V. Giovanniello, *Confisca (e sequestro) per equivalente: recenti sviluppi giurisprudenziali e problematiche applicative* (nota a

File riservato ad esclusivo fine di studio

altrimenti tale profitto risparmio non sarebbe stato confiscabile presso l'ente perché da una parte non si potrebbe applicare la confisca di valore, prevista nel settore dei reati tributari, in quanto ha natura punitiva e quindi non applicabile nei confronti di terzi[23] e dall'altra parte non è prevista la responsabilità da reato *ex* d. lgs. n. 231/2001 per gli enti (e quindi non sarà possibile la confisca *ex* art. 19 d. lgs. 231/2001). Tali forzature non sarebbero necessarie laddove non si attribuisse, come sarà evidenziato, natura punitiva alla confisca di valore, che consentirebbe così di recuperare, anche se nella forma equivalente, il profitto risparmio pervenuto all'ente.

Il principio di legalità delle sanzioni[24] imporrebbe, in ogni caso, di stabilire, allora, se nella nozione di profitto direttamente confiscabile rientra anche il risparmio oppure se quest'ultimo possa essere confiscato per equivalente come previsto in altri ordinamenti, – ad esempio attraverso il *Wertersatzverfall* ai sensi

Trib. Brescia, sez. riesame, 5 ottobre 2010, ord.), in *G. mer.*, 2011, p. 2505 ss.

[23] La Suprema Corte ha ammesso l'applicazione della confisca per equivalente nei confronti dell'ente in quanto l'amministratore ha agito nell'interesse dell'ente che ha percepito il profitto; i fatti costituenti reato sono posti in essere dai, e ascrivibili ai, suoi rappresentanti, ossia a coloro che agiscono nell'ambito dei poteri e con le facoltà conferite loro dall'ente stesso (tra le altre Cass. pen., sez. III, 12/17485, Maione; Cass., sez. III, 12/38740, Sgarbi; Cass., sez. III, 11/28731, Soc. Coop. P.R. Burlando S.r.l., in *Riv. di giur. trib.*, 2011, p. 944, con nota di Vallini; Cass., sez. III, 11/26389, Occhipinti); si esclude la pretesa estraneità al reato dell'ente beneficiario in quanto, anche in base al dato normativo costituito dall'art. 1, lett. *e*) del d. lgs. n. 74 del 2000, il «fine di evadere le imposte» ed il «fine di sottrarsi al pagamento» si intendono riferiti alla società, all'ente o alla persona fisica per conto della quale si agisce (D. Potetti, *A proposito dei reati tributari: l'estraneità al reato nella confisca per equivalente dei beni della società*, in *Riv. pen.*, 2013, p. 483). In dottrina e in base ad un diverso orientamento giurisprudenziale ormai prevalente, tuttavia, emerge il timore che in tal modo si finisca per estendere la responsabilità da reato alla persona giuridica al di là dei limiti previsti dal d. lgs. 231/2001 e cioè in relazione a reati per i quali non è prevista la responsabilità degli enti, in violazione del principio di legalità, consentendo addirittura la confisca degli strumenti del reato; si tratterebbe di un'interpretazione analogica *in malam partem* (A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino 1989, p. 55; si veda però Id., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. III, Giuffrè, Milano 2006, p. 2149 ss.; M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III,Giuffrè, Milano 2011, p. 620; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti – Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano 2010, p. 247; A. Martini, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano 2010, p. 207; R. Acquaroli, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Dike, Roma 2012, p. 145 ss.). In particolare, poi, in relazione alla confisca per equivalente si evidenzia il suo carattere afflittivo (Cass., sez. III, 13/45951; Cass., sez. III, 13/42638; Cass. pen., sez. III, 13/42476; Cass., sez. III, 13/42477). Eventualmente la confisca potrebbe essere disposta esclusivamente nell'ipotesi in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti (*ex pluris* Cass., sez. II, 15/45520; Cass., Sez. Un. 14/10561; Cass. pen., sez. III, 13/36927; Cass., sez. III, 12/1256, Unicredit, rv. 254796).

[24] F. Bricola, *Teoria generale*, in *Nov. D.*, XIX, 18; Corte Cost. 66/6, in *Giur. cost.*, 1966, p. 274.

File riservato ad esclusivo fine di studio

del § 73 a StGB[25] nei limiti in cui il risparmio sia economicamente valutabile[26], attribuendo a tal fine al giudice un potere di stima (§ 73b, *Schätzung*, StGB o art. 70 ult. co. swStGB), che deve essere esercitato adempiendo ad un congruo obbligo di motivazione e consentendo il contraddittorio sul punto (il § 73a StGB prevede il *Verfall des Wertersatzes)*[27]; fermo restando che la quantificazione concreta di un simile profitto risparmio raramente potrebbe rispondere a criteri di assoluta precisione ed oggettività e che, comunque, sarebbe preferibile riservare la confisca del risparmio alle ipotesi tassativamente previste[28], come proposto nel progetto Palazzo («Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio», redatto dalla Commissione ministeriale presieduta dal Professore Palazzo[29]).

Il d. lgs. n. 202/2016[30] di attuazione della Direttiva n. 42/2014 rappresenta

[25] A. Eser, § 73, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di A. Schönke, H. Schröder, T. Lenckner, 2010[28], §16.

[26] Cfr. A.M. Maugeri, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione,* in *Riv. it. dir. proci. e pen*, 2011, p. 807 ss.; L. Fornari, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim dir. pen. ec.*, 2005, p. 90; Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, op. cit., pp. 2123 – 2155; Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 247.

[27] Cfr. K. Lackner, § 73 a, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 1999, p. 545 ss.

[28] Mongillo, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti*, op. cit., p. 2342; S. Giavazzi, *sub art.* 19, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche,* Ipsoa, Milano 2007, p. 176.

[29] *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 febbraio 2014.

[30] Il d. lgs. n. 202/2016 – (G.U. n. 262 del 9 novembre 2016) entrato in vigore il 24 novembre 2016 – sembra procedere sempre in una direzione frammentaria, limitandosi ad estendere le ipotesi in cui sarà possibile applicare la confisca per equivalente e la confisca allargata *ex* art. 12 *sexies* d.l. 306/1992 in relazione ai reati sinora rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, dimenticando che ai sensi dell'art. 3 ultimo comma il suo ambito di applicazione si potrà estendere ad altri reati che saranno oggetto di armonizzazione e ai quali si vorrà applicare la direttiva. Si è persa un'ulteriore occasione di razionalizzazione della disciplina della confisca, a partire dall'art. 240 c.p.. incominciando con il prevedere il carattere obbligatorio della confisca del profitto e del prodotto come previsto nell'art. 4 della Direttiva (fermo restando che forme di confisca obbligatoria sono state introdotte per i crimini considerati nell'art. 3 della Direttiva), mentre si continua a prevedere il carattere obbligatorio solo della confisca del prezzo. E, del resto, già precedenti strumenti sia europei sia internazionali imponevano l'obbligatorietà della confisca del profitto; ad esempio l'art. 2 della decisione quadro 212/2005, che rimane in vigore anche dopo l'entrata in vigore della direttiva, prevede il carattere obbligatorio della confisca degli strumenti e dei proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi. Il d.lgs. n. 202/2016 ha introdotto il carattere obbligatorio della confisca del profitto e del prodotto all'interno dell'art. 240 c.p., anche nella forma per equivalente, solo in relazione ai c.d. reati informatici. Molti ordinamenti stranieri prevedono già da molti anni il carattere obbligatorio della confisca dei profitti e della confisca di valore con discipline di carattere generale che si possono applicare a tutti i reati. E anche in Italia la legge comunitaria 2007 (l. n. 34/2008), un decreto legislativo cui non è stata data attuazione, prevedeva già l'introduzione di una serie di principi direttivi per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell'art. 2 della decisione quadro 212/2005 sia in relazione alla confisca degli strumenti sia in relazione alla confisca

File riservato ad esclusivo fine di studio

un'occasione mancata di razionalizzazione di tale disciplina; come esaminato in altra sede la direttiva accoglie una nozione assolutamente ampia di profitto (ricomprensiva di surrogati e ulteriori utilità)[31] ma il decreto nulla stabilisce a tal proposito.

Tra l'altro un'ulteriore conseguenza di tale orientamento espansivo nell'interpretazione della nozione di risparmio è determinato dal fatto che sarà possibile applicare la fattispecie di autoriciclaggio in relazione ai reati di evasione fiscale, il cui il profitto risparmio sarà considerato profitto diretto, possibile oggetto di questo reato. A questo punto si determina una sorta di bis in idem strutturale: chi commette evasione fiscale con la propria impresa, automaticamente realizza anche il delitto di autoriciclaggio utilizzando tale risparmio nella stessa impresa (pagando i fornitori, gli stipendi dei lavoratori, *etc.*); anche perché quella famosa modalità decettiva, che dovrebbe essere un freno all'applicazione dell'autoriciclaggio nella prassi giurisprudenziale viene interpretata ritenendo sufficiente il passaggio da un conto corrente all'altro, senza richiedere che sia efficacemente impedita la tracciabilità del percorso dei beni[32].

2.1 Il denaro come profitto sempre direttamente confiscabile

Fermo restando che si considera ormai superato quell'orientamento restrittivo di certa giurisprudenza che richiedeva l'identità del bene da confiscare con il «corpo del reato» anche in relazione a beni fungibili e che, quindi, riteneva impossibile applicare la confisca in caso di commistione tra cose lecite ed illecite[33], in base ad una recente interpretazione della giurisprudenza si ritiene che qualora il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato[34]. In base a questo orientamento la confisca per equivalente, che opera

dei profitti del reato (all'art. 31). Si prevedeva, ad esempio, nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti la necessità di garantire l'obbligatorietà della confisca del prodotto e del prezzo del reato, nonché del profitto, derivato direttamente o indirettamente dal reato, e del suo impiego, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato; si introduceva, inoltre, l'obbligatorietà della confisca per equivalente del prezzo, del prodotto o del profitto del reato, con eccezione dei beni impignorabili ai sensi dell'art. 514 c.p.c.

[31] A.M. Maugeri, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 2015, p. 326.

[32] Cass., 2009/47475. Ampiamente cfr. Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari*, cit., p. 97 ss.

[33] Cass., 8 aprile 1983, Ferrarotto, in *Riv. pen,* 1984, p. 298; Del Re, in *Riv. pol.,* 1978, p. 203 ss.

[34] Cass., sez. VI, 18 febbraio 2016, n. 10708; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci, cit.

File riservato ad esclusivo fine di studio

solo quando non può trovare applicazione l'ordinaria misura di sicurezza patrimoniale, presuppone che l'oggetto della confisca diretta (vale a dire il prezzo o il profitto del reato) abbia una sua consistenza naturalistica e/o giuridica tale da permetterne l'ablazione, nel senso che, una volta entrato nel patrimonio dell'autore del reato, continui a mantenere una sua identificabilità; ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ma perde – per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo – qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. Non avrebbe, infatti, alcuna ragion d'essere – ne sul piano economico ne su quello giuridico – la necessità di accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita: ciò che rileva è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo. Soltanto, quindi, nella ipotesi in cui sia impossibile la confisca di denaro, sorge l'eventualità di far luogo ad una confisca per equivalente degli altri beni di cui disponga l'imputato e per un valore corrispondente a quello del prezzo o profitto del reato, giacchè, in tal caso, si avrebbe quella necessaria novazione oggettiva che costituisce il naturale presupposto per poter procedere alla confisca di valore; l'oggetto della confisca diretta non può essere appreso e si legittima, così, l'ablazione di altro bene di pari valore[35].

Tale interpretazione assume un particolare effetto dilatatorio dell'ambito di applicazione della confisca diretta in un ordinamento, come quello italiano, che prevede solo forme speciali della confisca di valore; si finisce per trasformare sempre la confisca del denaro in una confisca di valore, applicabile, però, come confisca diretta anche in mancanza della previsione della confisca per equivalente in relazione a un determinato reato, ma soprattutto in mancanza dell'accertamento del nesso causale tra profitto e reato.

In contrasto con tale interpretazione «dilatativa», un'altra parte della giurisprudenza e la dottrina prevalente ritiene che il denaro può essere confiscato nel *tantundem* e non è necessaria la confisca dell'*eadem res* o la confisca per equivalente, ma si dovrebbe dimostrare il nesso causale tra il profitto e il reato[36]. Le

[35] Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci, cit.; Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert, cit.

[36] Cass., sez. VI, 26 novembre 2009, n. 14174; Cass., sez. VI, 14 giugno 2007, n. 30966**,** Puliga, rv. 236984; Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 25877, Maniglia, in *Dir. giust.*, 2006, p. 36; Cass., sez. VI, 01 febbraio 1995, n. 429, Carullo, in *Riv. pen.,* 1995, p. 1531; Cass., 93/1041, Ciarletta, in *Riv. pen.,* 1994, p. 948; *contra* Cass., sez. III, 13/129, in *Dir. giust.*, 8 gennaio 2014; per ulteriori precisazioni v. Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, cit., p. 669 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Sezioni Unite hanno precisato, infatti, che anche per il denaro deve pur sempre sussistere un rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, tra il «bene» sequestrato ed il reato del quale costituiva il profitto illecito, inteso, questo, quale utilità creata, trasformata od acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa; in particolare in un caso di confisca del denaro disponibile in quanto versato su un conto corrente bancario, si è stabilito che la confisca, per poter essere qualificata come diretta, richiede la prova del nesso di derivazione da reato, anche se la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impongono che il sequestro riguardi le medesime specie monetarie illegalmente percepite, ma basta che il provvedimento di cautela abbia ad oggetto la somma corrispondente al loro valore nominale[37]. In tale direzione si precisa che il sequestro preventivo di somme di denaro depositate presso banche comporta la previa individuazione del rapporto di pertinenza con i reati per i quali si procede, di cui deve darsi atto nella motivazione del provvedimento, nel senso che deve trattarsi di denaro che costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo del reato oppure che sia servito a commetterlo o, comunque, concretamente destinato alla commissione del medesimo, sicché l'astratta possibilità di destinare il denaro a tale fine non è sufficiente a farlo ritenere cosa pertinente al reato[38]. Non dissimile, in una fattispecie relativa al prezzo del reato di *market abuse*, commesso dai legali rappresentati di una banca medesima, la Corte ebbe ad affermare che è necessario che la somma sia pertinente al reato contestato: provato il nesso di pertinenzialità, poi, il sequestro può colpire tanto le somme fisicamente uguali a quelle ricevute dall'agente, che la somma corrispondente al valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta e comunque sia stata investita, proprio perchè, considerata la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento, il sequestro non deve necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegittimamente percepite, ma la somma equivalente, ovunque sia rinvenuta, purchè sia attribuibile all'imputato (Cass. pen., sez. VI, 15/15923, Antonelli; Cass. pen., 15/2336; Cass. pen., sez. II, 14/14600, Ber Banca Spa, rv. 260145). Da ciò deriva, si osserva nella sentenza Lucci, che in base a questo orientamento la confisca diretta del denaro depositato su un conto corrente presuppone sempre che sia dimostrato che il profitto del reato è stato versato su quel conto e che pertanto sussista la prova del nesso di pertinenzialità tra

[37] Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, Focarelli, cit.; Cass., sez. VI, 14 giugno 2007, n. 30966, Puliga, rv. 236984, che, nello stabilire che, quando il profitto del reato di concussione sia costituito da danaro, è legittimamente operato in base alla prima parte dell'articolo 322 *ter*, co. 1, c.p. il sequestro preventivo di disponibilità di conto corrente dell'imputato, ha chiarito in motivazione che in casi siffatti non si tratta di confisca per equivalente, ma di una ipotesi di confisca in forma specifica; Cass., sez. VI, 25 marzo 2003, n. 23773, Madaffari, rv. 225727; Cass., sez. VI, 95/4289.

[38] Cass., sez. V, 10/11288, Natali, rv. 246360; in senso analogo Cass., sez. II, 28 aprile 2011, n. 19105, Iapigio.

File riservato ad esclusivo fine di studio

denaro e profitto o prezzo del reato; mentre, qualora tale prova faccia difetto, la confisca finirebbe per assumere i connotati della confisca di valore (C 15/31617, *C. pen.* 16, 4, 1362).

3. La confisca del profitto e del valore equivalente, del prodotto o dello strumento del reato come pena patrimoniale

La tendenza espansiva della confisca emerge in maniera evidente in una certa disinvolta prassi giurisprudenziale che utilizza come una vera e propria pena patrimoniale, forzando il dato legislativo e il principio di legalità, la confisca del profitto, che dovrebbe rimanere una mera misura di compensazione e riequilibrio economico, nonché la confisca degli strumenti del reato che in sé contiene un profilo punitivo (sottraendo beni lecitamente posseduti) ma accanto a quello di neutralizzazione e interdizione dell'attività pericolosa, – in cui i beni sono stati utilizzati –, che dovrebbe rimanere prevalente. Uno dei segni più facilmente percettibile dell'evolversi dell'istituto della confisca verso finalità repressive è fornito dalle molteplici ipotesi di confisca obbligatoria previste dalla legislazione speciale, anche in relazione a delle cose che, in base alla disciplina generale dell'art. 240 c.p., sarebbero soggette esclusivamente alla confisca facoltativa[39] o non sarebbero confiscabili.

In relazione alla confisca del profitto, si deve innanzitutto ricordare l'utilizzo disinvolto per finalità punitive della confisca per equivalente, prevista come forma di applicazione di sempre più numerose forme di confisca speciale (ad esempio, artt. 322 *ter*[40], 600 *septies*, 640 *quater*, 644 e 2641 c.c., art. 187 T.U. n. 58/1998 in materia di intermediazione, art. 11 della l. 16 marzo 2006 n. 146, in relazione ai reati transazionali)[41].

[39] Cfr. sul punto L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova 1997, p. 30 ss.

[40] Tale norma prima della riforma introdotta dalla l. n. 190/2012 prevedeva irrazionalmente solo la confisca per equivalente del prezzo e non del profitto, creando insuperabili contrasti interpretativi delle norme che la richiamavano in relazione a reati in cui non fosse configurabile il «prezzo» ma solo il profitto del reato, come l'art. 640 *quater* o l'art. 1, co. 143, della l. n. 244/2007.

[41] Mentre in via generale è prevista esclusivamente da una norma di carattere procedurale, l'art. 735 *bis* c.p.p., al fine di garantire l'esecuzione in Italia di un provvedimento di confisca disposto da un autorità straniera, disposizione introdotta in seguito alla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione di Strasburgo del 1990. La l. 3 agosto 2009, n. 116 si limita in materia di confisca a introdurre gli articoli 740 *bis* e 740 *ter* c.p.p. che disciplinano la devoluzione ad uno Stato estero delle cose confiscate [in G.U. n. 188 del 14-8-2009; ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003; sull'esigenza di riforma v. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano 2001, p. 144 ss.; Id., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, cit., p. 695 ss.; Id., *La confisca*

File riservato ad esclusivo fine di studio

A parte le ipotesi in cui nella prassi, la confisca per equivalente rappresenta un *escamotage*[42] per consentire alla giurisprudenza di sottrarsi all'onere di accertare il profitto del reato, (mentre dovrebbe essere applicata solo nell'ipotesi in cui è stato verificato il conseguimento del prezzo o del profitto nella sua «obiettiva esistenza ed entità»)[43], si deve evidenziare che in base ad un orientamento piuttosto prevalente della Suprema Corte si riconosce la natura punitiva della confisca per equivalente[44] e proprio in base a tale natura «punitiva» la stessa Suprema Corte ha stabilito che nell'ipotesi di concorso di persone il sequestro e poi anche la confisca può attingere uno qualsiasi dei concorrenti, pur se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorgente non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel patrimonio del concorrente onerato dalla confisca, anche se poi la confisca complessivamente disposta non

per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione, (nota a Cass. pen., S.U. c.c. 25 giugno 2009, dep. 6 ottobre 2009, n. 38691, Pres. Gemelli, Rel. Fiale, Caruso), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 791; M. Nunziata, *Studi e rassegne – Linee evolutive della confisca penale: progetti di riforma e tendenze di politica criminale*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 981; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bononia University Press, Bologna 2007; Romano, Grasso, Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 604 ss.; V. Manes, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem* (nota a Cass., S.U. 25 giugno 2009, dep. 6 ottobre 2009, n. 38691, Caruso), in *Cass. pen.*, 2010, p. 101; V. Maiello, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato* (nota a Cass. pen., S.U. 6 ottobre 2009, c.c. 25 giugno 2009, n. 38691), in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 433; F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Ipsoa, Milano 2009, p. 14 ss.; A. Gaito, *Nuovi modelli di intervento penale: sequestro e confisca per equivalente,* in *Giur. it.*, 2009, p. 2066]. A parte l'irrazionalità di un ordinamento che nonostante le molteplici sollecitazioni sovrannazionali, da ultimo nell'art. 4 della Direttiva 2014/42, non prevede una disciplina generale della confisca di valore, – la cui introduzione era prevista dall'art. 31 della legge comunitaria 2007 (l. n. 34/2008), una legge delega cui non è stata data attuazione –; il d. lgs. n. 202/2016 continua a non introdurre una disciplina generale della confisca di valore come previsto in molti ordinamenti stranieri, ma in attuazione dell'art. 4 della Dir. 42/2014 estende le ipotesi in cui sarà possibile applicare la confisca per equivalente in relazione agli specifici reati contemplati dalla direttiva, per i quali non è ancora prevista la confisca di valore, dimenticando che l'ultimo co. dell'art. 3 Direttiva prevede la possibilità di estenderne il campo di applicazione nel futuro rispetto ad altri reati che saranno oggetto di armonizzazione. In maniera piuttosto anomala, invece, il legislatore, che ha sempre previsto forme speciali di confisca di valore, ha introdotto all'interno dell'art. 240 c.p. la confisca per equivalente solo in relazione ai c.d. reati informatici.

[42] Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., p. 258.

[43] Cass., 16 gennaio 2004, n. 15445; Cass., 14 giugno 2006, n. 31988, Chetta, in *Giur. it.*, 2007, p. 966; Cass., 1 luglio 2008, n. 31339, in *Dir. e giust.*, 2008.

[44] Tra le altre da ultimo Cass., 26 maggio 2010, n. 29724; Cass., sez. I, 28 febbraio 2012, n. 11768, B., in *Riv. pen.*, 2012, 7-8, p. 754; Cass., sez. III, 23 ottobre 2013, n. 45951. In tale direzione Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., p. 118; R. Acquaroli, *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la pubblica amministrazione,* in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 251; M. Amisano, voce *La confisca per equivalente*, in *Dig. Disc. Pen. Agg.*, vol. I, 2008, p. 204. Proprio in virtù di tale natura punitiva se ne nega l'applicazione in caso di estinzione del reato, Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799.

File riservato ad esclusivo fine di studio

può eccedere l'ammontare del profitto[45]. O, ancora peggio, la Suprema Corte ha applicato la confisca *per intero* nei confronti di ciascun concorrente, trasformandola in una vera e propria pena patrimoniale in palese disprezzo dei principi di legalità, colpevolezza e proporzione[46]. Non solo ma la giurisprudenza, sempre in applicazione del principio di solidarietà passiva, applica il sequestro per intero ai fini della confisca contemporaneamente nei confronti dell'ente, ai sensi dell'art. 19 e 53 d. lgs. n. 231/2001, e delle persone fisiche responsabili del reato, *ex* art. 322 *ter* c.p., in una sorta di «concorso di persone» tra persone fisiche e persone giuridiche, senza verificare a chi sia pervenuto il profitto e quindi delimitare il sequestro in tali limiti[47]. In quest'ultima ipotesi, tra l'altro, laddove la persona fisica non dispone del profitto, avrà un patrimonio incapiente alle pretese erariali, ma soprattutto l'ablazione del profitto nei suoi confronti non dovrebbe essere consentita, perché il profitto non è a lei pervenuto (tranne nell'ipotesi, ad esempio, in cui la persona fisica ha trattenuto il denaro destinato al pagamento delle pretese erariali) e quindi nei suoi confronti un'eventuale confisca, in misura corrispondente ai vantaggi economici dell'illecito conseguiti dalla persona giuridica, assumerebbe il significato e i contenuti di una pena patrimoniale.

Tale orientamento sembra, in realtà, discutibile perché la confisca per equivalente, pur rappresentando il primo fondamentale modello che consente di sottrarre i profitti illeciti senza dover accertare il nesso di pertinenzialità con uno specifico reato, dovrebbe costituire una mera modalità di realizzazione della confisca del profitto accertato, connesso al reato[48], rimanendo una forma di riequilibrio economico[49]. Non ha la capacità di infliggere un *quid pluris* di afflittivo laddove si limita a privare il soggetto, anche se in forma equivalente, di quanto illecitamente conseguito attraverso il reato; e, in ogni caso, dovrebbe assumere la stessa natura della confisca che consente di applicare nella forma equivalente. Chiaramente tutto ciò presuppone che venga correttamente interpretata; laddove viene applicata al concorrente che non ha percepito il profitto o per intero a ciascun concorrente, diventa una vera e propria pena patrimoniale. Per sal-

[45] Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. e altri. Tra le altre Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740; Cass., sez. II, 6 luglio 2012, n. 35999; Cass., sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976; Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140, De Ferrari.

[46] Cass., 28 luglio 2009, n. 33409, Alloum, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3102; conforme Cass., 13 maggio 2010, n. 21027.

[47] Cass., sez. III, 12 luglio 2012, n. 10567, in *Guida al dir.*, 2013, 15, p. 55; Cass., sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976.

[48] Cass. 16 gennaio 2004, n. 15455, Napolitano G., p. 685; Cass., 3 luglio 2002, n. 32797, Silletti.

[49] A.M. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim dir. pen. econ.*, 2007, p. 489 ss.; conforme V. Mongillo, *Art. 322-ter*, in *Codice penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da G. Lattanzi, E. Lupo, vol. VII, Giuffrè, Milano 2010, p. 256 ss.; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione – I delitti dei pubblici ufficiali, Commentario sistematico*, Giuffrè, Milano 2006[2], p. 254 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

vaguardarne la natura compensativa appare, allora, più corretto quell'orientamento della Suprema Corte che sottolinea che nel sequestro ai fini della confisca l'importo non deve eccedere il valore del profitto, per evitare un'ingiustificata compressione dei diritti già nella fase cautelare[50]; il vincolo cautelare d'indisponibilità non dovrebbe essere esorbitante, eccedendo il valore del profitto, e non dovrebbe determinare ingiustificate duplicazioni, in quanto «dall'unicità del reato non può che derivare l'unicità del profitto»[51].

Sembra emergere, poi, una sorta di contraddizione nella giurisprudenza in esame: da una parte si tratta la confisca come se fosse una pena affermando il principio della responsabilità correale in base al quale la pena deve affliggere per intero ciascuno dei concorrenti proprio per realizzare la sua finalità afflittiva, dall'altra si applica il principio della solidarietà passiva tra i concorrenti e tra ente e persone fisiche, proprio delle misure riparatorie e affermato per le sanzioni amministrative (art. 6, l. n. 689/1981) e civilistiche[52].

Tale contraddizione è stata messa in evidenza dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte laddove, pur salvando il principio della solidarietà passiva, ha sostanzialmente messo in discussione la natura sanzionatoria della confisca per equivalente, precisando che non si può «affatto [...] trasferire la misura patrimoniale della confisca per equivalente nel panorama delle pene propriamente intese», innanzitutto per la sua «natura surrogatoria» rispetto alla confisca di proprietà essendo applicabile solo laddove non sia stato «rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si proceda, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza»; «ove il legislatore avesse davvero inteso imprimere alla confisca per equivalente le stigmate della sanzione criminale, non si spiegherebbe la previsione della irretroattività sancita dal richiamato l. n. 300 del 2000, art. 15, bastando a tal fine il generale precetto sancito dall'art. 25, co. 2, della Carta Fondamentale»[53]. «Si tratta comunque di una forma di confisca che trova il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinde dalla pericolosità derivante dalla res, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, nè alla gravità della condotta, avendo come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa.»[54].

[50] Cass., 23 giugno 2006, Maniglia, rv. 234850; Cass., sez. VI, 17 marzo 2009, Paggiaro; Cass., sez. VI, 6 febbraio 2009, Ramponi e altro; Cass., sez. IV, 7 dicembre 2011, Valsecchi; Cass., sez. III, 23 gennaio 2013, Piccolo, n. 7078.

[51] E. Amati, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *Dir. pen. contemp. riv. trim.*, 2013, n. 2, p. 151.

[52] Cfr. V. Tutinelli, *Solidarietà fra ente e persona fisica in tema di sequestro per equivalente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, p. 89 ss.

[53] Cass., 6 luglio 2006, n. 30729, Carere.

[54] Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, in *Guida al dir.*, 2013, 22, p. 67, con nota di Amato; Cass., sez. II, 6 novembre 2012, n. 46295, Baldecchi, in *Guida al dir.*, 2013, 7, p. 63.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Un uso indebitamente sanzionatorio della confisca per equivalente si realizza anche in relazione alla confisca *ex* art. 322 *ter*, co. 2, che precisa che in relazione al delitto *ex* art. 321, il valore assoggettabile a confisca non può essere inferiore a quello della somma data o promessa; quest'ultima specificazione sembra essere stata introdotta per semplificare l'accertamento del profitto del corruttore, nel senso che laddove non si riesce a verificare l'entità di tale profitto si presume che comunque non sarà inferiore a quanto dato o promesso, fermo restando che la sussistenza del profitto dovrebbe essere previamente accertata. Laddove, invece, come avvenuto nella prassi, la presunzione opera in termini assoluti, si trasforma la confisca per equivalente in una pena patrimoniale commisurata alla tangente[55]. In tale direzione la Suprema Corte ha affermato che «La confisca per equivalente relativa al reato di corruzione non presuppone necessariamente il conseguimento, da parte del corruttore, di un profitto, stante la natura sanzionatoria della misura»[56]. La Suprema Corte, del resto, utilizza la confisca come una sorta di pena patrimoniale in relazione alla fattispecie di istigazione alla corruzione, laddove, pur in mancanza del conseguimento di un profitto per l'autore del reato, sottrae il denaro offerto o promesso al pubblico ufficiale in qualità di strumento del reato, oggetto di confisca facoltativa ai sensi dell'art. 240, co. 1[57]. In materia, tra l'altro, la confisca è stata resa obbligatoria in tutte le ipotesi previste dall'art. 240, co. 1, e non solo in relazione al prodotto e al profitto, dall'art. 335 *bis*, introdotto dall'art. 6 della l. 27 marzo 2001, n. 97.

Da ultimo in relazione ai reati contro la P.A. l'esasperazione punitiva dell'utilizzo della confisca emerge nella recente introduzione dell'art. 322 *quater* (inserito dall'art. 4, co. 1, lett. *b*), l. n. 69/15), rubricato «Riparazione pecuniaria», che richiede al giudice che emette sentenza di condanna per i delitti contro la P.A. di ordinare sempre la riparazione pecuniaria, mediante «il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio in favore dell'amministrazione di appartenenza», lasciando in ogni caso impregiudicato il diritto al risarcimento del danno. Se con l'espressione «somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto» si fa riferimento al prezzo del reato di corruzione (C 14/14017) e ad eventuali ulteriori profitti conseguiti, si dovrebbe ritenere che la riparazione pecuniaria escluda l'applicazione della confisca *ex* art. 322 *ter*, salva la possibilità di applicare la confisca *ex* art. 240 *bis* c.p. (prima art. 12 *sexies*, d.l. 306/1992) dei beni di valore sproporzionato, non giustificati dal condannato; tale pagamento, infatti, comporterebbe il venire meno dell'oggetto della confisca *ex* art. 322 *ter*, che se, invece, fosse applicata insieme alla riparazione pecunia-

[55] Cfr. Benussi, *Art. 322 ter*, op. cit., p. 2319.
[56] Cass., 13 maggio 2010, n. 21027.
[57] Cass., 27 febbraio 2009, Sampietro, n. 1417, rv. 243579.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ria diverrebbe una vera e propria pena patrimoniale in contrasto con lo stesso principio di legalità, di proporzione e di colpevolezza, o viceversa la riparazione pecuniaria di una somma corrispondente a quanto indebitamente percepito e già confiscato, diverrebbe una pena patrimoniale di cui tenere conto in sede di commisurazione della pena (si consideri, tra l'altro, che la l. n. 106/15 subordina alla riparazione la concessione della sospensione condizionale o l'ammissibilità alla procedura di applicazione della pena su richiesta delle parti in relazione ai reati contemplati dagli artt. 314, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater* e 322 *bis*).

Un altro caso significativo di uso repressivo della confisca attiene alla fattispecie prevista dall'art. 187 del d. lgs. n. 58/1998, che prevede la confisca speciale obbligatoria, e anche per equivalente, non solo del profitto, ma anche del prodotto e dei beni utilizzati per commettere il reato (abuso di informazioni privilegiate – art. 184 t.u.f. – o di manipolazione del mercato – art. 185 t.u.f. -). La confisca del profitto e cioè delle plusvalenze realizzate con la condotta illecita mantiene un carattere di riequilibrio economico, salva la rilevanza punitiva che assume laddove viene sottratta l'intera plusvalenza senza considerare oneri tributari e finanziari; la Suprema Corte è intervenuta ritenendo che il profitto del reato in questione dovrebbe essere considerato pari alla plusvalenza scaturente dall'operazione censurata *al netto delle imposte* ma *al lordo degli interessi passivi*[58]. La confisca del prodotto consiste, invece, nella confisca degli strumenti finanziari acquistati comportando la sottrazione della parte di patrimonio investita nell'acquisto e trasformata in prodotto; lo stesso risultato, però, e cioè la sottrazione dell'ammontare di capitale investito, si realizza con la confisca dei beni utilizzati per commettere il reato, che si potrà applicare solo per equivalente, essendo stato il bene capitale trasformato in prodotto. E, allora, non solo in entrambi i casi la confisca assume un carattere assolutamente punitivo, rappresentando una vera e propria pena patrimoniale – carattere ancor più accentuato laddove si tratta della confisca di valore –, ma si finisce per concretizzare un *bis in idem* sostanziale nelle forme della confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere il reato. La Suprema Corte supera simili obiezioni non negando tale natura punitiva della confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere il reato, ma anzi riconoscendola e giustificandola per esigenze di prevenzione generale e tutela del mercato e dell'economia nazionale, sorvolando per il resto sulla censura di incostituzionalità avanzata dalla difesa per violazione del principio di proporzione laddove non è possibile graduare una

[58] Cass., 25 novembre 2008, n. 44032; Trib. Milano, sez. riesame, 22 ottobre 2007, in *Corr. del merito*, 2008, p. 84, con nota di Lunghini; critici C. Perini, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.,* 2009, p. 212; E. Amati, *La confisca nel sistema sanzionatorio degli abusi di mercato: aspetti problematici ed esigenze di riforma*, in *Giur. comm.*, 2013, n. 2, p. 217.

File riservato ad esclusivo fine di studio

simile pena[59].

Gli stessi problemi si pongono in relazione alla confisca contemplata dall'art. 187 *sexies*, co. 1 e co. 2 del T.U. nella parte in cui impongono la confisca degli strumenti finanziari «movimentati» attraverso l'operazione compiuta in violazione dell'art. 187 *bis* (*insider trading*-illecito amministrativo), o del loro controvalore, senza consentire all'autorità amministrativa prima, e al giudice investito dell'opposizione poi, di graduare la misura in rapporto alla gravità in concreto della violazione commessa. Proprio in relazione a tale ultima fattispecie è stata mossa per ben due volte la questione di legittimità costituzionale per contrasto tanto con l'art. 3 Cost. per la palese *irragionevolezza* della sanzione in tal modo comminata, quanto con l'art. 27 Cost., per violazione del principio di *proporzionalità*, da reputare riferibile anche alle sanzioni amministrative[60]. La prima volta la Corte Costituzionale ha ritenuto l'eccezione inammissibile per oscurità e indeterminatezza del *petitum*, non essendo chiaro quale tipo di intervento fosse richiesto alla Corte Costituzionale[61]; la seconda volta la Corte Costituzionale rigetta nuovamente la questione in quanto la pronuncia invocata esorbiterebbe i poteri della Corte stessa, richiedendosi un intervento creativo, e cioè una pronuncia additivo-manipolativa, che – in surroga dell'attuale obbligo di confisca integrale, anche per equivalente, previsto dalla norma censurata – riconosca all'autorità amministrativa (in sede di irrogazione) e al giudice (nell'ambito del giudizio di opposizione) il potere di «graduare» la misura «in rapporto alla gravità in concreto della violazione commessa»[62]. Infatti, si precisa nella decisione, «la confisca – sia penale che amministrativa – è sempre e soltanto una misura fissa»; nel nostro ordinamento l'alternativa al regime dell'obbligatorietà è quella della facoltatività[63].

In tale settore si registra una «curva evolutiva delle pene criminali principali verso "un inarrestabile moto ascensionale" fino a mostrare una "muscolarità ipertrofica"»[64], nell'ambito del quale la confisca assume un peso decisivo trattandosi, appunto, di una pena patrimoniale non commisurabile, irrazionale

[59] Cass., sez. V, 13 marzo 2012, n. 28486, in *Giur. comm.*, 2013, vol. II, p. 210.

[60] Corte App. Torino, sez. I civile, ord. del 5 ottobre 2010; Corte App. Milano, 30 gennaio 2009, in *Foro Ambr.*, 2009, vol. I, p. 88; Corte App. Torino, ord. del 27 gennaio 2012. Nel senso della natura sostanzialmente «penale» dell'ipotesi di confisca in questione, S. Seminara, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 12; Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale,* cit., p. 131; F. Mucciarelli, *Art. 187 – Confisca*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini, G. Gasparri, III, Utet, Torino 2012, p. 2420; M. Fratini, *Art. 187-sexies – Confisca*, *ivi*, p. 2533 .

[61] Corte Cost., 10 giugno 2011, n. 186, in *Cass. pen.*, 2012, p. 89, con nota di G. Petroni.

[62] Corte Cost., 5 novembre 2012, n. 252, § 4.

[63] *Idem.*

[64] V. Napoleoni, *L'insider trading*, in *La disciplina penale dell'economia*, a cura di C. Santoriello, vol. I, Giappichelli, Torino 2008, p. 740 ss.; N. Menardo, *Sulla confisca del capitale impiegato nell'abuso di informazioni privilegiate*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1182.

File riservato ad esclusivo fine di studio

e sproporzionata, che dovrebbe essere abrogata. In un'ottica riformatrice, peraltro, la stessa Consob suggerisce di limitare la confisca di cui all'art. 187 *sexies* al solo «profitto» riveniente dall'illecito, eliminando la confisca dei «beni utilizzati per commetterlo»[65]. In materia, inoltre, in seguito alla recente pronuncia Grande Stevens[66] la Corte Europea fa rientrare nella nozione di materia penale il procedimento amministrativo in questione, sancendo nel caso di specie la violazione del principio del *ne bis in idem* (violazione del diritto a non essere giudicati o puniti due volte) sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7.

Un'altra ipotesi in cui la confisca assume carattere punitivo attiene alla confisca del profitto, coincidente con l'imposta evasa, nei confronti dei reati tributari (art. 1, co. 143, della l. n. 244/2007). La Suprema Corte, sempre sulla scia del suo recente entusiasmo nell'applicazione della confisca, è arrivata ad affermare che *la quantificazione di detto risparmio è comprensiva non solo del mancato pagamento degli interessi*, ma anche *«delle sanzioni dovute in seguito all'accertamento del debito tributario»; si fa rientrare nel profitto confiscabile con la confisca per equivalente anche l'ammontare della sanzione irrogata per l'illecito tributario*[67], che non rappresenta in maniera lapalissiana un profitto per il reo derivante dalla commissione del delitto, ma piuttosto, al contrario, una perdita economica imposta dallo Stato per sanzionare l'illecito. Attraverso la confisca per equivalente del corrispondente della sanzione in questione, si finisce per applicare due volte tale sanzione in evidente violazione del principio del *ne bis in idem*[68]. Solo in un caso si può allargare la nozione di profitto risparmio alle

[65] Relazione Consob per l'anno 2010, 53, in *www.consob.it.*

[66] Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010; conforme in materia tributaria Corte EDU, sez. IV, 20 maggio 2014, Nykänen v. Finland, n. 11828/11.

[67] Cass., sez. IV, 15/4567; Cass., sez. III, 15/30484; Cass., sez. III, 15/11497; Cass., sez. III, 15/41842, Cu.Si.; Cass., sez. III, 13/44309; Cass., sez. III, 12/11836 rispetto all'ipotesi contemplata nell'art. 10 *ter*; Cass., sez. III, 4 luglio 2012, n. 11836; Cass., sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45849, C., in *Guida al dir.*, 2013, 1, p. 81; Cass., sez. III, 19 settembre 2012, n. 1256; Cass., sez. V, 10 novembre 2011, Mazzieri, n. 1843, rv. 253480. In particolare sul carattere sanzionatorio della forma per equivalente di questo provvedimento di confisca v. da ultimo Cass., sez. III, 16/6047, rv. 268829, secondo cui in materia di reati tributari la confisca per equivalente del profitto del reato va obbligatoriamente disposta, anche con la sentenza di applicazione di pena *ex* art. 444 c.p.p, pur laddove essa non abbia formato oggetto dell'accordo tra le parti, attesa la sua natura di vera e propria sanzione, non commisurata alla gravità della condotta né alla colpevolezza dell'autore, ma diretta a privare quest'ultimo del beneficio economico tratto dall'illecito, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale dell'attività criminosa; Cass., sez. III, 15/43397, in *Fisco*, 2015, p. 45, con nota di C. Santoriello, secondo cui la confisca per equivalente del profitto in materia di reati tributari ha natura sanzionatoria, posto che tramite la stessa si intende privare l'autore del reato di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa, ragion per cui tale sanzione deve essere applicata in ogni caso, a prescindere dalla colpevolezza dell'autore dell'illecito e dalla gravità della condotta, ed anche nell'ipotesi di applicazione della pena su richiesta pur laddove la confisca non abbia costituito oggetto di un accordo fra le parti.

[68] B. Magro, Confisca per equivalente: in tema di profitto confiscabile, in *Arch. pen.,* 2013, p. 190;

File riservato ad esclusivo fine di studio

sanzioni non pagate, e cioè in relazione alla fattispecie contemplata dall'art. 11 d. lgs. n. 74/2000, nella quale la condotta è realizzata con la finalità di sottrarsi anche al pagamento di tale sanzione, il cui ammontare quindi rientra nel profitto risparmio confiscabile con la confisca per equivalente[69]; ciò si afferma sempre a condizione che la sanzione non sia poi pagata, configurandosi altrimenti un *bis in idem*[70].

Inoltre la Suprema Corte considera applicabile la confisca per equivalente anche in relazione al profitto risparmio *non conseguito*, perché la fattispecie in questione rappresenta un reato di pericolo in relazione al quale il profitto coincide con la somma di denaro la cui sottrazione all'Erario viene perseguita, non importa se con esito favorevole o meno, attesa la struttura di pericolo della fattispecie; o, addirittura, si attribuisce rilevanza alla mera riduzione simulata o fraudolenta del patrimonio del soggetto obbligato, sicché il profitto consiste nel valore dei beni idonei a fungere da garanzia nei confronti dell'amministrazione finanziaria che agisce per il recupero delle somme evase costituenti oggetto delle condotte artificiose considerate dalla norma[71]. In entrambe le ipotesi anzi-

Mucciarelli, Paliero, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, cit., p. 246.

[69] Cass., sez. III, 15/40534; Cass., sez. III, 12/45849, in *Guida dir.*, 2013, 1, p. 81; Cass., sez. III, 12/1256.

[70] Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ricorso n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, cit.; conf. in materia tributaria Corte EDU, sez. IV, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia, ricorso n. 11828/11, cit.; da ultimo v. Cass., sez. III, 16/4097, rv. 265843, secondo cui la confisca per equivalente, disposta in relazione al reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte di cui all'art. 11 d. lgs. n. 74 del 2000, attuato mediante atti fraudolenti o simulati compiuti sui beni di una società dichiarata fallita, non può riguardare somme superiori all'effettivo profitto conseguito, quantificato decurtando dal valore del patrimonio sottratto le somme recuperate dal fisco a seguito delle cessioni di ramo d'azienda e dei versamenti effettuati dall'imputato.

[71] Cass., sez. III, 15/10214 secondo cui, posto che la condotta del reato di cui all'art. 11 cit. consiste nell'alienare simulatamente o nel compiere altri atti fraudolenti sui propri o altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva, il profitto di detto reato deve essere individuato non già nell'importo delle imposte non pagate, essendo quest'ultimo, semmai, il profitto delle ben diverse condotte di evasione, eventualmente commesse in precedenza ed integranti illecito penale in presenza dei requisiti di legge, bensì nel valore del bene o dei beni idonei a fungere da garanzia nei confronti dell'amministrazione finanziaria che agisca per il recupero delle somme evase ed oggetto delle condotte artificiose considerate dalla norma; tale concetto è stato, del resto, già affermato da questa Corte, allorquando, con la sentenza di sez. III, 11/36290, Cualbu, rv. 251077, non massimata sul punto, precisandosi che oggetto giuridico del reato non è il diritto di credito del fisco bensì la garanzia generica data dai beni dell'obbligato, si è anche specificato che il profitto deve ritenersi costituito dalla riduzione simulata o fraudolenta del patrimonio sul quale il fisco ha diritto di soddisfarsi; e, nel medesimo senso, si sono, successivamente, pronunciate anche Cass., sez. III, 12/25677, Caneva, non massimata sul punto e Cass., sez. III, 13/33184, Abrusci, rv. 256850; per una diversa qualificazione del valore dei beni alienati v. Cass., 4 giugno 2009, Bossova, CED 244781, secondo cui sono confiscabili beni immobili appartenenti a soggetto indagato del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte, alienati per far venir meno le garanzie di un'efficace riscossione dei tributi da parte dell'Erario, in quanto costituiscono lo strumento a mezzo del quale viene commesso il reato, a nulla rilevando la loro

File riservato ad esclusivo fine di studio

dette la confisca diventa una vera e propria pena patrimoniale in palese violazione dei principi di legalità e proporzione nonché colpevolezza come criterio di commisurazione della pena. La violazione dei principi in questione risultava ancora più lampante nell'ipotesi in cui si continuava ad applicare la confisca per equivalente nonostante il fatto che il contribuente ai sensi del comma 2 dell'art. 13 d. lgs. n. 74 del 2000, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, avesse estinto il debito tributario anche a seguito di speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie[72]; con il pagamento viene meno qualsiasi indebito vantaggio da aggredire col provvedimento ablatorio, e, quindi, come osservato in giurisprudenza il mantenimento del sequestro preventivo in vista della confisca, nonostante l'intervenuta sanatoria fiscale, avrebbe dato luogo ad un'inammissibile duplicazione sanzionatoria, in contrasto col principio che l'espropriazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al profitto derivato[73]. In seguito alla riforma dei delitti tributari in virtù del d. lgs. n. 158/2015, questa problematica è risolta perché il nuovo art. 12 *bis*, co. 2, del d. lgs. n. 74/2000, che disciplina la confisca in materia – stante l'identità della lettera e la piena continuità normativa tra la disposizione di cui all'art. 12 *bis*, co. 2 e la previgente fattispecie prevista dall'art. 322 *ter* c. p., richiamato dall'art. 1, co. 143, l. 24 dicembre 2007, n. 244, abrogata dall'art. 14 del citato d. lgs. n. 158/2015 –[74], ha stabilito che la confisca non opera per la parte che il contribuente «si impegna a versare» all'erario anche in presenza di sequestro, fermo restando che in caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta; tale disciplina, anche se non esente da critiche, esprime un'apprezzabile esigenza di non contraddizione dell'ordinamento ed è coerente con la previsione della causa di non punibilità per estinzione del debito tributario di cui all'art. 13[75].

qualificazione quale prezzo o profitto di tale delitto

[72] Ampiamente sul tema Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari*, cit., 153 ss.; *contra* da ultimo Cass., sez. III, 16/5728.

[73] Cass., sez. III, 12/46726, Lanzalone, rv. 253851; Cass., 10/45504; Cass., sez.VI, 09/26176.

[74] Cass., sez. III, 16/23737, rv. 267383,

[75] Nella *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione* si evidenzia la problematicità dell'espressione utilizzata [*Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, n. III/05/2015 – Vice Direttore dott. Fidelbo, *Dir. pen. cont.,* 6 novembre 2015, p. 40; conforme S. Delsignore, in *La riforma dei reati tributari. Le novità del d. lgs. n. 158/2015*, a cura di C. Nocerino, S. Putinati, Giappichelli, Torino 2015, p. 317; S. Finocchiaro, *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2015], ormai interpretata come una sorta di inedita forma di «sospensione condizionale» di una confisca *disposta* dal giudice della cognizione, ma *non eseguibile* da parte del giudice dell'esecuzione sino a che rimanga pendente il termine per il pagamento (Cass., 16/42470 secondo cui la confisca – così come il sequestro preventivo ad essa preordinato – può essere adottata anche a fronte dell'impegno di pagamento assunto, producendo tuttavia effetti solo ove si verifichi l'evento futuro ed incerto costituito dal mancato pagamento del debito; Cass., 16/ 42087; Cass., 16/5728; S. Finocchiaro, *L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro*, in *Dir. pen. cont.,* 14 dicembre 2015, p.18 ss.). Si auspica comunque che nella prassi l'impegno a versare si concretizzi

File riservato ad esclusivo fine di studio

Si può ricordare, infine, che anche dal diritto comparato emerge la difficoltà di utilizzare la confisca come strumento punitivo, basti l'esempio della *Vermögenstrafe*, § 43a StGB, dichiarata incostituzionale dalla sentenza del *BverfGE* 105, 135 perché in contrasto con il principio di tassatività (art. 103, co. 2 *GG*), che richiede che sia chiaramente determinata la cornice edittale della pena; tale pena patrimoniale, invece, era commisurata all'entità, peraltro da valutare, del patrimonio del reo, piuttosto che ai normali indici di commisurazione della pena – a partire dalla colpevolezza espressa nel fatto di reato – (il cumulo, poi, di pena detentiva non sospendibile e di pena patrimoniale sembrava in contrasto con il principio di colpevolezza per il singolo fatto)[76]. Anche in relazione al *criminal forfeiture* è stata contestata la violazione dell'ottavo emendamento, che vieta le pene «inusuali» e «crudeli»[77], non tanto in riferimento alla confisca dei proventi del reato, che non viene considerata «pena» dalla giurisprudenza e quindi non sottostà all'ottavo emendamento, ma in relazione alla confisca dei beni che hanno facilitato o permesso di esercitare un'influenza sull'impresa illecita, che invece deve rispettare il principio di proporzione[78]. Anche nell'ordinamento francese che conosce la *confiscation* parziale o totale dei beni del condannato (*La confiscation de tout ou partie des biens du condamné*) come pena complementare (ad esempio art. 324 – 7 modificato dalla LOI n. 2013-907), anche contro gli enti (art. 131 – 39), emerge la difficoltà di garantire la personalizzazione, o meglio l'individualizzazione laddove si riferisce alle persone giuridiche, di una simile pena ai sensi dell'art. 132 – 24 del *Code pénal*[79]; il legislatore francese stabilisce

in un formale accordo con l'Agenzia delle entrate, anche in virtù di speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie (*Idem*, 11). Cfr. Cass., sez. III, 16/23737, rv. 267383; cfr. Cass., sez. III, 15/20887, rv. 263409, secondo cui in tema di reati tributari, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, qualora sia stato perfezionato un accordo tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria per la rateizzazione del debito tributario, non può essere mantenuto sull'intero ammontare del profitto derivante dal mancato pagamento dell'imposta evasa, ma deve essere ridotto in misura corrispondente ai ratei versati per effetto della convenzione, poiché, altrimenti, verrebbe a determinarsi una inammissibile duplicazione sanzionatoria, in contrasto con il principio secondo il quale l'ablazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al vantaggio economico conseguito dall'azione delittuosa

[76] Cfr. BGH, 15 novembre 2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a.M.), § 74 ss., 87; Cfr. Köhler-Beck, *Gerechte Geldstrafe statt Konfiscatorischer Vermögenssanktionen,* in *Juristenzeitung*, 1991, p. 797 ss.

[77] Cfr. Maugeri, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari*, cit., p. 710 ss. Cfr. D. Nevares-Muniz, *The eighth amendment revisited: a model of weighted punishments*, in *Jour. Crim. L. & Crimin*., 1984, vol. I, p. 272 ss.; R.A. Van Cleave, "*Death is different", is money different? Criminal punishments, forfeitures, and punitive damages. Shifting constitutional paradigms for assessing proportionality*, in *Southern California Interd. Law Journ*., 2003, n. 12, p. 217 e p. 245 ss.

[78] *United States Court of Appeals for the Eighth Circuit 108 F.3d853*, *United. States v. Alexander*, *Plaintiff-Appellee, v. Ferris Alexander*, *Defendant-Appellant*, N. 90-5417, Certiorari denied October 6, 1997, in *Money Laundering, Asset Forfeiture and International Financial Crimes*, vol. IV, 1998.

[79] M. Matsopoulou, *La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 309; J.H. Robert, *L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires*, in *Droit pénal Procédure pénale*, J.Larguier, Grenoble 1993, p. 248.

File riservato ad esclusivo fine di studio

i criteri che dovrebbero presiedere la decisione del giudice circa l'*an* dell'applicazione della confisca, ma non disciplina, però, in alcun modo la possibilità di commisurare il *quantum* della confisca[80].

3.1. Altre ipotesi di uso punitivo della confisca degli strumenti del reato

Vi sono anche altri esempi di confisca degli strumenti del reato in cui prevale la finalità punitiva rispetto a quella neutralizzatrice o interdittiva. Assume, ad esempio, un carattere punitivo la confisca obbligatoria degli strumenti (nonché delle cose destinate) del reato di contrabbando (art. 301, co. 1, d.P.R. n. 43/73, come modificato dall'art. 11 della l. 30 dicembre 1991, n. 413); carattere accentuato dal fatto che tale forma di confisca si considera applicabile anche in assenza di una sentenza di condanna, in caso di estinzione del reato o di decreto di archiviazione per cause che non attengono alla sussistenza del fatto ed al rapporto con l'autore[81]. La giurisprudenza ha ritenuto applicabile tale forma di confisca anche in mancanza dell'elemento soggettivo, per ignoranza ritenuta scusabile o in caso di estinzione del reato dovuta a prescrizione o per oblazione amministrativa, in quanto – trattandosi di una misura di sicurezza – non sono estensibili i principi che disciplinano l'irrogazione della pena e in particolare il principio di colpevolezza[82]. Un siffatto orientamento si pone però in contrasto con il rispetto del principio di colpevolezza, che deve essere rispettato quando la confisca assume un carattere punitivo, come sancito nella sentenza della Corte EDU Sud Fondi[83] e come, del resto, affermato nelle plurime pronunce della Corte Costituzionale[84] che hanno escluso l'applicazione della forma di confisca in esame ai terzi incolpevoli, pena la riduzione del principio di colpevolezza al divieto di responsabilità per fatto altrui.

[80] Così G.Stefani, G.Levasseur, B.Bouloc, *Droit pénal général*, Paris 2005, p. 358; definisce la confisca come «mesure fixe», in *Droit pénal général*, J. Pradel, Cujas, Paris 1995, p. 713.

[81] Cass., sez. III, 09/28508, rv. 244780, secondo cui la forma di confisca in commento deve essere disposta anche con il decreto di archiviazione pronunciato per cause che non attengono alla sussistenza del fatto ed al rapporto con il soggetto autore; Cass., 21 settembre 2007, Del Duca, rv. 237924.

[82] Cass., sez. II, 13/8330, rv. 259009, secondo cui in tema di contrabbando, deve essere disposta, in deroga alla previsione generale dell'art. 240 c.p., la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne siano state l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto, anche nel caso in cui l'imputato sia stato prosciolto o assolto per cause che non incidono sulla materialità del fatto; Cass., sez. III, 10/25887, rv. 248057, secondo cui la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato di contrabbando deve essere sempre disposta dal giudice anche nel caso di estinzione del reato per prescrizione; Cass., 17 marzo 2010, Sunseeker, Holding Limites, rv. 246965; Cass., sez. III, 08/3201.

[83] C. EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi Srl. e Altre 2 c. Italia*, n. 75909/01.

[84] C. Cost. 10 gennaio 1997, n. 1; Corte Cost. 19 gennaio 1987, n. 2; Corte Cost. 29 dicembre 1976, n. 259; Corte Cost. 17 luglio 1974, n. 229.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Assume finalità punitiva la confisca speciale obbligatoria prevista dall'art. 31, l. 13 settembre 1982, n. 646 per il caso di mancata comunicazione delle variazioni patrimoniali sopra una certa entità, indicata dalla legge, da parte della persona condannata per taluni gravi reati previsti dall'art. 30, l. 13 settembre 1982, n. 646, modificato dall'art. 7, l. 13 agosto 2010, n. 136, o sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione, prima ai sensi della l. 31 maggio 1965, n. 575, oggi del d. lgs. n. 159/2011. La confisca ha ad oggetto i beni a qualunque titolo acquistati e i beni a qualunque titolo alienati[85]; si prevede altresì la confisca per equivalente degli stessi. Tale forma di confisca non presuppone il valore sproporzionato dei beni da confiscare, né la mancata giustificazione della loro origine[86]; non sono sottratti per la loro eventuale origine illecita, fermo restando che il legislatore presuppone che la mancata comunicazione sia connessa a una simile origine. In ogni caso, però, in mancanza di qualunque accertamento dell'eventuale origine illecita dei beni acquisiti o alienati, si tratta di una forma di pena patrimoniale.

Molte forme di confisca obbligatoria del veicolo utilizzato per la consumazione del reato assumono un'evidente finalità afflittiva, più che preventiva, a partire dalla confisca del veicolo in seguito a guida in stato di ebbrezza ai sensi dell'art. 186, co. 2 lett. *c*), cod. strad., nonché dell'art. 187, co. 7 in relazione al rifiuto di sottoporsi ai controlli alcolimetrici, o 187, co. 1 e co. 8, per la guida in stato di alterazione psichica per uso di sostanze stupefacenti. Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale hanno riconosciuto la natura di sanzione penale accessoria della confisca *ex* art. 186[87]; inoltre la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'inciso «ai sensi dell'art. 240, secondo comma del codice penale» dell'art. 186, co. 2 lett. *c*) d. lgs. n. 285/1992, come modificato dall'art. 4, co. 1, lett. *b*), d.l. 92/'08, per violazione del principio di irretroattività delle sanzioni penali ai sensi dell'art. 7 Cedu e, quindi, dell'art. 117 Cost., in quanto

[85] Cass., sez. VI, 09/16032, rv. 243519, in *Riv. pol.,* 2010, n. 6, p. 392 secondo cui non può essere disposta la confisca *ex lege* n. 646 del 1982, e quindi il sequestro preventivo, della somma di denaro corrispondente alla quota di aumento di capitale di una società, di cui il condannato o il prevenuto è socio, in quanto confisca e sequestro possono essere disposti soltanto in riguardo ai beni acquistati a qualsiasi titolo e al corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati

[86] Cass., 10/27196, Curto, rv. 247843, secondo cui il sequestro preventivo e la conseguente confisca dei beni o dei corrispettivi derivanti da acquisti o variazioni patrimoniali non comunicati da parte dei sottoposti a misura di prevenzione non hanno tra i presupposti l'impossibilità da parte del soggetto di giustificare la provenienza dei beni e la sproporzione tra il valore dei beni ed i redditi del soggetto.

[87] Cass., sez. IV, 11/15022, rv. 250229; Cass., Sez. Un. 25 febbraio 2010, Caligo, rv. 247042 secondo cui la confisca del veicolo, prevista in caso di condanna per la contravvenzione di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici, così come per quella di guida in stato di ebbrezza, non è una misura di sicurezza patrimoniale, bensì una sanzione penale accessoria per cui non può essere disposta in relazione agli illeciti commessi prima della sua introduzione; Cass., sez. IV, 10/40523, rv. 248859; Cass., sez. IV, 10/23968, rv. 247909.

File riservato ad esclusivo fine di studio

avrebbe consentito l'applicazione retroattiva della confisca del veicolo in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza[88]. In seguito a queste sentenze, però, la l. 120/2010 ha qualificato espressamente la confisca per il reato di guida in stato d'ebbrezza come sanzione *amministrativa*[89]. Tale presa di posizione è stata rispettata dalla giurisprudenza maggioritaria[90]; fermo restando che, come correttamente osservato in dottrina, la nuova forma di confisca amministrativa non può essere applicata retroattivamente, pena la violazione dell'art. 1, l. 689/1981[91]. In ogni caso anche una sanzione amministrativa, purché abbia un carattere afflittivo per finalità di prevenzione generale e speciale, può rientrare nella nozione di materia penale *ex* art. 6 e 7 Cedu[92]. Tale forma di confisca viene applicata anche nei confronti dei terzi, qualora si ritenga che si tratti di intestatari fittizi, con l'obbligo a carico del terzo di provare la sua buona fede e la mancanza di negligenza[93].

Assume un evidente carattere punitivo la confisca del veicolo nell'ambito

[88] Corte Cost., 10/196, P.T., in *F. it.*, 2010, n. 9, vol. I, p. 2306; Romano, Grasso, Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 633.

[89] Si consideri inoltre che secondo un certo orientamento la forma di confisca in questione ha carattere obbligatorio e deve essere disposta anche in caso di patteggiamento (Cass., 9 ottobre 2014, Memetel, CED 260870; Cass., 16 maggio 2013, Sparacio, CED 255908, in *Foro it.*, 2014, n. 3, vol. II, p. 167; *contra* Cass., 29 febbraio 2012, Crisalli, CED 252237, in *Foro it.*, 2012, n. 9, vol. II, p. 449 secondo cui la confisca in questione consegue obbligatoriamente ad una sentenza di condanna e non anche di patteggiamento)

[90] Cass., sez. IV, 15/18121, rv. 263440; Cass., sez. IV, 13/10920, rv. 258782; Cass., sez. IV, 13/41415, secondo cui Il giudice è obbligato a disporre la confisca del veicolo, quale sanzione accessoria amministrativa, al pari della sospensione della patente di guida, nel caso di condanna o di applicazione della pena per quei reati per i quali la stessa è prevista dalla legge quale ulteriore conseguenza; Cass., sez. IV, 13/33209; Cass., sez. IV, 12/3270, rv. 255003; Cass., sez. VI, 12/12313, rv. 252563, secondo cui il giudice, anche a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 33 legge n. 120 del 2010, deve disporre, con la sentenza di condanna o di patteggiamento, la confisca del veicolo utilizzato per commettere il reato di guida in stato di ebbrezza, anche se essa ha assunto natura di sanzione amministrativa accessoria; Cass., sez. IV, 11/34459, rv. 251103; Cass., sez. IV, 11/14539, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 6, p. 681; Cass., sez. IV, 10/40523, rv. 248858; Cass., sez. IV, 11/34459; Cass., 10/41564; Cass., 10/41091.

[91] G.L. Gatta, F. Viganò, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, in *www.penalecontemporaneo.it,* 9 dicembre 2010; la circolare del Ministero dell'Interno del 30 luglio 2010, prot. 300/A/10777/10/101/3/3/9, 8.

[92] In tale direzione Trib. di Lecce, sez. dist. di Nardò, 10 ottobre 2011; C. Parodi, *in www.penalecontemporaneo.it,* 24 gennaio 2012. Ipotesi di confisca obbligatoria dei mezzi di trasporto con finalità punitiva sono altresì previste dall'art. 259 d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, modificato dal d.l. 3 dicembre 2010, n. 205, in relazioni ai reati di traffico e trasporto illecito di rifiuti, misura cui la giurisprudenza attribuisce la natura e la funzione di pena (Cass., 25 marzo 2003, M., rv. 224486; Cass., 15 febbraio 2002, Pierobon, rv. 221271.)

[93] Cass., 4 novembre 2008, Castellano, rv. 241771; Cass., 20 maggio 2008, Torre, CED 240551, in *Cass. pen.*, 2009, IV, p. 1688 secondo cui il terzo può sottrarsi a confisca solo provando di non essere stato a conoscenza dell'uso illecito o che tale uso non era collegabile ad un proprio comportamento negligente.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dei reati ambientali, come riconosciuto dalla giurisprudenza (funzione general preventiva dissuasiva[94]), nonché la recente confisca per equivalente anche degli strumenti del reato introdotta dalla l. 68/2015 con l'art. 260, co. 4 *bis,* cod. ambientale (d. lgs. 152/2006)[95]; la confisca degli strumenti si dovrebbe giustificare come misura di sicurezza solo in un'ottica strettamente neutralizzatrice/interdittiva, ma la confisca del valore equivalente assume un mero carattere punitivo con i connessi rischi di violare il principio di proporzione e di colpevolezza (quale criterio di commisurazione della pena).

La finalità punitiva emerge, ancora, nella confisca obbligatoria dell'area sulla quale viene realizzata una discarica abusiva *ex* art. 6, d.l. 6 novembre 2008, n. 172, che in sé non è sicuramente un bene pericoloso; nonostante questo bene rappresenti lo strumento per la consumazione del crimine, tale forma di confisca comporta un sacrificio patrimoniale giustificabile solo in chiave repressiva, tanto è vero che è prevista solo se il terreno è di proprietà dell'autore del reato[96].

3.2. La confisca in materia di lottizzazione abusiva e la giurisprudenza della Corte e.d.u

Una vicenda emblematica dell'esasperazione punitiva che ispira l'applicazione della confisca nell'ordinamento italiano è rappresentata dalla mancanza di «dialogo tra le Corti» Edu, da una parte, e Costituzionale, dall'altra, in relazione alla confisca del terreno abusivamente lottizzato e delle opere sullo stesso abusivamente costruite (art. 19, l. 28 febbraio 1985, n. 47, oggi sostituito dall'art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).

Nel caso Sud Fondi la Corte europea si è occupata di definire la natura della confisca dei terreni e degli edifici abusivamente lottizzati di cui le ricorrenti erano proprietarie, definita dalla giurisprudenza italiana dapprima sanzione penale applicabile solo ai beni dell'imputato giudicato colpevole per il reato di lottizzazione abusiva, ai sensi dell'art. 240 c.p.[97], ma successivamente, a partire dalla sentenza Licastro della Suprema Corte, «sanzione amministrativa e obbligato-

[94] Fra le altre Cass., 27 gennaio 2011, in *Riv. giur. dell'ambiente* 2011, vol. VI, p. 800; Cass. 28 gennaio 2009, Grandi, rv. 243106.

[95] 4 *bis.* É sempre ordinata la confisca delle cose che servirono a commettere il reato o che costituiscono il prodotto o il profitto del reato, salvo che appartengano a persone estranee al reato. Quando essa non sia possibile, il giudice individua beni di valore equivalente di cui il condannato abbia anche indirettamente o per interposta persona la disponibilità e ne ordina la confisca.

[96] A. Zaini, E. Tiani, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, vol. I, Ipsoa, Milano 2011, p. 2438.

[97] Cass., sez. III, 18 ottobre 1988, Brunotti, in *Foro it. Rep.*, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 596 – 687; Cass., 8 maggio 1991, Ligresti, in *Foro it. Rep.*, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 628; Cass., S.U. 3 febbraio 1990, Cancilleri, in *Foro it.*, 1990, p. 69; A. Riccio, *Beni giuridici e proprietà*, in *La C.e.d.u. e il ruolo delle Corti*, a cura di P. Gianniti, Zanichelli, Bologna 2015, p. 1343 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ria», indipendente dalla condanna penale[98]; con ordinanza n. 187/1998 la Corte costituzionale ha ribadito la natura amministrativa della confisca, sanzione amministrativa reale che il giudice penale è tenuto a disporre anche quando debba dichiarare prescritto il reato di lottizzazione abusiva, assumendo come requisito sufficiente l'accertamento della mera materialità dell'illecito, ossia dell'oggettiva abusività del manufatto edilizio (con la sola eccezione, dunque, dell'ipotesi di assoluzione per insussistenza del fatto).

La Corte considera la sanzione in esame «*penalty*» ai sensi dell'art. 7, nonostante il fatto che manchi nel caso di specie una condanna contro le compagnie che hanno subito la condanna, perché la sua applicazione è connessa a previsioni di carattere generale; l'illegalità materiale della condotta di lottizzazione è stata stabilita da una corte penale; la sanzione stabilita dall'art. 19 della l. 47/1985 svolte fondamentalmente una funzione deterrente di ulteriori violazioni delle condizioni statutarie attraverso una punizione; il codice degli appalti del 2001 classifica la confisca per la lottizzazione abusiva come una pena; e, infine, assume una «*certain severity*».

La Corte e.d.u. ritiene che la confisca in esame ha costituito una ingerenza nel godimento del diritto dei ricorrenti al rispetto dei beni ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 C.e.d.u., ma non ritiene necessario stabilire se si tratti o meno di una pena ai sensi del secondo paragrafo della norma in questione, come stabilito nel caso Phillips e Welch, oppure una forma di regolamentazione dell'uso dei beni come stabilito dalla Corte in relazione alla confisca misura di prevenzione dell'ordinamento italiano, poiché in ogni caso trova applicazione il secondo paragrafo dell'art. 1 del Protocollo n. 1[99]. Fatta questa premessa la Corte ritiene che l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni delle ricorrenti era arbitrario e che vi è stata violazione del diritto di proprietà perché nel caso di specie il reato rispetto al quale la confisca è stata inflitta alle ricorrenti non aveva alcuna base legale ai sensi della Convenzione e la sanzione inflitta alle stesse era arbitraria[100]. La Corte ritiene opportuno precisare, «tenuto conto della gravità dei fatti denun-

[98] Cfr. Cass., sez. III, 12 novembre 1990, Licastro, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1307. Quest'orientamento è stato largamente seguito cfr. Cass., sez. III, 16 novembre 1995, Besana, n. 12471, in *Cass. pen.*, 1997, 192 (s.m).; Cass., sez. III, 25 giugno 1999, n. 1880, Negro, in *Cass. pen.*, 2000, 3409 (s.m); Cass., sez. III, 15 maggio 1997, n. 331, Sucato, in *Cass. pen.*, 1998, 1226 (s.m); Cass., sez. III, 23 dicembre 1997, n. 3900, Farano, in *Cass. pen.*, 1998, 3087 (s.m); Cass., sez. III, 6 maggio 1999, Iacoangeli, n. 777, in *Cass. pen.*, 2000, 2750 (s.m); Cass., sez. III, 9 agosto 2006, n. 28683; Cass., sez. III, 7 luglio 2004, n. 38728; Cass., sez. III, 11 aprile 2007, n. 35219, rv. 237371, che ha sollevato la questione di costituzionalità «per contrasto con gli art. 3, 25 comma 2, 27 comma 3 cost. – dell'art. 44 comma 2 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti».
[99] Corte EDU, *Sud Fondi Srl*, cit., § 125-129; Id., 24 marzo 2005, *Frizen c. Russia*, n. 58254/00, § 31.
[100] Corte EDU, *Sud Fondi Srl*, cit., *§ 137, cfr. §§* 114-118.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ciati nella presente causa», che la sanzione è sproporzionata rispetto all'interesse generale della comunità, tenendo presente che deve sussistere un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (Air Canada già cit., § 36) in quanto «la buona fede e l'assenza di responsabilità delle ricorrenti non hanno potuto svolgere alcun ruolo (a contrario, Agosi, già cit., §§ 54-55 e 58-60; Air Canada, già cit., §§ 44-46)» e «le procedure applicabili nella fattispecie non permettevano in alcun modo di tenere conto del grado di colpa o di imprudenza né, a dir poco, del rapporto tra la condotta delle ricorrenti e il reato controverso»[101]. «La Corte ritiene poi che la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo annunciato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche. Sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione. Infine, la Corte osserva che il comune di Bari – responsabile di avere accordato dei permessi di costruire illegali – è l'ente che è divenuto proprietario dei beni confiscati, il che è paradossale. Tenuto conto di questi elementi, vi è stata rottura del giusto equilibrio e violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 anche per questo motivo»[102].

In tale direzione, come già osservato prima della pronuncia della Corte E.d.u., si può sottolineare che la confisca contro la lottizzazione abusiva, al di là delle varie teorie sulla sua natura giuridica[103], viene applicata in seguito alla consumazione di un reato (natura dell'infrazione) e assume un indubbio carattere afflittivo nei confronti del proprietario del terreno (natura della sanzione): in quanto oltre alla pena prevista per il reato di lottizzazione abusiva, dovrà subire la perdita del diritto di proprietà sul terreno con il suo valore patrimoniale; se, poi, ha già venduto i lotti, gli sarà confiscato il ricavato della vendita, dovrà rimborsare gli acquirenti, e non potrà più riavere la disponibilità del terreno[104]. Tale considerevole carattere afflittivo, con evidente perseguimento di finalità di prevenzione generale e speciale, impone, però, il rispetto delle garanzie della materia penale alla luce della giurisprudenza della Corte E.d.u. (a partire dal principio di colpevolezza), sia che si consideri la confisca in esame una sanzione amministrativa[105], sia che la si consideri, come sembra più coerente, una

[101] *Idem*, §§ 138-139.
[102] *Idem*, §§ 140-142.
[103] A. Albamonte, *Demolizione dell'opera abusiva e poteri del giudice penale*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 428, la riconduce ad una misura di sicurezza *ex* art. 240 c.p.; A. Marini, *Commento all'art. 19 L. 28/2/1985 N. 47 (Condono Edilizio)*, in *Legisl. pen.*, 1985, p. 623, riconosce che presenta dei caratteri e la *ratio* di una pena; S. Monaldi, *Commento all'art. 19*, in *Leggi civ. comm.*, 1985, p. 1093 sostiene la natura sostanzialmente amministrativa della confisca *ex* art. 19 c.p.
[104] Né si può parlare di mera finalità ripristinatoria perché sarebbe stata sufficiente a quello scopo la cessazione della lottizzazione, la confisca del profitto e la demolizione delle opere già costruite.
[105] In tale direzione cfr. Cass., 24 febbraio 1999, Iacoangeli, in *Riv. pen.*, 1999, p. 543.

File riservato ad esclusivo fine di studio

sanzione penale in senso stretto[106]. In seguito a questa sentenza l'art. 19, legge n. 47, cit., oggi art. 44, co. 2, t.u. edilizia, si pone in contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. e la Suprema Corte cerca di fare rientrare la confisca in esame nella nozione autonoma di «materia penale» ai sensi degli artt. 6 e 7 C.e.d.u., ma solo per richiedere il rispetto del principio di colpevolezza sancito per le sanzioni amministrative punitive dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 e continuando ad ammetterne l'applicazione nell'ipotesi di proscioglimento per prescrizione del reato, purché all'esito di un giudizio di merito che abbia accertato i profili di responsabilità. Questa soluzione non è ritenuta compatibile con le norme della «materia penale» nella sentenza «Varvara» in cui la Corte europea ha stabilito che l'applicazione di tale forma di confisca, considerata pena, «senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una condanna», in una sentenza di colpevolezza (§ 67), costituisce una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7[107], anche perché «non si può punire un imputato in mancanza di una condanna» (§ 60); «la sanzione penale inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con i principi di legalità penale appena esposti dalla Corte e che sono parte integrante del principio di legalità che l'articolo 7 della Convenzione impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione ed è arbitraria» (§ 72)[108].

La Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, t.u. edilizia, così come interpretato dalla Corte europea nella sentenza «Varvara», perché l'interpretazione della Corte europea si porrebbe in contrasto con la Costituzione, in quanto – impedendo l'applicazione della confisca – riconoscerebbe impropriamente prevalenza al diritto di proprietà, che sarebbe invece da considerare soccombente rispetto ad altri valori fondamentali, quali il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute, tutelati dagli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117 Cost.; dunque, la Cassazione chiede alla Corte costituzionale di opporsi alla penetrazione del diritto di Strasburgo nel nostro ordinamento, in nome della salvaguardia di principi e valori costituzionali prevalenti rispetto all'obbligo, previsto dall'art. 117, co. 1, Cost., di osservanza dei vincoli sovranazionali discendenti dall'adesione dell'Italia alla C.e.d.u. [109].

[106]Sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 142 ss.; cfr. A. Balsamo, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3504 ss.

[107] Nonché del principio di responsabilità personale insito negli artt. 7 e 6, § 2, C.e.d.u., § 71, anche se cfr. § 70.

[108] Corte EDU, sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, n. 17475/09, § 72 in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2013, con nota di F. Mazzacuva, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu.*

[109] Cass., sez. III, ord. 30 aprile 2014, n. 20636, *Alessandrini e altro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 maggio 2014.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Una seconda questione, in senso diametralmente opposto, viene proposta dal Tribunale di Teramo, che dubita della legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001, nell'estensione assegnatagli dal diritto nazionale vivente, per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 7 C.e.d.u. (così come interpretato dalla sentenza «Varvara»), nella parte in cui consente che l'accertamento della sussistenza del reato di lottizzazione abusiva, quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per prescrizione[110].

La Corte costituzionale con la sentenza n. 49/2015 dichiara inammissibili le questioni e continua a ritenere possibile l'applicazione della confisca urbanistica in mancanza di una condanna definitiva, dopo aver ristretto l'obbligo di interpretazione conforme del giudice nazionale al rispetto della normativa C.e.d.u. quale emerge solo dalla «giurisprudenza consolidata» (e non nei confronti di singole pronunce ancora isolate, o comunque espressive di un orientamento non univoco ed incontrastato), in cui non si fa rientrare la sentenza «*Varvara»; fermo restando che, ad avviso del giudice delle leggi* la sentenza della Corte e.d.u. «Varvara» non ha il significato attribuitole dai giudici a quibus, posto che con essa il giudice europeo ha soltanto ribadito che la sanzione non può trovare applicazione senza previo accertamento della responsabilità[111]. Per poter disporre legittimamente la confisca urbanistica, avente natura intrinseca di pena ai sensi dell'art. 7 della C.e.d.u., è necessario, allora, il pronunciamento di un giudice che abbia «sostanza» di condanna; in altri termini, la confisca è compatibile con un esito processuale diverso dalla condanna in senso formale, purché il provvedimento definitorio contenga un accertamento incidentale delle condizioni necessarie per applicare una pena, cioè un accertamento della colpevolezza (e quindi della responsabilità) del soggetto. È questo, ad avviso della Corte costituzionale,

[110] Cfr. A. Laronga, *La confisca urbanistica in assenza di condanna, dopo C. Cost 49/15*, in *www.questionegiustizia.it*., 4 giugno 2015.

[111] Corte Cost., 14 gennaio 2015, n. 49, dichiara inammissibili le questioni a causa, innanzitutto, di una erronea individuazione della norma da impugnare; difetto di motivazione in ordine alla rilevanza della questione nel giudizio a quo; ed infine, un «duplice, erroneo presupposto interpretativo» cfr. V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra roma e strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2015 ; M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, C.e.d.u. e diritto vivente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost.*, sent. 26 marzo 2015, n. 49, *ivi*, 30 marzo 2015; R. Conti, *La C.e.d.u. assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *www.giurcost.org*; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della C.e.d.u. in ambito interno*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015; G. Civiello, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1; A. Dello Russo, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, n. 3.

File riservato ad esclusivo fine di studio

il profilo che interessa al giudice europeo.

In realtà, il ragionamento seguito dalla Consulta non sembra tener conto di un altro aspetto della questione sul quale la Corte E.d.u. appare particolarmente sensibile, consistente nella considerazione che, in assenza di una condanna in senso «formale», persiste e va garantita la presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2, C.e.d.u., che sarebbe violata da una decisione che accerta il reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (oggettivo e soggettivo), pur senza concretizzarsi in una condanna formale. Sul piano processuale, poi, si pone il problema circa l'incompatibilità del giudizio di colpevolezza e della necessaria attività istruttoria su cui lo stesso si basa rispetto all'obbligo di immediata declaratoria di estinzione del reato per prescrizione[112].

In particolare, non è chiaro se l'ordinamento processuale penale, a fronte di quest'ultimo obbligo, imponga ai fini della confisca solo l'approfondita valutazione del materiale probatorio fino a quel punto acquisito, ovvero consenta al giudice di esercitare ulteriori poteri istruttori, ad esempio, assumendo le testimonianze indicate dalle parti, o persino esercitando i poteri di iniziativa probatoria d'ufficio di cui all'art. 507 c.p.p. In quest'ultima direzione la Suprema Corte ha ripetutamente affermato (sia in relazione alla confisca diretta *ex* art. 240 c.p., sia nell'ipotesi più problematica della confisca allargata *ex* art. 240 *bis* c.p. – prima art. 12 *sexies*, d.l. 306/1992 –[113]) che in caso di estinzione del reato il giudice dispone di poteri di accertamento del fatto-reato al fine di ordinare la confisca delle cose confiscabili; l'accertamento incidentale finalizzato all'applicazione della confisca presuppone che la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva sopraggiunga dopo l'esercizio dell'azione penale[114], come precisato dalla Suprema Corte[115].

Tale soluzione della Corte costituzionale sembra un compromesso inaccettabile dinanzi ad una forma di confisca pena, come chiaramente emerge dall'oggetto della sanzione in esame che incide sul diritto di proprietà (e non si limita a sottrarre i proventi del reato, che non si ha diritto a detenere non essendo il reato un legittimo titolo di acquisto di beni – confisca misura di compensazio-

[112] Così Laronga, *La confisca urbanistica in assenza di condanna, dopo C. Cost. 49/15*, cit.

[113] Sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *Confisca "allargata"*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano 2016, pp. 63-112 ss.

[114] Poiché solo nella fase processuale è assicurata la piena partecipazione all'accertamento del destinatario della misura ablativa nel rispetto delle garanzie del «giusto processo»; viceversa, se il reato di lottizzazione abusiva si prescrive prima dell'esercizio dell'azione penale, è escluso che l'autorità giudiziaria possa disporre legittimamente la confisca di cui all'art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001. Così Laronga, *La confisca urbanistica in assenza di condanna, dopo C. Cost. 49/15*, cit.

[115] Cass., sez. III, 19 maggio 2016, n. 35313, in *Riv. Pen.*, 2016, n. 10, p. 878; Cass., sez. III, 6 aprile 2011, n. 24162, Vitale, rv.250641; Cass., sez. III, 6 ottobre 2010, *Grova e altri*, n. 5857/11, rv.249517; Cass., sez. III, 19 maggio 2009, *Costanza*, n. 30933, rv. 244247.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ne) per punire il reato di lottizzazione abusiva, le cui finalità di salvaguardia dei beni fondamentali richiamati dalla Corte potrebbero essere pienamente salvaguardati con ordini di demolizione e con l'inefficacia della lottizzazione, come suggerito dalla Corte europea già nel caso Sud Fondi; l'applicazione di una pena presuppone una condanna definitiva nel pieno rispetto del principio di colpevolezza.

3.2.1. La sentenza della Grande Camera nel caso G.I.E.M. e altri c. Italia

Da ultimo la Grande Camera si è nuovamente pronunciata in materia con una sentenza che presenta delle ambiguità.

La Corte Europea, infatti, da una parte ribadisce che la forma di confisca in esame rappresenta una pena come già sostenuto nel caso Sud Fondi, la cui applicazione è subordinata al rispetto dei principi della materia penale sanciti dagli artt. 7 e 6 della Cedu, dall'altra finisce per sostenere la posizione della Corte Costituzionale italiana che si accontenta di un accertamento di responsabilità soggettiva di carattere sostanziale per applicare tale sanzione, – che considera comunque amministrativa, anche se rientrante nella nozione di materia penale ai sensi della Cedu –, anche nell'ipotesi di prescrizione. Fermo restando che, poi, la Corte Edu ritiene che la forma di confisca in esame si pone in contrasto con la presunzione d'innocenza nel caso di specie, laddove la Corte di Cassazione la applica pronunciando la prescrizione e ribaltando la pronuncia di assoluzione pronunciata dalla Corte di Appello.

La Corte sostiene la natura penale della confisca in esame perché non ritiene decisivo il fatto che non consegua ad una condanna in sede penale (§ 215 ss.), e ritiene convincenti gli argomenti utilizzati nel caso Sud Fondi (§ 219), enfatizzando che anche la Corte di Cassazione (§ 121) e lo stesso Governo italiano hanno riconosciuto la finalità punitiva di tale sanzione (§ 224). Si tratta di una sanzione anche particolarmente severa e intrusiva, che si applica non solo sul terreno oggetto del reato ma anche sul terreno circostante e senza alcun compenso. In relazione al tipo di procedura nel cui ambito è applicata, la Corte non è convinta del fatto che nell'applicare tale sanzione l'autorità giudiziaria agisca in sostituzione dell'autorità amministrativa (teoria contestata anche nell'ordinamento italiano) e, in ogni caso, la confisca non viene meno neanche nel caso di susseguente regolarizzazione della lottizzazione da parte dell'autorità amministrativa (§ 230); anzi un conflitto emerge tra l'autorità amministrativa e la corte penale, laddove la seconda ritiene che sussista il reato per violazione del piano regolatore e della relativa normativa nazionale, pur in presenza di un'autorizzazione amministrativa (§ 231).

In conclusione la Corte ritiene che si tratti di una pena ai sensi dell'art. 7 Cedu in base alla sua nozione autonoma di materia penale, nonostante la man-

File riservato ad esclusivo fine di studio

canza di un processo penale ai sensi dell'art. 6, anche perché come sottolineato dalla Corte Costituzionale nella decisione n. 49/2015, è possibile applicare delle pene (*penalties*) da parte delle autorità nazionali con dei procedimenti diversi da quelli classificati come penali in base alla legge nazionale (§ 233).

La Corte, poi, concorda con la posizione della sentenza Sud Fondi in relazione alla necessità di rispettare il principio di colpevolezza in virtù dell'art. 7, che "*non menziona espressamente un legame morale fra l'elemento materiale del reato ed il presunto autore. Ciò nonostante, la logica della pena e della punizione così come la nozione di* 'guilty' *(nella versione inglese) e la nozione corrispondente di* 'personne coupable' *(nella versione francese) sono nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esiga, per punire, un legame di natura intellettiva (coscienza e volontà) che permetta di riscontrare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato, elemento in assenza del quale l'inflizione di una pena sarebbe ingiustificata*"[116]. Il principio di legalità nel pretendere che le leggi definiscano in modo chiaro il precetto e la sanzione e quindi siano accessibili e prevedibili nei loro effetti, impone anche che l'individuo conosca prima, anche attraverso l'interpretazione della legge, quali siano i comportamenti e le omissioni che ne determineranno la colpevolezza in sede penale. Ne consegue che una misura può essere considerata una pena ai sensi dell'art. 7 laddove un elemento di responsabilità personale sia stato accertato in capo all'autore; sussiste una chiara connessione tra il grado di prevedibilità di una norma penale e la responsabilità personale dell'autore (§ 242).

La Grande Camera, però, come già la sentenza Varvara[117], assume una posizione piuttosto compromissoria anche in termini di rispetto del principio di colpevolezza perché se da una parte richiede il rispetto di tale principio, d'altra, – riprendendo, del resto, la sua giurisprudenza consolidata –, ritiene che il principio di colpevolezza non esclude forme di responsabilità oggettiva derivanti da presunzioni di responsabilità, purché siano compatibili con la Convenzione. Si richiama la giurisprudenza precedente della stessa Corte che sancisce che la presunzione d'innocenza, sancita dall'art. 6, co. 2, Cedu, lascia liberi gli Stati contraenti, a certe condizioni, di penalizzare un semplice o obiettivo fatto come tale, indipendentemente dal fatto che sia realizzato intenzionalmente o con negligenza. Presunzioni di fatto o di diritto operano in tutti i sistemi legali. La

[116] Cfr. Sud Fondi, cit., § 116.

[117] § 70 recita: "*gli Stati contraenti restano liberi, in linea di principio, di reprimere penalmente un atto compiuto fuori dall'esercizio normale di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione e, quindi, di definire gli elementi costitutivi di questo reato: essi possono, in particolare, sempre in linea di principio e ad alcune condizioni, rendere punibile un fatto materiale o oggettivo considerato di per sé, indipendentemente dal fatto che esso sia doloso o colposo; le rispettive legislazioni ne offrono degli esempi* [...] *L'articolo 7 della Convenzione non richiede espressamente un «nesso psicologico» o «intellettuale» o «morale» tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne è ritenuta l'autore*".

File riservato ad esclusivo fine di studio

Convenzione non li proibisce in principio, purché non vengano superati certi limiti, come avviene laddove si rende impossibile a un soggetto la confutazione della presunzione e la possibilità di difendersi dall'accusa, privandolo, in conclusione, del diritto alla presunzione d'innocenza (§ 243). La Corte ritiene che tale giurisprudenza si applica anche in relazione all'art. 7 per il principio di armonia e non contraddizione del sistema della Convenzione, per cui tali disposizioni proteggono il diritto di ogni individuo a non essere punito senza la sua personale responsabilità, che comporta un legame mentale con il reato che deve essere debitamente stabilito (§ 244); alla luce dell'art. 7 nessuna sanzione può essere applicata senza che la responsabilità penale personale sia stata stabilita e dichiarata precedentemente, altrimenti verrebbe violata anche la presunzione d'innocenza *ex* art. 6, co. 2, Cedu (§ 251). In realtà, come evidenzia nella sua opinione dissenziente il giudice Albuquerque, la Corte confonde l'affermazione del principio di colpevolezza di carattere sostanziale che non dovrebbe ammettere deroghe, con la sua tutela procedurale garantita dalla presunzione d'innocenza.

Alla luce di tale giurisprudenza la Corte ritiene, però, che non è obbligatorio che la dichiarazione di responsabilità penale avvenga necessariamente attraverso la sentenza di una corte penale che condanna formalmente l'imputato. Anzi si precisa che la sentenza Varvara non conduce a tale conclusione, ma solo evidenzia che spesso ciò avviene, ma «*this should not be seen as a mandatory rule*». *La Corte, da parte sua, deve assicurare che la dichiarazione di responsabilità penale sia conforme alle garanzie stabilite nell'art. 7 e in un procedimento conforme all'art. 6.* Detto questo, la Grande Camera risponde alla sentenza della Corte Costituzionale n. 49/2015 precisando in una sorta di *obiter dictum* che «*tutte le sentenze [della Corte Edu] hanno il medesimo valore legale. La loro natura vincolante e autorità interpretativa non può essere fatta discendere dalla composizione nella quale vengono rese*» (§ 252). «Una "risposta" ai giudici costituzionali e alle loro affermazioni circa la diversa "persuasività" (beninteso, in casi diversi da quelli direttamente giudicati dalla Corte Edu, in relazione ai quali vige un obbligo espresso di conformarsi) delle sentenze della Corte di Strasburgo»[118].

Ne consegue che la conformità all'art. 7 come interpretata nella sentenza Varvara non richiede che tutte le controversie siano trattate nell'ambito di un processo penale; l'applicazione di questa disposizione non impone la «penalizzazione» da parte degli Stati di procedure che, nell'esercizio della loro discrezione, «essi non hanno classificato come rientranti rigorosamente nella legge penale» (§ 253) o che ad esse siano applicate procedure che prevedano garanzie diverse ed ulteriori rispetto a quelle derivanti dall'applicazione della Convenzione; così come nel caso Ozturk e seguenti l'obbligo di conformità all'art.

[118] A. Galluccio, Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande camera, in materia urbanistica, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2018, § 8.2.

File riservato ad esclusivo fine di studio

6 non esclude che una «pena» sia imposta in prima istanza da un'autorità amministrativa.

In altri termini, una sanzione formalmente amministrativa, della quale la Corte Edu abbia però riconosciuto la natura sostanzialmente penale, può certamente continuare ad essere inflitta a seguito di un procedimento amministrativo: purché tale procedimento sia dotato del nucleo minimo di garanzie correlate alla nozione convenzionale di *matière pénale*; e senza che in tale procedimento debbano essere fornite quelle eventuali garanzie ulteriori, che siano invece il frutto della qualificazione, nel diritto nazionale, di una sanzione come penale[119].

Pur stabilendo che non è necessario un processo penale, la Corte deve tuttavia accertare che le misure di confisca impugnate siano applicate solo in seguito a una formale dichiarazione di responsabilità penale del ricorrente (§ 255). Per compiere tale accertamento si deve andare al di là delle apparenze e del linguaggio usato e concentrarsi sulla realtà della situazione; si deve guardare alla sostanza della pronuncia, alla motivazione che è una parte integrale della decisione[120].

Alla luce di tale premessa, la Corte precisa che occorre prendere in considerazione l'importanza in una società democratica di sostenere lo stato di diritto e la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario, e in secondo luogo, l'oggetto e lo scopo delle regole applicate dai tribunali italiani; in tale prospettiva si ritiene che le regole rilevanti siano rivolte a impedire l'impunità in situazioni in cui, l'effetto combinato di reati complessi e di relativamente brevi periodi di prescrizione, comportano che gli autori dei reati considerati evitino in maniera sistematica di essere perseguiti e, soprattutto, le conseguenze della loro cattiva condotta (§ 260).

«*La Corte non può trascurare queste considerazioni nell'applicare l'articolo 7 nella presente causa, a condizione che i tribunali nazionali in questione agiscano nel pieno rispetto dei diritti di difesa sanciti dall'articolo 6 della Convenzione. Per tale ragione essa ritiene che, qualora i giudici constatino che tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva siano stati accertati, mentre si interrompono i procedimenti unicamente a causa della prescrizione, tali decisioni possono essere considerate, in sostanza, come una condanna ai sensi dell'articolo 7, che in tali casi non sarà violato*» (corsivo aggiunto). Ragion per cui non sussiste alcuna violazione dell'art. 7 in relazione all'applicazione della misura al sign.re Gironda.

La Corte, insomma, riconosce in maniera oserei dire spudorata che al fine di rimediare le carenze del sistema, che, anche a causa dell'inefficienza delle forme

[119] Idem.

[120] «The Court is thus entitled to look behind the operative part of a judgment and take account of its substance, the reasoning being an integral part of the decision (see, *mutatis mutandis*, *Allen v. the United Kingdom* [GC], no. 25424/09, § 127, 12 July 2013)».

File riservato ad esclusivo fine di studio

dell'intervento amministrativo, determina spesso l'impunità dei reati di lottizzazione abusiva, si giustifica questa sorta di condanna sostanziale pronunciata al di fuori del processo penale e comunque in caso di prescrizione del reato, purché comporti in qualche modo l'accertamento del fatto e della colpevolezza.

Nel caso di specie, però, la violazione dell'art. 7 è determinata dall'applicazione della confisca urbanistica, considerata dalla Corte «pena» (e non mera misura di riequilibrio economico o compensazione) nei confronti di imprese che non possono essere penalmente responsabili nell'ordinamento italiano, osserva la Corte, o sarebbe meglio dire che non sono «amministrativamente responsabili» per i reati urbanistici in virtù del d.lgs. n. 231/2001 e che non hanno partecipato ad alcun procedimento, ma anzi finiscono per rispondere delle azioni di terzi, i loro rappresentanti legali o azionisti che agiscono a titolo personale (§ 272). Nessuna delle società a responsabilità limitata «vittime» del provvedimento ablatorio aveva, in effetti, preso parte al procedimento penale per il reato di lottizzazione abusiva, di cui erano stati chiamati a rispondere solo i legali rappresentanti. I giudici di Strasburgo – muovendo dalla consolidata affermazione della distinzione della personalità giuridica dell'ente rispetto a quella della persona fisica che lo rappresenta – affermano anche nei confronti della persona giuridica il divieto di responsabilità per il fatto altrui (§ 274) in virtù dell'art. 7 della Convenzione.

In relazione alla violazione dell'art. 1 Prot. Add. la Grande Camera ripercorre le considerazioni di carattere generale che caratterizzano la sua giurisprudenza in materia di confisca e, in particolare, le sentenze *Sud Fondi* e *Varvara, ribadendo che la confisca in esame rappresenta un'interferenza con il pacifico godimento del diritto di proprietà (§ 288), non ritenendo necessario specificare se si concretizzi l'ipotesi del primo o del secondo comma della disposizione in esame (§ 291). Piuttosto* la Grande camera ribadisce la necessità di verificare che tale interferenza in virtù dell'art. 1 Prot. Add. sia prevista dalla legge e proporzionata rispetto allo scopo perseguito.

La Corte, allora, pur riconoscendo che la finalità di proteggere l'ambiente, con i sottostanti beni del benessere e della salute degli individui, rappresenti un interesse che legittima la misura in esame e le politiche statali, evidenzia che in base ai dati disponibili emergono molti dubbi sull'effettivo perseguimento di tale finalità; alcuni terreni sono stati restituiti, altri sono ancora occupati dai proprietari, altri sono in possesso del Comune in uno stato di abbandono(§ 295 ss.). Non solo ma, soprattutto, emerge che in termini di rispetto del principio di proporzione (innanzitutto proporzione tra mezzi e scopo, con verifica del fatto che la persona coinvolta non debba sostenere un onere individuale eccessivo), la finalità in gioco, la tutela dell'ambiente, poteva essere perseguita con strumenti alternativi meno invasivi, come l'annullamento della lottizzazione, piuttosto

File riservato ad esclusivo fine di studio

che con una sanzione che colpisce il terreno lottizzato e quello non lottizzato, e anche di proprietà di terzi, e senza alcuna considerazione del grado di responsabilità del ricorrenti nonché della relazione tra la loro condotta e il reato in questione (§ 301). Non solo ma la Corte pretende, come spesso ribadito, la tutela di garanzie procedurali in virtù dell'art. 1 prot. I, anche se non espressamente richieste, e in particolare un procedimento in contraddittorio che rispetti il principio di parità delle armi (§ 302).

Il rispetto di tali limiti sostanziali e procedurali, non è stato possibile nei casi in esame a causa della natura obbligatoria della confisca in questione, che non consente all'autorità giudiziaria di valutare l'opportunità dell'inflizione della misura, né – eventualmente – di modularla in modo da renderla meno invasiva; a ciò si aggiunge la mancata partecipazione degli enti destinatari del provvedimento ablatorio al procedimento penale, e quindi l'assenza di contraddittorio: tutte caratteristiche che si ripercuotono negativamente sulla legittimità convenzionale della misura ritenuta pertanto sproporzionata e, dunque, in violazione dell'art. 1 Prot. Add. Cedu.

La Grande Camera, infine, valuta se in relazione al sign. Gironda, al quale è stata applicata la confisca urbanistica in seguito alla prescrizione del reato, si sia realizzata una violazione della presunzione d'innocenza. Nel caso di specie la Grande camera riscontra una violazione del parametro in questione, poiché la confisca urbanistica era stata disposta non dal giudice di merito, ma dalla Cassazione, che aveva ribaltato la sentenza di assoluzione nel merito e aveva dichiarato il reato estinto per prescrizione. La dichiarazione di colpevolezza, dopo un'assoluzione con formula piena, in un contesto nel quale il reato è estinto e, dunque, non può esservi istruzione probatoria, costituisce una violazione del diritto di difesa dell'imputato ed è, pertanto, incompatibile con l'art. 6.2. della Convenzione (§§ 317 e 318), in linea con la precedente giuriprudenza della Corte in casi simili come il caso Didu v. Romania[121].

In generale la Grande Camera precisa che la colpevolezza non può essere stabilita dalla Corte prima di raccogliere le prove o di svolgere le udienze che dovrebbero permettere alla corte di stabilire il caso nel merito[122].

Al di là, però, del caso concreto la Grande Camera ribadisce alcuni profili fondamentali della presunzione d'innocenza, intesa non solo come regola di giudizio nell'ambito del processo penale (onere della prova a carico dell'accusa, in dubio pro reo) ma come regola di trattamento, e in particolare di protezione di un soggetto assolto o in relazione al quale il processo si sia prescrit-

[121] 14 aprile 2009, n. 34814/02, §§ 40-42; conforme Giosakis c. Grecia (n. 3), 3 maggio 2011, n. 5689/08, § 41.

[122] «See *Baars v. the Netherlands,* no. 44320/98, §§ 25-32, 28 October 2003, and *Paraponiaris*, cited above, §§ 30-33».

File riservato ad esclusivo fine di studio

to, protezione dal fatto di essere trattato da pubblici ufficiali o altre autorità come se fosse colpevole del reato attribuitogli. La Corte afferma chiaramente che «senza la protezione volta ad assicurare il rispetto per l'assoluzione o la decisione di prescrizione in ogni altro procedimento, le garanzie del giusto processo previste dall'art. 6, co. 2 rischierebbero di diventare teoriche e illusorie». Ciò che è in gioco, una volta che il processo penale, è concluso è la reputazione della persona e il modo in cui quella persona è considerata dall'opinione pubblica. In certa misura, la protezione garantita in virtù dell'art. 6, § 2 in questo contesto può sovrapporsi con quella garantita dall'art. 8 (§ 314)[123].

Queste ultime osservazioni sono assolutamente condivisibili laddove si ammette che l'affermazione di colpevolezza, con il suo effetto stigmatizzante, anche in seguito alla prescrizione finisce per violare la ratio garantistica della reputazione sottesa alla presunzione d'innocenza, a parte la violazione di un pieno diritto alla difesa; si viola il diritto dell'imputato prosciolto a non vedersi «macchiato» da una sanzione afflittiva, comunque qualificata[124]. Anche nella sentenza Paraponiaris c. Grecia, la Corte Europea ha considerato incompatibile con il principio della presunzione di innocenza l'applicazione di una misura ablativa adottata con una pronuncia di proscioglimento[125].

Ma a parte tale profilo, la sentenza esaminata non elimina i dubbi sollevati circa la possibilità di applicare una confisca pena anche in seguito a prescrizione, in contrasto innanzitutto con la natura sostanziale attribuita dalla Corte Costituzionale a tale istituto, come da ultimo ribadito nell'ordinanza n. 24 del 2017(«si tratta infatti di un istituto che incide sulla punibilità della persona e la legge, di conseguenza, lo disciplina in ragione di una valutazione che viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale indotto da un certo reato e all'idea che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso»). Tale osservazione è ripresa nell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nello stesso caso G.I.E.M.[126]. «Altrimenti i valori della certezza giuridica e prevedibilità inerenti al principio di legalità, e di conseguenza lo stesso principio di legalità in sé, sarà sacrificato all'altare dell'efficienza del sistema della giustizia» (§ 23). Sulla base di queste premesse, osserva il giudice, se un reato è prescritto, le ragioni alla base della sua persecuzione non possono più prevalere e gli scopi della punizione penale non possono più essere ottenuti. Se

[123] "See, for example, *Zollman v. the United Kingdom* (dec.), no. 62902/00, ECHR 2003 XII; *Taliadorou and Stylianou v. Cyprus*, nos. 39627/05 and 39631/05, §§ 27 and 56-59, 16 October 2008; and *Allen*, cited above, §§ 93-94".

[124] Cfr. V. Manes, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 2195.

[125] Corte eur. dir. uomo, I sezione, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06, cit.

[126] Cfr. F. Viganò, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014),* in *Dir. Pen. Cont. Riv. trim.* n. 3-4/2014, p. 286.

File riservato ad esclusivo fine di studio

lo scopo di combattere l'impunità prevale, non ci possono essere reati sottoposti alla prescrizione. Mentre la pronuncia Sud Fondi ha stabilito il principio *nulla poena sine culpa*, la sentenza Varvara ha riconosciuto la prescrizione come parte integrante del principio di legalità. L'articolo 7 esclude quindi l'applicazione della confisca (che è una «penalty» …) a un reato prescritto, poiché la prescrizione ha il significato di una garanzia sostanziale, e non un mero significato procedurale, «sia nella Convenzione che nella legge nazionale» (§ 24).

Da tale argomento emerge la contraddittorietà della Corte Costituzionale italiana, che da una parte difende il carattere sostanziale della prescrizione dinanzi alla Corte di Giustizia nel celebre caso Taricco, dall'altra la considera compatibile con l'applicazione di forme di confisca «pena» dinanzi alla Corte Europea nella vicenda relativa alla confisca per la lottizzazione abusiva (§§ 87 ss.).

Questa nozione di dichiarazione sostanziale di responsabilità costituisce, inoltre, osserva sempre il giudice Albuquerque[127], un'«estensione del concetto di "condanna" a danno dell'"imputato" e, quindi, un'inammissibile analogia in malam partem». La finzione legale di una «condanna nella sostanza» contraddice l'essenza stessa della proibizione dell'analogia a danno dell'imputato, che è il cuore del principio di legalità (*nulla poena sine lege certa, stricta*) (§ 32).

La stessa Corte europea ha sempre rifiutato questa analogia, come ad esempio nel caso di Margus c. Croazia, in cui la Corte è stata chiarissima affermando che «la conclusione dei procedimenti penali da parte di un pubblico ministero non costituisce né una condanna né un'assoluzione» e quindi tale decisione non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione (*ne bis in idem*). Evidentemente, questi due risultati (condanna o assoluzione) possono essere trovati solo nella parte dispositiva di una decisione interna, cioè laddove il tribunale competente affronta l'esito del caso. La motivazione non ha alcuna rilevanza per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nella procedura penale. La maggioranza ignora questo principio basilare del diritto processuale penale nella misura in cui tenta di trarre conclusioni dannose per l'imputato («in sostanza, una condanna») dalla motivazione di una decisione, quando sono assenti dal dispositivo. Tale sforzo, nella misura in cui cerca di trovare una «condanna nella sostanza» indipendentemente dal fatto che l'imputato non sia stato formalmente condannato, viola il nucleo del principio del *ne bis in idem*.

Questo orientamento della Corte Costituzionale e della Suprema Corte che

[127] Per un'ulteriore disamina di tali argomenti sia consentito il rinvio ad A.M. Maugeri, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240 bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *Arch. Pen.*, 2018, numero speciale riforme, §. 7.1.1.

File riservato ad esclusivo fine di studio

consente di applicare delle vere e proprie pene in base a questa sorta di condanna «sostanziale», questo accertamento di responsabilità che consente di applicare talune sanzioni, piuttosto che altre, anche in seguito alla prescrizione, sembra assolutamente inquietante e in contrasto con la certezza del diritto, rappresentando, come afferma il giudice Albuquerque, una cambiale in bianco nelle mani dei giudici finalizzata a esigenze di Zweckrationalität (*purpose-rationality*), a scapito della Wertrationalität (*value-rationality*); il giudice non dovrebbe imputare agli imputati le carenze di una politica criminale statale irrazionale, compresa una politica con un «effetto combinato di reati complessi e periodi di prescrizione relativamente brevi».

4. Dalla criminalità organizzata alla criminalità economica: eterogenesi dei fini

Un ulteriore tendenza espansiva, particolarmente allarmante, che emerge nella prassi giurisprudenziale e nelle recenti riforme attiene all'utilizzo di strumenti nati per affrontare la criminalità organizzata nei confronti della criminalità economica. In particolare si fa riferimento all'estensione dell'ambito di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale, a partire dalla confisca, – che si può applicare, in mancanza di una condanna, nei confronti di un soggetto ritenuto socialmente pericoloso perché sostanzialmente indiziato di attività criminale, e che consente l'ablazione dei beni «di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego» .

Tali misure sono state introdotte nel 1982 dalla legge Rognoni-La Torre, nell'ambito della lotta contro l'associazione di stampo mafioso, ma il loro ambito di applicazione è stato recentemente esteso a tutte le ipotesi di c.d. pericolosità generica con due storiche riforme introdotte dal d.l. 92/2008 e dalla l. n. 94/2009, e in particolare con l'abrogazione dell'art. 14 della l. n. 55/1990 da parte del d. lgs. n. 92/2008. Lo scopo dell'art. 14 era di limitare l'ambito di applicazione della confisca di prevenzione soltanto ai soggetti indiziati di alcune significative fattispecie, come il sequestro di persona a scopo di estorsione, il riciclaggio, la tratta di essere umani, l'estorsione, il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'usura: fattispecie la cui realizzazione è spesso connessa al crimine organizzato e che presentano un particolare disvalore. Come riconosciuto dalla stessa Suprema Corte all'indomani dell'abrogazione dell'art. 14, l. n. 55/1990, tale norma «aveva avuto lo scopo di restringere il margine di operatività delle misure di

File riservato ad esclusivo fine di studio

prevenzione patrimoniali allo scopo di migliorarne la funzionalità concentrando l'attività di indagine ai casi più gravi»[128] e cioè dei soggetti a «pericolosità altamente qualificata»[129].

Il legislatore del 2008 ha voluto, invece, allargare senza porre alcun limite, probabilmente perseguendo lo scopo di consentire l'applicazione delle misure di prevenzione anche ai soggetti indiziati di reati che suscitano un particolare allarme sociale, come la corruzione e la concussione, ma comportandone l'estensione anche a reati meno gravi in termini di rischio di inquinamento dell'economia lecita da parte di assetti patrimoniali di origine criminale, come il furto o il peculato. La *presunzione* di illecito arricchimento su cui si basa la confisca di prevenzione era fondata sulla connessione dell'attività criminale con quel invasivo e gravissimo fenomeno criminale rappresentato dall'associazione di stampo mafioso, quale reato permanente volto all'arricchimento, anche attraverso lo svolgimento di attività economiche in sè lecite ma con metodo illecito; con l'indiscriminata estensione delle fattispecie a pericolosità generica la presunzione in questione rischia di essere priva di un fondamento razionale, laddove viene applicata nei confronti di soggetti indiziati di qualunque reato, come il furto o il peculato – ferma la necessità di un'interpretazione rigorosa del requisito della dedizione all'illecito su cui si deve fondare la presunzione dell'illecito arricchimento per le fattispecie a pericolosità generica[130]. Parte della dottrina riteneva che le ragioni politico-criminali che hanno indotto all'introduzione delle misure ablative non sussistano per situazioni caratterizzate da pericolosità generica[131] e anche dopo la riforma sono state espresse simili perplessità, aggravate dalla considerazione che l'applicabilità della confisca a soggetti a pericolosità generica «può ora operare indipendentemente dalla attualità della pericolosità sociale»[132]; si realizzerebbe un sistema normativo non coerente con la vera *ratio* ispiratrice della confisca di prevenzione, «divenuta un vero e proprio idealtipo legale delle confische allargate, perché costruita sulla ragionevole presunzione *iuris tantum* […], che un soggetto professionalmente dedito alla commissione di

[128] Cass., 4 febbraio 2009, n. 6000.
[129] F. Curi, *L. 19/3/1990 n.55, Commento art. 2*, in *Legisl. pen.*, 1991, p. 448; G. Spagnolo, *Breve commento,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 1990, p. 698; V. Contraffatto, *Sfera soggettiva di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, A. Balsamo,V. Contraffatto, G. Nicastro, Giuffrè, Milano 2010, p. 75.
[130] A.M. Maugeri, *Un'interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni ancora irrisolte (natura della confisca e correlazione temporale)* (nota a Sez. VI, 18 ottobre 2012, dep. 4 marzo 2013, n. 10153), in *Cass. pen.*, 2014, p. 267; A. Mangione, *Il volto attuale della confisca di prevenzione*, in *Scenari di mafia*, a cura di C. Visconti, G. Fiandaca, Giappichelli, Torino 2010, p. 265 ss.
[131] G. Fiandaca, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzia di legalità*, in *Foro it.,* 1987, c. 369.
[132] Contraffatto, *Sfera soggettiva di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali,* cit., p. 80.

File riservato ad esclusivo fine di studio

delitti connessi al crimine organizzato, e quindi lucrosi, abbia potuto investire gli illeciti proventi» [133].

Tanto più che ai fini della valutazione di pericolosità sociale non si richiedono neanche i gravi indizi di colpevolezza richiesti per l'applicazione di una misura cautelare; molto spesso si fa riferimento a meri sospetti nonostante nella riforma del codice antimafia, il d. lgs. n. 159/2011, non usi più il termine sospetto, si continua ad utilizzare nella prassi giurisprudenziale.

La conseguenza di tale allargamento è quella, inoltre, di un'ulteriore semplificazione dello sforzo probatorio, laddove si parla di pericolosità generica, nel senso che ai fini della dimostrazione della pericolosità possano essere considerati sufficienti indizi ancora meno pregnanti in mancanza di precise fattispecie di riferimento; la sentenza della Corte costituzionale 177/1980, ha stabilito che il rispetto del principio di legalità nel settore delle misure di prevenzione, impone di specificare le condotte presupposte in base alle quali valutare la pericolosità e i reati di riferimento. Le condotte presupposte per l'applicazione delle misure di prevenzione non possono non rivolgere riferimenti espliciti o impliciti ai reati della cui prevenzione si tratti. L'art. 14 non indicava le condotte presupposte, ma quantomeno indicava i reati di riferimento per la valutazione di pericolosità. Per l'ipotesi di coloro che sono indiziati di vivere abitualmente con il provento del crimine è chiaro, inoltre, che gli stessi elementi che servono per dimostrare il carattere illecito del patrimonio finiranno per essere sufficienti per dimostrare che il soggetto rientra in quella categoria e quindi che sia socialmente pericoloso; si tratta di una vera e propria *actio in rem*.

Le Sezioni Unite nella sentenza Spinelli hanno cercato di giustificare tale equiparazione tra le due forme di pericolosità, qualificata e generica, precisando che «un ulteriore fattore vale ad accumunare, pur nell'oggettiva diversità, il perseguimento delle due forme di pericolosità sociale, ovverosia *l'esigenza di eliminare dal circuito economico-legale beni ed altre attività illecitamente acquisiti.* […] *Finalità questa che si giustifica non solo per ragioni etiche, ma anche per motivazioni d'ordine economico in quanto l'accumulo di ricchezza, frutto di attività delittuosa, è fenomeno tale da inquinare le ordinarie dinamiche concorrenziali del libero mercato*»[134]. L'esigenza di eliminare dal circuito economico-legale beni ed altre attività illecitamente acquisiti rappresenta sicuramente la vera e unica ragione che può giustificare l'estensione alle fattispecie a pericolosità generica della disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali, rimane, però, l'incolmabile differenza della tipologia e delle dimensioni di tale esigenza rispetto a

[133] *Idem*.

[134] Cass., Sez.Un. 26 giugno 2014, Spinelli, n. 4880, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, *2015*, p. 922, con nota di A.M. Maugeri, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite* Spinelli *alla sentenza* Gogitidze *della Corte EDU sul* civil forfeiture.

File riservato ad esclusivo fine di studio

realtà criminali differenti: non si può equiparare il pericolo per l'economia lecita, il mercato e la concorrenza, determinato dall'infiltrazione degli immensi patrimoni di origine criminale dell'associazione di tipo mafioso o del traffico di stupefacenti, a quello determinato dall'infiltrazione del frutto dell'attività criminale, pur di carattere continuativo. Anzi rispetto a quest'ultima ipotesi non si pone neppure un problema di infiltrazione criminale nell'economia lecita e la confisca si applica solo per impedire al reo di godere del frutto dell'attività criminale.

Si tratta, poi, di comprendere, da una parte, se il sacrificio in termini di garanzie che il sistema delle misure di prevenzione comporta, possa giustificarsi a fronte di qualunque ipotesi di pericolosità generica, e, dall'altra, se in termini di analisi costi-benefici e quindi del principio di proporzione e di effettività dell'intervento, si possa legittimare questo ampliamento smisurato dello sforzo investigativo e processuale volto all'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali o non si rischi di determinare una dispersione delle risorse.

Ci si chiede, ancora, se questa estensione esasperata possa essere compatibile con le valutazioni della Corte e.d.u., la quale, pur se in maniera discutibile, ha sempre ammesso la conformità al principio di proporzione del sacrificio del diritto di proprietà che questa misura comporta con riferimento alla lotta contro il crimine organizzato, anzi al fenomeno mafioso[135], o, comunque, nei confronti di gravi fenomeni criminali come la lotta al traffico di stupefacenti in relazione al *confiscation* e al *civil recovery* britannici (caso Philips e Butler[136]), o contro la corruzione dei pubblici ufficiali (caso Gogitidze)[137]. E nel recente caso *Dimitrovi v. Bulgaria*[138] la Corte europea ha negato il rispetto del principio di proporzione di una forma di confisca allargata, senza condanna, in considerazione della mancanza di un valido interesse pubblico che la potesse giustificare; la Corte considera troppo generico e vago il richiamo alla tutela delle condizioni dell'attività economica.

A parte il fatto che la Corte europea ha sempre preteso il rispetto dei diritti della difesa, ritenuto garantito nel procedimento di prevenzione da tre gradi di

[135] Cfr. Corte EDU, Commission eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78; Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo v. Italy*, in *Pubblications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281, 7; 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n. 55927/00, § 4; *Arcuri e tre altri c. Italia*, 5 luglio 2001, n. 52024/99, *ivi*, 5; 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n. 52439/99, *ivi*, 6; *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02, *ivi*, 8; 5 gennaio 2010, *Bongiorno*, n. 4514/07, § 45; *Capitani e Campanella c. Italia*, 17 novembre 2011, n. 24920/07, § 30 – 33; *Paleari c. Italia*, 26 luglio 2011, n. 55772/08, 31; Corte EDU, *Cacucci-Sabatelli*, 25 agosto 2015, n. 29797/09, § 47; 26 luglio 2011, Pozzi, n. 55743/08; 2 febbraio 2010, Leone, n. 30506/07.

[136] Corte EDU, Butler c. Royaume-Uni, 26 giugno 2002, n. 41661/98, § 8.

[137] Corte EDU, *Gogitidze v. Georgia*, 12 maggio 2015, no. 36862/05, § 103.

[138] Corte EDU, 3 giugno 2015, *Dimitrovi v. Bulgaria*, n. 12655/09, cit.

File riservato ad esclusivo fine di studio

giurisdizione. Da ultimo nell'ordinamento italiano, però, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale per il fatto che in sede di Cassazione si possa soltanto valutare la violazione di legge[139]; la Corte costituzionale (106/2015) ha continuato a dire che vi possono essere diverse forme con cui si garantisce il diritto della difesa e i tre gradi di giudizio non sono imposti; molti autori ritengono che questa sia stata un'occasione mancata.

Le Sezioni Unite nella sentenza Spinelli, hanno cercato in maniera quasi commovente di giustificare questa equiparazione compiuta a livello normativo tra le due forme di pericolosità, affermando che «*pur riconnettendosi a fenomenologie criminali profondamente diverse, per coefficiente di gravità ed allarme sociale*», «*costituiscono distinte espressioni di un insieme unitario* […]» e che «*al di là dell'ontologica diversità dei contesti di riferimento, le due forme di pericolosità presentano, infatti, un comune denominatore*» in quanto «*entrambe sollecitano risposte ordinamentali non già a fatti costituenti reato, ma a stili di vita e metodiche comportamentali che si collocano al di fuori degli ordinari schemi della civile convivenza e del sistema democratico. Ed invero, si tratta, nell'un caso, di abituale dedizione al crimine, eletto a fonte di sostentamento; e, nell'altro, di scelte esistenziali e di sistematici comportamenti, antitetici alle regole del consorzio civile, ma pur essi orientati a logiche di profitto e di facile arricchimento*».

Queste affermazioni delle Sezioni Unite lasciano piuttosto perplessi laddove affermano che «entrambe sollecitano risposte ordinamentali non già a fatti costituenti reato, ma a stili di vita e metodiche comportamentali»: il riconoscimento, da parte delle Sezioni Unite, che il diritto e in particolare il diritto punitivo (il sistema della prevenzione inficia la libertà personale e la libertà d'iniziativa economica) intervenga come «risposta» a uno stile di vita e metodiche comportamentali incute un certo timore in uno Stato di diritto laico e pluralistico, che non dovrebbe intervenire se non laddove si tratta di garantire la protezione di beni o interessi meritevoli di tutela contro intollerabili forme di aggressione.

La sentenza Spinelli ha cercato tra l'altro di affermare, addirittura, la pura natura preventiva di questa forma di confisca, in contrasto con quello che rappresentava l'orientamento prevalente e consolidato della giurisprudenza della Cassazione anche a Sezioni Unite, a partire dalla sentenza Simonelli del 1996 che per giustificare l'applicazione della confisca nei confronti del deceduto prima della definitività del provvedimento di confisca, hanno negato non solo «*il carattere sanzionatorio di natura penale*» della confisca *ex* art. 2 *ter*, l. n. 575/1965, ma anche «*quello di un provvedimento di prevenzione*», essendo incompatibile la sua definitività con il carattere preventivo, e ha, quindi, ritenuto che la confisca

[139] Cass., sez. V, 16 maggio 2014, n. 32353, con nota di A.M. Maugeri, *La confisca di prevenzione dinanzi alla Corte costituzionale: ritorna la confisca* ex *art. 12* sexies *d.l. 306/1992 come* tertium comparationis, in *www.penalecontemporaneo*.it, 11 febbraio 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

di prevenzione «va ricondotta nell'ambito di quel "*tertium genus*" costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240 c.p., co. 2», rinvenendosi la sua *ratio,* come si sottolinea nell'ordinanza di rimessione, nell'eliminazione dal circuito economico dei beni di origine criminale[140]. Affermazioni condivise dalla Corte Costituzionale che ha riconosciuto che la confisca «comporta conseguenze ablatorie definitive (art. 2 *nonies*, l. 575/1965) e si distacca, perciò, dalla contingente premessa che giustifica tanto il sequestro quanto tutte le altre misure di carattere preventivo, valide allo "stato", cioè subordinatamente al permanere della pericolosità del soggetto. La *ratio* della confisca comprende, ma eccede, quella delle misure di prevenzione, consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al circuito economico di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo»[141]. Da ultimo, anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 106/2015, pur affermando di aderire alla sentenza Spinelli, riprende tali argomentazioni[142]. Il concetto di *tertium genus* richiama la nozione ampia di materia penale della Corte europea dei diritti dell'uomo, che applica le garanzie penalistiche degli artt. 6 e 7 non solo alle sanzioni penali in senso stretto, ma a tutte le sanzioni, anche di carattere amministrativo o disciplinare, che comunque abbiano un carattere afflittivo e perseguano finalità di prevenzione generale e speciale (anche se la Corte Edu non ha mai fatto rientrare la confisca di prevenzione in tale nozione ampia di materia penale[143]).

Per reazione nei confronti della sentenza Occhipinti[144] che ha affermato la natura punitiva della confisca di prevenzione in seguito alla separazione delle misure patrimoniali dalle personali e, quindi, del fatto che la confisca è applicabile in mancanza di attualità della pericolosità sociale[145], le sezioni unite Spinelli, invece, affermano la pura natura preventiva della confisca in esame, richiamando quel concetto di pericolosità che nasce dal rapporto di osmosi reo-cosa, la pericolosità del permanere della ricchezza nelle mani del reo: «*la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera e/o ipso sul bene acquistato, ma ancora*

[140] Cass., S.U., 3 luglio 1996, *Simonelli*, n. 18; Cass., 15 giugno 2005, n. 27433.
[141] Corte Cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Foro It.,* 1997, p. 21; Corte Cost., 9 febbraio 2012, n. 21.
[142] Corte Cost., 15 aprile 2015, n. 106.
[143] Corte EDU, *Com. eur.*, 15 aprile 1991, *Marandino*, n. 12386/86; 22 febbraio 1994, *Raimondo*, Série A vol. 281, 7; 9 giugno 1999, *Prisco*, n. 38662/97; 25 marzo 2003, *Madonia*, n. 55927/00; *Arcuri*, 5 luglio 2001, n. 52024/99; 4 settembre 2001, *Riela*, n. 52439/99; *Bocellari e Rizza*, 13 novembre 2007, n. 399/02; 5 gennaio 2010, *Bongiorno*, n. 4514/07, § 45; 2 febbraio 2010, *Leone*, n. 30506/07; 26 luglio 2011, *Pozzi*, n. 55743/08; Corte EDU, 26 luglio 2011, *Paleari*, n. 55772/08; *Capitani e Campanella*, 17 novembre 2011, n. 24920/07; 25 agosto 2015, *Cacucci-Sabatelli*, n. 29797/09, § 47. *Da ultimo cfr.* A.M. Maugeri, *La tutela della proprietà nella C.e.d.u. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca,* in *Sequestro e confisca nel sistema penale*, M. Montanari, Giappichelli, Torino 2017.
[144] Cass., V, 13 novembre 2012, n. 1255, *Occhipinti.*
[145] Cfr. A.M. Maugeri, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, n. 4, p. 352.

File riservato ad esclusivo fine di studio

una volta non già in dimensione statica, ovverosia per il fatto stesso della qualità soggettiva, quanto piuttosto in proiezione dinamica, fondata sull'assioma dell'oggettiva pericolosità del mantenimento di cose, illecitamente acquistate, in mani di chi sia ritenuto appartenere – o sia appartenuto – ad una delle categorie soggettive previste dal legislatore». Salvo poi dover ammettere che questa pericolosità si oggettivizza laddove si applica la confisca anche nei confronti del morto – e da cinque anni – o nel caso di trasferimento del bene a terzi, o nei confronti di un soggetto che non è più considerato socialmente pericoloso, perché a seguito della riforma del 2008-2009 non è più necessaria l'attualità della pericolosità sociale («*L'anzidetto riflesso finisce, poi, con "l'oggettivarsi", traducendosi in attributo obiettivo o "qualità" peculiare del bene, capace di incidere sulla sua condizione giuridica. Ciò è evidente in caso di morte del titolare, già pericoloso*»). Sembra un disperato tentativo di salvaguardare la natura preventiva della confisca in esame, per non applicare le garanzie della «materia penale»[146].

Si precisa, però, e questa è l'importante presa di posizione delle Sezioni Unite che «*ad assumere rilievo non è tanto la qualità di pericoloso sociale del titolare, in sè considerata, quanto piuttosto la circostanza che egli fosse tale al momento* […] *dell'acquisto del bene. Se così è,* […] *resta esaltata la funzione preventiva della confisca, in quanto volta a prevenire la realizzazione di ulteriori condotte costituenti reato, stante l'efficacia deterrente della stessa ablazione*»[147]. Si afferma, quindi, come già suggerito nella sentenza Occhipinti, che si può «salvare» la natura c.d. preventiva della confisca solo in relazione ai beni acquisiti in correlazione temporale con la pericolosità sociale e, quindi, di presunta origine illecita, «*giacchè proprio la pericolosità costituisce la ragione giustificatrice dell'apprensione coattiva di beni acquistati in costanza della stessa o con il favore delle sue peculiari manifestazioni*»[148]. Si finisce per ammettere che la confisca si giustifica solo in considerazione della natura illecita dei beni, alla luce di un giudizio retrospettivo di pericolosità sociale (per la passata attività criminale fonte degli illeciti profitti), piuttosto che per prevenire una futura attività criminale.

Anche la Corte europea, del resto, continua ad ammettere la legittimità della confisca di prevenzione e più in generale delle forme di confisca senza condanna, considerandole mere misure riparatorie con un'interpretazione funzionale alle esigenze di politica criminale sottese a tali modelli di confisca. «Ci si chiede se alla luce della giurisprudenza della Corte EDU che ha ricondotto alla nozione di materia penale, con criteri e scelte non sempre omogenee, anche l'illecito disciplinare o la contravvenzione per l'illecito stradale, non sia più conforme

[146] Sia consentito il rinvio a Maugeri, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture,* cit., p. 942 ss.

[147] Cfr. Cass., 25 settembre 2014, n. 46068; 21 marzo 2014, n. 32398; 11 febbraio 2014, n. 23641.

[148] Cass., 29 aprile 2014, n. 24276.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ai principi di uno Stato di diritto, applicare le garanzie della materia penale alla confisca di prevenzione. In tale direzione si può ricordare che il presupposto della confisca antimafia non è il pericolo della futura commissione di delitti, ma il sospetto dell'attuale o precedente appartenenza ad un'associazione mafiosa o della consumazione abituale di reati finalizzati al profitto, quindi, di delitti che non sono necessariamente provati (natura dell'infrazione); che la misura non viene disapplicata con il cessare della presunta pericolosità dell'indiziato, ma è una misura definitiva, applicabile anche in caso di morte del soggetto, o del venir meno della sua pericolosità[149] (natura della sanzione); che può colpire tutto il patrimonio, anche se formalmente intestato ad altri soggetti, purché nella disponibilità di fatto dell'indiziato[150] (severità della sanzione). Non solo ma con un approccio ancor più sostanzialistico si evidenzia come quando si parla di confisca il gioco delle etichette è di casa; nell'ordinamento italiano si considera sanzione, con il conseguente riconoscimento di tutte le relative garanzie, la confisca dei profitti illeciti applicabile agli enti *ex* art. 19 d. lgs. n. 231/2001 perché espressamente elencata tra le sanzioni principali *ex* art. 9 dello stesso decreto, pur trattandosi di una mera forma di sottrazione dell'illecito profitto che non comporta in sé alcun sacrificio del diritto di proprietà, ma solo la restituzione di ciò che non si ha diritto a detenere perché il reato non rappresenta un legittimo titolo di acquisto di beni. Allo stesso modo per pacifica giurisprudenza si riconosce la natura punitiva della confisca di valore, anche se del mero illecito profitto, in quanto il pagamento dell'equivalente viene ottenuto con beni lecitamente posseduti; nonostante il fatto che, si dovrebbe osservare, non si tratta di altro, anche in questo caso, che della mera restituzione, pur in forma equivalente, di qualcosa illecitamente detenuto in quanto provento del reato. Sembra interessante a tal proposito la dichiarazione in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nel famoso caso «Varvara»: «*Così, al di là delle contraddizioni tre le cause aventi ad oggetto misure sostanzialmente della stessa natura, la Corte accorda garanzie più deboli ad alcune misure di confisca più gravi, addirittura più intrusive, e garanzie più forti a misure di confisca meno gravi. Alcune misure "civili" e certe misure di "prevenzione penale" che nascondono una vera misura di annientamento delle capacità economiche degli imputati, talvolta sotto la minaccia della detenzione in caso di mancato pagamento della somma dovuta, sono sottoposte ad un controllo debole e vago, sfuggono addirittura al controllo della Corte, mentre alcune misure di natura intrinsecamente amministrativa sono talvolta assimilate a pene e sottoposte al controllo più rigoroso degli articoli 6 e 7*

[149] Cass., 14 febbraio 1997, *Nobile ed altri*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3170.
[150] Cass., 10 novembre 1997, *Faraone*, in *Giust. pen.*, 1998, II, c. 512.

File riservato ad esclusivo fine di studio

della Convenzione[151]»[152].

Rimane la perplessità che in questo settore sia la Corte costituzionale sia la Corte europea rimangano imbrigliate nel rispetto alla volontà del legislatore, in una sorta di tecnicismo giuridico, senza avere il coraggio di mettere in discussione le scelte di politica criminale[153].

4.1. I freni alle tendenze espansive nell'applicazione della confisca di prevenzione

L'aspetto positivo della sentenza Spinelli è che la Corte ha preteso la correlazione temporale, si possono confiscare solo i beni che siano stati acquisiti nel periodo in cui il soggetto è indiziato. Anzi, precisano le Sezioni Unite, la mancanza della correlazione finirebbe per svuotare la presunzione di origine illecita e trasformare la confisca di prevenzione in una mera pena del sospetto in contrasto con le garanzie costituzionali e sovrannazionali del diritto di proprietà[154].

Se i beni, infatti, sono confiscati in quanto presunti di origine illecita, non possono non essere stati acquisiti nel periodo in relazione al quale sussistono gli indizi dello svolgimento di attività illecita da parte del prevenuto, quella attività che rappresenta la fonte degli illeciti profitti da confiscare; la confisca di altri beni, acquisiti in mancanza di corrispondenza temporale con la sospetta attività illecita, non è più supportata da indizi di attività criminale del prevenuto e quindi rischia di diventare una mera pena, nel senso che sottrarrebbe beni lecitamente posseduti per finalità afflittive.

Si evidenzia, poi, correttamente che la correlazione temporale rende la forma di confisca in esame più compatibile con la presunzione d'innocenza, in quanto il suo accertamento rende meno onerosa per il proprietario la contro-prova dell'origine lecita dei suoi beni[155]: «*l'individuazione di un preciso contesto cro-*

[151] Il giudice osserva in nota 15: «Questa misura di prevenzione, […] è stata recentemente considerata oggettivamente sanzionatoria e, pertanto, soggetta al principio della non retroattività della pena […] In effetti, la misura è applicabile quando anche la presunta pericolosità del reo non è più reale come pure in caso di morte del reo, potendo colpire tutto il patrimonio disponibile de iure o de facto del reo».

[152] Maugeri, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite* Spinelli *alla sentenza* Gogitidze *della Corte EDU sul* civil forfeiture, cit., p. 964.

[153] Donini, cit., p. 1166.

[154] «*Diversamente, ove fosse possibile aggredire, indiscriminatamente, i beni del proposto, indipendentemente da ogni relazione "pertinenziale" e temporale con la pericolosità, lo strumento ablatorio finirebbe, inevitabilmente, con l'assumere connotati di vera e propria sanzione. Una siffatta misura sarebbe, così, difficilmente compatibile con i parametri costituzionali in tema di tutela dell'iniziativa economica e della proprietà privata, di cui agli artt. 41 e 42 Cost., oltrechè con i principi convenzionali (segnatamente, con il dettato dell'art. 1, Prot. 1, CEDU). Per quanto si è detto, alla stregua di tali principi l'ablazione di beni, di ritenuta provenienza illecita, può considerarsi legittima, siccome espressione di corretto esercizio del potere discrezionale del legislatore, solo ove risponda all'interesse generale di rimuovere dal circuito economico beni illecitamente acquistati.*».

[155] Cfr. sul punto S. Di Lena, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen.*,

File riservato ad esclusivo fine di studio

nologico, entro il quale può essere esercitato il potere di ablazione rende assai più agevole l'esercizio del diritto di difesa, oltre ad assolvere ad ineludibili esigenze di garanzia generica. Di talchè, anche sotto tale profilo la dinamica di apprensione coattiva di beni dei cittadini risulta esente da criticità sul versante della necessaria sintonia con i dettami della Carta costituzionale, comunque assicurata dal riconoscimento al soggetto inciso della facoltà di riprova in merito alla legittimità dell'acquisto in contestazione».

Argomentazioni simili circa il rapporto tra correlazione temporale e onere della difesa, del resto, sono state utilizzate dalla Sezioni Unite nella sentenza Montella relativa alla confisca allargata *ex* art. 240 *bis* c.p. (prima art. 12 *sexies* d.l. 30/1992) in cui pur non richiedendo espressamente il requisito della correlazione temporale, si stabilisce la necessità di una «*ricostruzione storica della situazione dei redditi e delle attività economiche del condannato al momento dei singoli acquisti*»[156], ritenendo che solo se si pretende una simile prova della sproporzione da parte dell'accusa «con riferimento temporale precisamente determinato» *non può parlarsi di una violazione del diritto di difesa*, in quanto l'onere di allegazione della difesa *«non trasmoda perciò in una richiesta di prova diabolica, ma è al contrario di agevole assolvimento»*[157].

La correlazione temporale dovrebbe rappresentare un freno anche nei confronti di un'altra tendenza espansiva che si registra nell'ambito di applicazione della confisca di prevenzione, – ma anche della confisca allargata o della confisca *ex* art. 416 *bis*, co. 7 –, laddove viene applicata nei confronti dell'impresa c.d. mafiosa, ritenendo che nell'ipotesi di confusione tra lecito e illecito non è possibile distinguere e si debba confiscare l'intera azienda che rappresenta un unico indistinto, o comunque se il titolare è indiziato di essere pericoloso perché mafioso anche l'azienda può essere considerata mafiosa. La sentenza Repaci delle Sezioni Unite applica tale paradigma estensivo anche nei confronti dell'impresa dell'evasore fiscale, che diventerebbe integralmente illecita e confiscabile laddove i proventi di tale reato siano stati reinvestiti nell'impresa, che svolge un'attività economica lecita[158]. Una simile interpretazione rischia di trasformare la confisca dei profitti (prezzo, prodotto) e del reimpiego *in uno strumento di confisca generale dei beni*, in virtù della nozione di «obiettiva commistione» tra investimenti leciti e investimenti illeciti che non consentirebbe

1999, p. 1222.

[156] Cass., 13 maggio 2008, n. 213572, rv. 240091; conforme Cass., 20 novembre 2013, n. 47567, in *Riv. pen.*, 2014, 2, p. 204; Cass., 4 ottobre 2013, n. 43776; Cass., 26 maggio 2011, n. 26041.

[157] Cass., Sez. Un. 17 dicembre 2003, *Montella*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1188. Cfr. 26 febbraio 2009, n. 10549; Cass., 12 gennaio 2010, n. 246083, *Mancin*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 610, con nota di F. Vergine; 28 maggio 2013, *Guarnieri Amelia*; G. Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca* ex *art. 12* sexies *l. n. 356/92*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1189.

[158] In tale direzione F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giuffrè, Milano 2012, p. 337.

File riservato ad esclusivo fine di studio

di distinguere i beni di origine lecita da quelli di origine illecita[159]. Contro tale tendenza espansiva la delimitazione dell'ambito di applicazione della confisca di prevenzione solo in relazione ai beni acquisiti nel periodo rispetto al quale sussistono gli indizi di attività criminale (correlazione temporale) rappresenta certamente un freno, ma in realtà la Suprema Corte si è pronunciata contro tale uso indebito della nozione di impresa mafiosa/illecita in alcune pronunce più garantiste, precisando, innanzitutto, che gli indizi dell'origine illecita dei beni da confiscare «devono essere inerenti a *ciascuno* dei beni e/o delle somme impiegate per il loro acquisto»[160]; se fosse possibile procedere alla confisca senza dover provare la sproporzione o l'origine lecita rispetto ai singoli beni non avrebbe neanche senso l'introduzione della confisca per equivalente della confisca di prevenzione (art. 2 *ter*, co. 10) [e della confisca *ex* art. 240 *bis* c.p. (prima art. 12 *sexies*, d.l. 306/1992)], introdotta con il d. lgs. n. 92/2008 (e anche con la l. n. 94/2009, in relazione all'art. 12 *sexies*). Non solo, ma la giurisprudenza della Suprema Corte impone ai fini del rispetto del diritto di proprietà e di iniziativa economica (art. 42 Cost.) la necessità di limitare l'applicazione della confisca al reimpiego in senso stretto, «alla quota ideale del bene, rapportata al maggiore valore assunto per effetto del reimpiego dei profitti illeciti, e valutata al momento della confisca»; si richiama l'esigenza di «un'analisi selettiva, per differenziare quanta parte di redditività possa ragionevolmente imputarsi alla fruibilità (e conseguente utilità economica) di illeciti apporti finanziari e quanta parte possa, viceversa, ritenersi risultato economico di disponibilità finanziarie lecite e legittimamente investite», con l'invito a compiere tale «attività di rivisitazione [...] sulla base di dati economici-finanziari di sicuro affidamento»[161]. Infine, da

[159] A.M. Maugeri, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, O. Mazza, F. Viganò, Giappichelli, Torino 2009, p. 425; Id., *Dall' actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?,* in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di C. Visconti, G. Fiandaca, Giappichelli, Torino 2010, p. 297 ss.; Id., *La confisca ex art. 3 quinquies l. 575/1965: la nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca (Nota a Trib. Palermo, 29.10.2009 dec., Pres. Vincenti, Rel. Nicastro*), in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 giugno 2011.

[160] Cass., 1 marzo 1991, *Piromalli ed altri*, in *Giur. it.*, 1992, vol. II, c. 299; Cass., 17 novembre 1989, *Nuvoletta ed altri*, in *Giust. pen.*, 1991, c. 354; G.L. Pascali, D. Cherubini, *La misura di prevenzione patrimoniale nella normativa antimafia. Il problema della tutela civile dei creditori*, Cacucci, Bari 1999, p. 71. Così Cass., 18 maggio 1992, *Vincenti ed altri*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2377; conforme Cass., 16 gennaio 2007, n. 5234 in *Guida al Dir.*, 2007, p. 1067; Cass., 13 giugno 2006, *Cosoleto e altri*, rv. 234733; Cass., 23 giugno 2004, *Palumbo*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2704; Cass. 28 marzo 2002, *Ferrara*, ivi 2003, p. 605; Cass., 21 aprile 1999, *Corria*, ivi 2000, p. 1048; Cass., 20 novembre 1998, *Iorio e altri*, n. 5760, ivi 1999, n. 1708, p. 3238; Cass., 13 marzo 1997, n. 1105, *Mannolo*, ivi, 1998, n. 1070, p. 1774; Cass., 22 giugno 1988, *Raffa*, ivi 1989, m. 672.

[161] Cass., sez. V, 25 gennaio 2012, n. 17739, *Richichi – Vadalà*; cfr. Trib. Napoli, sez. app. mis. prev., 6 luglio 2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ultimo, la Suprema Corte ha cercato di delimitare la stessa nozione di impresa mafiosa, negando che si possa desumere «la natura latamente mafiosa dei beni dalla "disponibilità" del titolare ad entrare in rapporti d'affari con esponenti mafiosi [...], occorre invece la prova, secondo lo statuto probatorio del giudizio di prevenzione, che l'azienda sia "frutto di attività illecita" o che l'impresa si sia concretamente avvalsa, nello svolgimento della sua attività, delle aderenze mafiose del titolare» [162].

Nella prassi, inoltre, ulteriori antidoti all'irrefrenabile tendenza espansiva della confisca di prevenzione, emergono in quei recenti orientamenti giurisprudenziali sempre più attenti a garantire il rispetto del principio di legalità per le ipotesi a pericolosità generica e per la pericolosità qualificata, richiedendo, innanzitutto, *un puntuale svolgimento della parte constatativa del giudizio di pericolosità sociale e rifiutando le presunzioni ai fini dell'accertamento dell'attualità della pericolosità sociale*, la parte prognostica del giudizio.

Tale orientamento si è consolidato in seguito alla sentenza De Tommaso c. Italia della Corte Edu, di cui si parlerà nel prosieguo.

Nella prima direzione si interpreta rigorosamente la «dedizione a traffici delittuosi» e, quindi, considerando sostanzialmente la parte cognitiva del giudizio di pericolosità sociale come una sorta di ricostruzione dell'abitualità al delitto del proposto (si richiede la «compiuta individuazione degli elementi dimostrativi della continuativa dedizione del *de cuius* ad attività delittuose, anche risalenti nel tempo, di natura estorsiva, truffaldina ed usuraria»[163]), e quindi fondamentalmente da accertare, come evidenziato dalle Sezioni unite Spinelli, sulla *base di precedenti penali e giudiziari*, o comunque come *fattispecie indiziaria di una consumazione abituale di reati*. Si precisa che «il giudice della prevenzione, in assenza di giudicato penale, può ricostruire in via autonoma la rilevanza penale di condotte emerse durante l'istruttoria, *dando conto in motivazione della ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice idonea alla produzione di proventi illeciti*» (corsivo aggiunto)[164]. Da ultimo la Suprema Corte

[162] Cass., sez. V, 17 dicembre 2013 (dep. 17 marzo 2014), n. 12493, Pres. Marasca, Relatore Settembre, Imp. Cinà, con nota di A.M. Maugeri, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali,* in *www.penalecontemporaneo.it.*, 26 gennaio 2015.

[163] Cass., 18 gennaio 2012, n. 10153, rv. 254545; Cass., sez. 1, 24 marzo 2015, n. 31209, *Scagliarini*, rv. 264321: O, ancora, «il giudice della prevenzione, ove il reato oggetto di previa cognizione in sede penale sia rappresentato dal delitto di corruzione, non può prescindere dalla verifica, a carico del corruttore, della effettiva derivazione di profitti illeciti dal reato commesso, in ragione della testuale formulazione del citato art.1, che richiede la constatazione di ricorrenti attività delittuose produttive di reddito».

[164] Cass., sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209, rv. 264320; in tale direzione cfr. in tale direzione sez. VI, 29 maggio 2015, *Baracchi e altri*, n. 23294, 29 maggio 2015, *Pergolizzi*, n. 2308, e sez. II, 29 maggio, *Porzio e altri*, n. 23041, in cui si contesta l'assenza di motivazione sulla pericolosità, in quanto una coerente applicazione del dato normativo di riferimento imponeva l'indicazione delle condotte

File riservato ad esclusivo fine di studio

nella sentenza n. 349/2018 ritiene che il giudizio di prevenzione è un giudizio «ricostruttivo» di *condotte materiali* e che anche in questo contesto "la discrezionalità del giudice" rimane entro «gli "ordinari" compiti di interpretazione del valore degli elementi di prova e di manifestazione di un giudizio prognostico…»[165]; si evidenzia la necessità del «rafforzamento della – già espressa – considerazione per cui la descrizione della "categoria criminologica" di cui agli artt. 1 e 4 del d.lgs. n.159 del 2011 ha il medesimo "valore" che nel sistema penale è assegnato alla norma incriminatrice, ossia esprime la "previa" selezione e connotazione, con fonte primaria, dei *parametri fattuali rilevanti,* siano gli stessi rappresentati da una condotta specifica (le ipotesi di "indizio di commissione" di un particolare reato, con pericolosità qualificata) o da un "fascio di condotte" (le ipotesi di pericolosità generica)».

Si tratta sicuramente di un apprezzabile «recupero dei connotati di tassatività delle previsioni legislative descrittive dei presupposti di iscrizione nelle categorie della pericolosità generica, ove desumibili dai contenuti della norma»[166] e anzi si deve sottolineare che la necessità di provare la «dedizione» all'illecito, richiede un maggiore sforzo probatorio dell'accusa nella ricostruzione, anche se a livello indiziario, dell'abitualità al delitto, di una pluralità di episodi criminosi. In tal modo le misure di prevenzione si indirizzano «a contenere la pericolosità sociale dei cc.dd. colletti bianchi, ossia di quei professionisti e uomini delle istituzioni che, sfruttando le proprie competenze professionali, impiegano le proprie abilità per fare dell'accumulazione di ricchezze illecite la loro principale occupazione», in attuazione di una vera e propria logica predatoria[167].

In relazione alla pericolosità qualificata, in particolare, si deve registrare positivamente un orientamento giurisprudenziale più garantista che stabilisce che «*il concetto di "appartenenza" ad una associazione mafiosa, rilevante per l'applicazione delle misure di prevenzione, richiede l'apprezzamento di una situazione di contiguità all'associazione stessa che risulti funzionale agli interessi della struttura criminale (nel senso che il proposto deve offrire un "contribuito fattivo"*

poi riscontrate a fondamento della ritenuta responsabilità penale, destinate a giustificare la ripetitività e la durata nel tempo dell'azione delittuosa, così da giustificare quel giudizio di abitualità ai traffici delittuosi destinato a fondare la ritenuta pericolosità; cfr. F. Brizzi, *Il procedimento di prevenzione: prospettive de jure condendo*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 3, p. 1 ss.

[165] Cfr. in tale direzione A. Mangione, *La 'situazione spirituale' della confisca di prevenzione*, cit., 619: «Sicché l'abito del giudice della prevenzione solo apparentemente rivendica una sua peculiarità e diversità: non solo per la comune provenienza dei magistrati della prevenzione dall'area del "penale", ma soprattutto perché il modello decisorio che in quella sede devono adottare non è dissimile da quello cui sono già adusi in sede penale».

[166] Si veda, in particolare Cass., sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209, *Scagliarini*; nonchè Cass., sez. I, 11 giugno 2015, n. 43720, *Pagone.*

[167] F. Brizzi, *Misure di prevenzione e pericolosità dei "colletti bianchi" nella elaborazione della giurisprudenza di merito,* in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, p. 8.

File riservato ad esclusivo fine di studio

alle attività ed allo sviluppo del sodalizio criminoso)»[168]; oppure si richiede di accertare in cosa sarebbe «consistito il sinallagma sotteso all'attrazione di tale impresa nell'area di influenza della consorteria»[169]. Anzi, la stessa giurisprudenza sottolinea che tale recente orientamento «*rappresenta una sensibile progressione interpretativa rispetto a precedenti arresti (tra cui Sez. 6 n. 9747 del 29.1.2014, rv 259074 ed altre), nel cui ambito veniva valorizzata unitamente all'aspetto di funzionalità della condotta agli interessi dell'ente criminale una atipica e sfuggente constatazione di un sottostante terreno favorevole permeato di cultura mafiosa*»[170] (corsivo aggiunto). Da ultimo la Suprema Corte, rifiutando «*approcci interpretativi tesi a degradarne il significato in termini di mera contiguità ideologica, comunanza di cultura mafiosa e riconosciuta frequentazione con soggetti coinvolti nel sodalizio*», ha preteso un'interpretazione più «tassativizzante» – in linea con le sollecitazioni contenute nella sentenza della Corte EDU De Tommaso – della nozione di «appartenenza», che evoca «*il far parte o almeno il rendere un contributo concreto al gruppo*»; ne consegue che «l'impropria dilatazione del termine in chiave di connotazione del comportamento sarebbe non solo di per sé illegittima, ma foriera di una possibile esposizione del sistema interno a nuove denunce di violazione dei parametri convenzionali»[171].

Nella seconda direzione indicata, la Corte costituzionale (sent. 48/2015) pone indirettamente un freno alla tendenza espansiva della confisca di prevenzione con la dichiarazione di incostituzionalità delle presunzioni assolute di pericolosità sociale poste a base dell'art. 275, co. 3, anche nei confronti dei soggetti indiziati di appartenenza all'associazione mafiosa e non solo nei confronti dei soggetti indiziati di altre, pur gravi, figure delittuose assoggettate al regime cautelare speciale[172]; la Corte non ammette il carattere assoluto della presunzione «ribadendo un principio già ad altri fini affermato (sentenza n. 139 del 2010)»[173],

[168] Cass., sez. VI, 8 gennaio 2016 (29 gennaio 2016), Gaglianò ed altri, n. 3941, Rv. 266541.
[169] Cass. 17 dicembre 2015, n. 1831.
[170] Cass., sez. I, 10 ottobre 2017 (dep. 23 ottobre 2017), n. 48441; Cass., sez. VI, 8 gennaio 2016 (29 gennaio 2016), Gaglianò ed altri, n. 3941, Rv. 266541.
[171] Cass., Sez. 1, 14 giugno 2017 (dep. 30 novembre 2017), Sottile, n. 54119; così Tripiccione, *op. cit.*, p. 208.
[172] L'art. 275, co. 3 prevedeva una presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis* e una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura cautelare della custodia in carcere, in relazione ai delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso; tale scelta era stata considerata ragionevole dalla Consulta – 24 ottobre 1995, n. 450 – in considerazione del coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato e anche la Corte Europea l'ha ritenuta compatibile con la CEDU in considerazione della «natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso», Corte EDU, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*. Cfr. per la precedente giurisprudenza costituzionale: Balsamo, voce *Codice antimafia*, cit., p. 72. Cfr. in materia le interessanti considerazioni critiche rispetto alla presunzione in questione di O. Mazza, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza),* in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 20 aprile 2012, p. 9 ss.
[173] Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 48.

File riservato ad esclusivo fine di studio

«in quanto le presunzioni assolute, specie quando limitano diritti fondamentali della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*: evenienza che si riscontra segnatamente allorché sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»[174]. In tale direzione, inoltre, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 291 del 2013 ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, art. 15 […], nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura»[175].

Le Sezioni Unite, infine, con la sentenza Gattuso hanno confermato l'orientamento più garantistico che pretende l'accertamento della pericolosità sociale e della sua attualità, ai fini dell'applicazione delle misure personali, anche per gli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa[176].

Da ultimo è intervenuta in materia, la Grande Camera della Corte Edu con la sentenza De Tommaso (riguardante una misura di prevenzione personale, sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno), sancendo il contrasto della categoria dei soggetti a pericolosità generica, *ex* l. n. 1423/1956, art. 1 ss., – oggi art. 1 del d. lgs. n. 159/2011–, con l'art. 2 del IV Protocollo che garantisce la libertà di circolazione, in quanto tale legislazione, anche alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale, pur essendo accessibile, non garantisce la prevedibilità della misura, la cui applicazione è rimessa all'eccessiva discrezionalità giurisprudenziale; in particolare si contesta la non tassatività della normativa

[174] *Idem*; *contra* Corte Cost., 29 marzo 2013, n. 57 che affermava che la presunzione risponde a «dati di esperienza generalizzati» e a «congrua base statistica».

[175] Corte Cost., 2 dicembre 2013, n. 291.

[176] Cass., Sez. Un., 30 novembre 2017 (dep. 4 gennaio 2018), n. 111, Gattuso, con nota di M. Cerfeda, *La presunzione semel mafioso semper mafioso, applicata alle misure di prevenzione, non è ammissibile: osservazioni in attesa delle motivazioni delle sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.* 2017, n. 12; A. Quattrocchi, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen cont.*, fasc. 1/2018, p. 51 ss.; Cass. n. 28624/2017; Cass. n. 5267/2016; Cass. n. 51666/2016; Cass. n. 50128/2016; Cass. n. 1831/2015; Cass. n. 39057/2014; Cass. n. 23641/2014. Contra Cass. n. 25778/2017; Cass. n. 18756/2017; Cass. n. 51735/2016; Cass. n. 8106/2016; Cass. n. 43490/2015; Cass. n. 32353/2014; Cass. 18 dicembre 2008, n. 16030, P.V., in *Diritto & Giustizia*, 2009; Cass., sez. VI, 21 novembre 2008, n. 499, C.; Cass., 23 gennaio 2007, n. 5248, G., in *Cass. pen.* 2008, 1174; Cass., 15 maggio 2007, n. 23869, S.O. (che cita Sez. 2, n. 1014 del 16/12/2005, Lo Presti; Sez. 5, n. 43432 del 27/09/2004, Marsalane; Sez. 2, n. 7616 del 16/02/2006, Catalano); Cass., 16 aprile 2007, n. 21048, F. e altro, in *Guida al dir.*, 2007, n. 27, p. 82; Cass., 22 marzo 1999, Riela, in *Cass. pen.* 2000, 1778; Cass., C.c., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Cass. pen.*, 1999, 3238. Cfr. A.M. Maugeri, *I destinatari delle misure di prevenzione,* cit., p. 73 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

nel determinare le categorie dei destinatari e lo stesso contenuto della misura di prevenzione personale, in quanto alcune delle prescrizioni previste dal comma 3 dell'art 5 della l. n. 1423/1956 sono espresse in termini troppo generici e il loro contenuto è estremamente vago e indeterminato[177]. Tale sentenza rappresenta una svolta fondamentale nella giurisprudenza della Corte, che sino ad ora ha sostanzialmente riconosciuto la conformità ai principi della Cedu della disciplina italiana in materia di misure di prevenzione, tranne che per la mancanza di un'udienza pubblica. Come evidenziato in altra sede tale sentenza potrebbe avere dei riflessi in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali perché anche se quest'ultime in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 (d. lgs. n. 92/2008 e l. n. 94/2009) possono essere applicate indipendentemente dalle personali e a prescindere dall'attualità della pericolosità sociale, esigono, in ogni caso, l'accertamento della stessa pericolosità sociale, come previsto dal dato normativo (oggi art. 16 d. lgs. n. 159/2011) e la normativa di riferimento, che stabilisce i destinatari a pericolosità generica delle misure di prevenzione personali, è richiamata dalle norme che dispongono le misure patrimoniali (l'art. 19 della l. n. 22 maggio 1975, n. 152, che richiama l'art. 1 della l. n. 1423/1956; art. 16 d. lgs. n. 159/2011 che richiama l'art. 4, che richiama l'art. 1). E, allora, la questione si dovrebbe porre dinanzi alla Corte Edu rispetto all'art. 1 del I Protocollo Cedu poichè la restrizione del diritto di proprietà deve essere prevista da una legge che sia non solo accessibile, ma anche dagli effetti prevedibili, mentre la mancanza di tassatività della legislazione in materia nella descrizione delle categorie dei destinatari a pericolosità generica contrasterebbe con tale diritto; in realtà, però, si dubita che la Corte europea che ha sempre considerato conformi ai principi della Cedu delle forme di confisca senza condanna pronunciate con un *actio in rem*, muterà la sua valutazione nei confronti della disciplina della confisca di prevenzione[178].

[177] Corte EDU, 23 febbraio 2017, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, n. 43395/09. In materia F.Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 marzo 2017; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 marzo 2017; R. Magi, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2017; M. Fattore, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2017; F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 aprile 2017.

[178] Sia consentito il rinvio a Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica,* cit. e Id., La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovrannazionali, in corso di pubblicazione su *Riv. it. dir. proc. pen.* Mentre alcune sentenze di merito hanno sostanzialmente ignorato la sentenza De Tommaso (Trib. Milano, sez. aut. mis. di prev., decreto 7 marzo 2017, con nota di S. Finocchiaro, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia*

File riservato ad esclusivo fine di studio

5. Cenni sulle tendenze della normativa sovrannazionale

Anche il legislatore europeo ha posto dei freni alla tendenza espansiva della confisca di prevenzione laddove la Direttiva n. 42/2014 ha accolto il modello della confisca senza condanna solo nell'ipotesi di fuga e malattia, e comunque laddove il procedimento penale si sarebbe concluso con la condanna se fosse stato possibile il suo svolgimento.Nell'approvare tale Direttiva, però, il Parlamento e il Consiglio hanno invitato la Commissione a un *ulteriore sforzo di analisi* per presentare una proposta legislativa in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca, – «*considering the need of putting in place a comprehensive system for freezing and confiscation of proceeds and instrumentalities of crime in the EU*» –, nonché al fine di individuare un modello di *actio in rem condiviso nel rispetto delle tradizioni costituzionali comuni.*

In realtà in relazione alla confisca senza condanna, come evidenziato nelle conclusioni della Conferenza su «*Mutual recognition of judicial decisions and confiscation 15 years after Tampere: an additional tool for depriving criminals of their illicit assets all over the Union*»[179]–, sono possibili due strategie per attuare il mandato conferito alla Commissione: 1) imporre *l'armonizzazione* cercando di costruire un modello di confisca senza condanna conforme alle tradizioni costituzionali comuni e condiviso dagli Stati membri (come aveva provato la

*di misure di prevenzione non integra un precedente consolidat*o, in *Dir. Pen. Cont. Riv. trim.,* fasc. 4/2017, p. 319 ss.; Trib. Palermo, decreto 28 marzo 2017, con nota di F. Balato, su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte Edu *De Tommaso* da parte della giurisprudenza di merito*, ivi,* p. 316 ss.; Trib. Vercelli, decreto 24 maggio 2017), per contro la Corte di Appello di Napoli e il Tribunale di Udine hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale delle norme relative, sospettandone il contrasto con l'art. 117, co. 1 Cost. in relazione all'art. 2 prot. 4 CEDU, per ciò che concerne le misure di prevenzione personali (Corte App. Napoli, VIII Sez. mis. prev., ord. 14 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2017**,** con nota di F. Viganò; Trib. Udine, ord. 4 aprile 2017, consultabile all'indirizzo internet *www.giurisprudenzapenale.it. Conforme attribuisce immediata efficace vincolante alla sentenza De Tommaso per le figure di pericolosità generica,* Trib. Monza, Sez. unica pen., decr. 15 maggio 2017). La Corte di Appello di Napoli ha, inoltre, correttamente sollevato la questione anche in relazione all'art. 1, c. 1, Prot. add. CEDU, per ciò che concerne la misura di prevenzione patrimoniale della confisca; la norma convenzionale, nell'ammettere sacrifici al diritto di proprietà, presuppone che essi siano legalmente previsti, pretendendo una certa qualità della legge. Si sono poi susseguite alcune pronunce della Suprema Corte che hanno ritenuto di non dover investire la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale a causa di una presunta incompatibilità tra il sistema delle misure di prevenzione patrimoniali e i principi convenzionali di legalità *ex* art. 7, in punto di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, da una parte, e di tutela del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1, c. 1, prot. add. CEDU. La Suprema Corte ritiene, infatti, possibile fornire *una interpretazione in senso convenzionalmente conforme*, senza la necessità di sollevare la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. [Cass., Sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco Mario. n. 349].

[179] Organizzata dalla Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea in collaborazione con la Commissione europea e il Ministero della Giustizia il 22 e 23 settembre 2014 a Siracusa, presso la sede dell'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC).

File riservato ad esclusivo fine di studio

Commissione Libe con la sua proposta di confisca senza condanna da inserire nella Direttiva 42/2014[180]); oppure 2) imporre il *mutuo riconoscimento del provvedimento di confisca senza condanna* a tutti gli Stati membri, anche agli Stati che non adottano tale modello[181].

Quest'ultimo approccio è stato prescelto dalla Commissione con una recente Proposta di Regolamento, direttamente vincolante, presentata il 21 dicembre 2016 per *il mutuo riconoscimento* di tutti i tipi di provvedimenti di sequestro e confisca, inclusi i provvedimenti di confisca estesa, di confisca nei confronti dei terzi e, in particolare, di confisca senza condanna, purché emanati nell'ambito di un procedimento «penale» (criminal proceedings) nella versione originaria[182], nell'ambito di «*proceedings in criminal matters*» nell'ultima versione, riformata dal Consiglio nel dicembre del 2017. Si passa dalla nozione di procedimenti penali in senso stretto a quella, come precisato nel considerando (13), di «azione penale» con l'avvertenza che è un concetto autonomo del diritto dell'Unione europea. Si continua, però, ad escludere il mutuo riconoscimento per provvedimenti adottati con procedimenti di carattere amministrativo o civile[183].

Anche questo approccio minimalista non potrà prescindere dalla fiducia reciproca e ciò impone un cambiamento di atteggiamento del legislatore europeo, il quale ha sempre assunto in questo settore un atteggiamento più guidato dall'esigenza dell'effettività che dal rispetto delle garanzie, volto a prediligere l'effetto spada piuttosto che l'effetto scudo.

A tal proposito si deve ricordare che la Convenzione di Strasburgo del 1990 sul riciclaggio e la confisca consentiva la cooperazione in relazione a provvedimenti di confisca senza condanna, pronunciati in un procedimento di carattere civilistico, come precisato nell'*Explanatory Report*; mentre la Decisione quadro 783/2006 consente il mutuo riconoscimento non solo dei provvedimenti di confisca diretta degli strumenti e dei proventi del reato, ma anche dei provvedimenti di confisca estesa (previsti prima dall'art. 3 della decisione quadro 212/2005, poi sostituito dall'art. 5 della direttiva 42/2014), e ammette, ad avviso di chi scrive, il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna (anche emanati in un procedimento civile o amministrativo), pur non preveden-

[180] A.M. Maugeri, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu? – Emendamenti della Commissione Libe alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, n. 3, p. 252.

[181] Così A.M. Maugeri, in *EU law/policy on confiscation of assets: the perspective of mutual recognition, in The Handbook of Criminal and Terrorism financing law*, a cura di King, Walker, Gurule, in corso di stampa, Palgrave Mac Millan.

[182] Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the mutual recognition of freezing and confiscation orders, {COM(2016) 819 final} {SWD(2016) 469 final}, in http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1483123948268&uri=CELEX:52016SC0468.

[183] Maugeri, *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di Regolamento"*, cit.; Id., *La legittimità della confisca di prevenzione*, cit., p. 591 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dolo come obbligatorio in quanto si consente di opporre il rifiuto (art. 8 n. 2, G), qualora la decisione di confisca «è stata presa in circostanze in cui la confisca del bene è stata ordinata ai sensi delle disposizioni relative ai poteri estesi di confisca di cui all'articolo 2, lettera d), punto iv)» e cioè «confisca ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri estesi di confisca previste dalla legislazione dello Stato di emissione»[184][185] (in Italia l'art. 6 del d.lgs. 137/2015 consente sostanzialmente il riconoscimento di un provvedimento fondato su tali poteri estesi ma solo a condizioni di reciprocità).

Ma soprattutto si deve evidenziare che negli strumenti in materia, e in particolare nella decisione quadro n. 212/2005 e nella direttiva n. 42/2014, il legislatore europeo ha sempre inserito l'espressione «*at least*» e cioè ha stabilito che gli Stati membri devono «perlomeno» adottare un certo modello di confisca, considerato minimalista in termini di efficienza, ma possono introdurre ulteriori poteri più incisivi di sequestro e confisca anche a scapito delle garanzie. Nell'imporre il mutuo riconoscimento anche agli Stati membri che non vogliono adottare modelli di confisca senza condanna, sarebbe necessario stabilire, invece, le *garanzie minime e imprescindibili* in presenza delle quali gli Stati membri non possono opporre ragioni di rifiuto al mutuo riconoscimento.

Per la disamina del regolamento sia consentito il rinvio all'analisi compiuta in altra sede, si può solo ricordare che laddove fosse approvato rappresenterebbe una sfida per i legislatori nazionali alla revisione in termini penalistici dei procedimenti *in rem* volti all'inflizione di forme di confisca senza condanna, rappresentando un freno in termini garantistici a tale modello di confisca, pur garantendone, per contro, il mutuo riconoscimento. Intanto, la commissione Libe – libertà, sicurezza e giustizia – negli emendamenti, poi non accolti, alla direttiva n. 42/2014 proponeva, in chiave di armonizzazione, un modello di confisca senza condanna sottoposto alle garanzie degli artt. 6 e 7 CEDU, per la cui applicazione il giudice dovrebbe essere *convinto* dell'origine illecita e non si potrebbe accontentare di «essere soddisfatto», come si afferma invece nella Direttiva in relazione alla confisca allargata in seguito a condanna (art. 5) ammettendo lo standard della prova civilistico rinforzato. Forse la commissione Libe vuole far quadrare il cerchio: una forma di confisca senza condanna che rientri perfettamente nel concetto di materia penale è un po' una forzatura; ma se la

[184] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 6 Ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*, in GU C 116 del 9 maggio 2008, 18.

[185] Contra T. Kolarov, *"Mutual recognition of judicial decisions on confiscation: the way forward"*, Contribution to the Seminar on "*Mutual recognition of judicial decisions and confiscation 15 years after Tampere*", Syracuse 2014 che evidenzia che l'art. 1 della decisione quadro richiede una corte competente in materia penale e l'art. 2 definisce il «confiscation order» come una «final penalty or measure imposed by a court following proceedings in relation to a criminal offence or offences», richiedendo un procedimento connesso a uno o più crimini.

File riservato ad esclusivo fine di studio

forzatura interviene in termini garantistici, ben venga.

La direttiva pone, in ogni caso, ulteriori limiti alle forme di confisca allargata, perché ai fini dell'applicazione della confisca allargata in seguito a condanna, richiede l'accertamento della *sproporzione* tra il valore dei beni da confiscare e il reddito o l'attività economica, la *delimitazione temporale* e, soprattutto, al considerando n. 11, prevede che nell'ipotesi di confusione tra profitti leciti e profitti illeciti non si può confiscare tutto indistintamente, ma sarà possibile confiscare «fino al valore stimato dei proventi confusi».

Per contro anche la Direttiva prevede che il suo ambito di applicazione non sia limitato ai settori della lotta alla criminalità organizzata, come invece stabiliva la decisione quadro 112/2005, e all'ultimo comma dell'art. 3 rimanda a qualunque reato oggetto di futura armonizzazione in relazione al quale si voglia applicare la direttiva, o comunque, come afferma espressamente il considerando 19, si ritiene che la confisca debba essere applicata in particolare nella lotta al crimine organizzato e alla sua infiltrazione nell'economia lecita, ma anche a tutti i reati che producono profitto.

Inquietante sembra poi la previsione della confisca allargata della confisca degli strumenti del reato, art. 4, in considerazione del contenuto punitivo che assume la confisca degli strumenti.

Anche se, poi, la Direttiva prevede il rispetto del principio di proporzione proprio in relazione a tale forma di confisca al considerando n. 17. La confisca degli strumenti del reato[186] può essere applicata «se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati»; tale disposizione presuppone che la Direttiva riconosca l'approccio punitivo che può assumere la confisca degli strumenti del reato, al punto da imporre opportunamente il rispetto del principio di proporzione in conformità all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. In tale direzione rappresenta un interessante modello il § 74 b *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* dell'ordinamento tedesco.

Nel considerando n. 18 introduce in generale il principio di proporzione, prevedendo l'introduzione della clausola dell'onerosità, anche in relazione alla confisca dei proventi del reato, laddove «la misura rappresenti un onere sproporzionato per l'interessato o ne determini la rovina economica» in considerazione, come si precisa nella motivazione, di una situazione «di manifesta iniquità». Anche nell'«O*pinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime*» (nel prosieguo *FRA Opinion*)[187] si richiede

[186] Per le problematiche connesse alla delimitazione di tale nozione sia consentito il rinvio Maugeri, *L'*actio in rem *assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 256 ss.

[187] *THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), Opinion* – 03/2012, *Confiscation of proceeds of crime*, Vienna, 4 December 2012.

File riservato ad esclusivo fine di studio

di prevedere che il giudice possa decidere discrezionalmente di rinunciare alla confisca laddove sorga un «*serious risk of injustice*»[188]. Una simile clausola si dovrebbe applicare laddove si realizzi quell'effetto strangolamento cui subordina l'applicazione dell'*Härtevorschrift (Regola dell'onerosità)* (§ 73 c) una parte della dottrina tedesca. Tale proposta sembra molto interessante soprattutto laddove la confisca si applica nel settore del diritto penale dell'economia, e, addirittura, come previsto nell'art. 6, co. 5 del d. lgs. n. 231/2001, anche nei confronti dell'ente incolpevole; chiaramente, infatti, questa forme confisca del profitto, che può essere accettabile nel momento in cui si tratti di restituire qualcosa che non si ha diritto a detenere, può però avere un forte impatto per un'azienda incolpevole che comunque contava su quel risultato economico. Una proposta simile è stata già fatta nell'art. 114, no. 3 del progetto della commissione Grosso del 2000 e nello schema di riforma del sistema sanzionatorio presentato dalla commissione Palazzo nel 2013[189]. Il d. lgs. n. 202/2016, che ha dato attuazione alla direttiva, non ha invece introdotto tale clausola nell'ordinamento italiano: un'occasione sprecata.

La direttiva, infine, prevede all'art. 8 anche una serie di garanzie procedurali che sono molto interessanti anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU che pretende il rispetto dei principi del giusto processo *ex* art. 6, co. 1, a partire dal contradditorio, nel procedimento di prevenzione o, comunque, nei procedimenti volti all'applicazione della confisca.

6. Ulteriori tendenze espansive della l. n. 161/'17 e del d. lgs. n. 21/2008

Da ultimo sono intervenuti in materia due provvedimenti legislativi che hanno ulteriormente dilatato l'ambito di applicazione sia delle misure di prevenzione patrimoniale sia della confisca allargata *ex* art. 12 *sexies* del d.l. 306/1992, la l. 161/2017 e il d.lgs. n. 21/2018, – «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103»[190] –. Quest'ultimo, in particolare, ha abrogato l'art. 12 *sexies* d.l. 306/92 e ne ha riproposto in gran par-

[188] *FRA Opinion*, cit., § 1.3 (18). La direttiva, al considerando n. 18, limita rigidamente il ricorso a tale clausola: in circostanze eccezionali «qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per l'interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso, che dovrebbero essere determinanti. È opportuno che gli Stati membri facciano un ricorso molto limitato a questa possibilità e abbiano la possibilità di non ordinare la confisca solo quando essa determinerebbe per l'interessato una situazione critica di sussistenza».

[189] Commissione ministeriale istituita con d.m. 13 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, «*Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (relazione e articolato)*», in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 febbraio 2014.

[190] In G.U. n. 68 del 22 marzo 2018.

File riservato ad esclusivo fine di studio

te la disciplina nell'art. 240 *bis* c.p., confisca in casi particolari, in accoglimento della proposta della Commissione Marasca[191], al fine di rendere più facilmente conoscibile questa forma di confisca in conformità al principio di legalità, quale garanzia della prevedibilità dell'intervento penale, e quindi di colpevolezza.

La l. 161/'17 ha ulteriormente amplito l'ambito di applicazione di strumenti nati per il settore del crimine organizzato nell'ambito della lotta alla criminalità economica in senso ampio, includendo nella categoria dei soggetti a pericolosità qualificata i soggetti indiziati di reati contro la P.A.[192] realizzati in forma associata; tali soggetti, che in realtà già rientravano nella categoria dei soggetti a pericolosità generica. La *ratio* politico criminale di tale riforma è rappresentata, allora, solo dallo scopo di sottrarre l'applicazione della confisca nei confronti di tali soggetti, all'accertamento della *dedizione all'illecito*, in modo che basti l'iscrizione nel registro degli indagati o comunque l'inizio di un procedimento penale per fare iniziare il procedimento di prevenzione, facilitando ulteriormente l'applicazione della confisca nei confronti dei soggetti in questione. L'effetto è draconiano.

Nella medesima direzione la l. 161/'17 ha introdotto «una specifica preclusione in ordine alla possibilità che la giustificazione della legittima provenienza dei beni si fondi sulla disponibilità di denaro provento o reimpiego di evasione fiscale» non solo in relazione alla confisca di prevenzione, come afferma la giurisprudenza consolidata, ma in relazione alla confisca allargata *ex* art. 240 *bis* c.p. (prima art. 12 *sexies* d.l. 306/1992). Il legislatore vuole estendere l'interpretazione giurisprudenziale meno garantistica anche nei confronti della confisca allargata, in contrasto con il recente orientamento che consente di provare il carattere proporzionato dei beni, per sottrarli alla confisca *ex* art. 12 *sexies*, anche adducendo che sono stati acquistati con il provento dell'evasione fiscale[193]. Tra l'altro nella prassi della confisca di prevenzione si impedisce all'evasore di

[191] Istituita con decreto del 3 maggio 2016 dal Ministro della Giustizia on. Andrea Orlando, per la elaborazione dello schema di decreto legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale in attuazione della previsione di legge delega sul principio c.d. della tendenziale riserva di codice in materia penale contenuto nel disegno di legge delega approvato dalla Camera dei Deputati il 23 settembre 2015 e all'esame del Senato (A.S. n. 2067) all'epoca della costituzione della commissione.

[192] La lettera *b*) del comma 1 aggiunge una nuova lettera (*i bis*) al citato art. 4, co. 1, in base alla quale le misure di prevenzione personali e patrimoniali si applicano anche agli indiziati dei delitti di cui agli artt. 314 (peculato semplice e mediante profitto dell'errore altrui), malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni statali o comunitarie, 318 (concussione), 319 (corruzione propria e impropria, corruzione in atti giudiziari), 319 *ter* (induzione indebita a dare o promettere utilità), 319 *quater* (corruzione di incaricato di pubblico servizio), 320 (peculato), 321 (concussione), 322 (induzione indebita dare o promettere utilità), 322 *bis* (corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi dell'Unione Europea e di funzionari dell'Unione Europea e di Stati esteri).

[193] Cass., sez. II, 7 novembre 2011, n. 40048.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dimostrare il carattere proporzionato del valore del bene al momento dell'acquisto anche attraverso quella parte del proprio reddito imponibile di fonte lecita, sottratta alla tassazione, con un'opzione di politica criminale piuttosto draconiana, in contrasto con il principio di proporzione, perché si finirebbe per ampliare l'ambito di applicazione della confisca in esame in relazione a beni di valore proporzionato e quindi di origine lecita, trasformando la confisca in esame in una vera e propria pena patrimoniale.

Si cristallizza poi in una norma la prassi giurisprudenziale in base alla quale competente a emettere sequestro e confisca (anche per equivalente) *ex* art. 240 *bis* c.p., dopo l'irrevocabilità della sentenza, è il giudice dell'esecuzione (co. 4 *sexies* dell'art. 12 *sexies*, introdotto dalla legge n. 161/2017 e abrogato dal d.lgs. n. 21/2018 che ne ha trasposto il contenuto nel comma 1 dell'art. 183 *quater* del decr. leg. 271/1989 – «Esecuzione della confisca in casi particolari» –[194]). Tale riforma non tiene in alcun conto dei problemi evidenziati dalla dottrina in termini di garanzie della difesa (la confisca può essere pronunciata *inaudita altera parte*, salva la possibilità di udienza camerale in seguito all'opposizione, non è possibile l'impugnazione in appello)[195]. Tale questione assumerebbe un ulteriore rilievo laddove fosse approvato il Regolamento UE sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, che pretende che la confisca sia pronunciata in un procedimento penale con le relative garanzie (pur non mancando ambiguità laddove sembra ammettere l'uso di presunzioni). E, del resto, la giurisprudenza della Corte Edu nel caso Paraponiaris c. Grecia afferma l'illegittimità ai sensi dell'art. 6 CEDU e, quindi, dei principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza (art. 6, co. 2), delle confische inflitte in fasi processuali che non consentano un adeguato esercizio del diritto di difesa[196].

Sulla via, poi, della separazione del procedimento di applicazione della confisca allargata rispetto al processo penale le recenti riforme consentono l'applicazione della confisca allargata (ad eccezione dell'ipotesi di confisca per equivalente) in caso di estinzione del reato per prescrizione o amnistia, intervenuta in

[194] «Competente a emettere i provvedimenti di confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240-bis del codice penale o da altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano dopo l'irrevocabilità della sentenza, è il giudice di cui all'articolo 666, commi 1, 2 e 3, del codice. Il giudice, sulla richiesta di sequestro e contestuale confisca proposta dal pubblico ministero, provvede nelle forme previste dall'articolo 667, comma 4, del codice. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione del decreto».

[195] A.M. Maugeri, C*onfisca "allargata"*, in *"Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie"*, *www.cnpds.it*, Milano 2016, p. 66 ss. E anche la Corte Costituzionale ammette in relazione alla confisca *ex* art. 12 *sexies* la legittimità delle limitazioni del diritto di difesa dato che nel procedimento di «esecuzione è previsto solo il ricorso per cassazione», Corte Cost., 15 aprile (9 giugno) 2015, n. 106; cfr. Cass., sez. VI, 4 giugno 2014, n. 39911; Cass., sez. I, 10 giugno 2014, n. 52058.

[196] Corte EDU, sez. I, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06; M. Panzarasa, *Confisca senza condanna? Uno studio* de lege lata *e* de iure condendo *sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1672 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

appello o nel giudizio di cassazione a seguito di una pronuncia di condanna in uno dei gradi di giudizio (comma 4 *septies* introdotto dalla l. 161/'17 e abrogato dal d.lgs. n. 21/2018, che ha introdotto l'art. 578 *bis* del c.p., la cui rubrica recita «Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione»[197]). Con l'introduzione del secondo comma dell'art. 183 *quater* d.lgs. 271/1989 da parte del d.lgs. n. 21/2018 (che ha abrogato e così sostituito il comma 4 *octies* dell'art. 12 *sexies* d.l. 306/'92)[198] si prevede, inoltre, che, in caso di morte del soggetto nei cui confronti sia stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il procedimento di esecuzione inizi o prosegua nei confronti degli eredi e degli aventi causa del *de cuius*. Si recepisce sostanzialmente il recente orientamento giurisprudenziale che si è affermato in materia[199] per il caso di prescrizione in seguito ad una condanna in primo grado e, inoltre, si consente l'applicazione della confisca contro i successori nel caso di morte del reo, laddove non sarebbe più possibile applicare tardivamente la confisca attraverso l'incidente di esecuzione per la sopravvenuta morte del condannato, come sancito nel caso Ciancimino[200]. Si trasforma la confisca allargata in seguito a condanna in una sorta di *actio in rem*, applicabile anche in mancanza di una condanna per sopravvenuta prescrizione e, anche se in seguito a condanna, nei confronti degli eredi. Anzi mentre la possibilità di procedere contro gli eredi con il procedimento di prevenzione volto ad applicare la confisca *ex* art. 24 d. lgs. n. 159/2011, è possibile solo entro i cinque anni dalla morte, in tale ipotesi non è previsto un termine. Emerge anche in questo caso una problematica tendenza espansiva.

L'anomalia di tale disposizione, inoltre, è data dal fatto che nel nostro ordinamento non è prevista una simile disciplina nell'ipotesi di confisca diretta in cui sarebbe ammissibile in base ai principi della materia penale, considerando che la sottrazione del profitto accertato del reato non rappresenta una pena, perché non limita un diritto o interesse del condannato, ma si limita a recuperare qualcosa che il condannato non ha diritto a detenere in quanto frutto del crimine e il reato non è una legittima fonte di arricchimento; fermo restando che, come ricordato, la più recente giurisprudenza a Sezioni Unite ammette l'applicazione della confisca misura di sicurezza obbligatoria in caso di prescrizione in seguito

[197] «1. Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato». Per un'ampia trattazione di tale profilo della riforma sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240 bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *Arch. Pen.*, 2018, § 7.1.

[198] Cfr. Maugeri, *La riforma della confisca*, cit., § 7.2.

[199] Si veda *supra* § 2.

[200] Cass., 20 maggio 2008, *Ciancimino*, rv. 240584.

File riservato ad esclusivo fine di studio

a condanna in primo grado[201]. Più problematica è invece una simile disciplina in relazione alla confisca allargata, che non presuppone un pieno accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare, ma è fondata sulla presunzione che il reo ha realizzato altri crimini oltre a quello oggetto della condanna, da cui abbia tratto un profitto illecito, salva la prova della sproporzione del valore di ogni singolo bene al momento dell'acquisto a carico dell'accusa e l'onere del condannato di giustificare l'origine del suo patrimonio; anzi la presunzione di origine illecita dei beni da confiscare si fonda proprio sulla condanna che in questo caso mancherebbe (nell'ipotesi di mancanza di una condanna definitiva per intervenuta prescrizione del reato). Nella misura in cui manca un pieno accertamento della natura illecita dei profitti da confiscare, la confisca allargata rischia di assumere una natura punitiva dell'attività criminale sospetta, ferma restando la sua finalità di impedire l'infiltrazione criminale nell'economia lecita. Si tratta, in ogni caso, di una forma di confisca che presuppone un pieno contraddittorio imponendo, come esaminato, un onere di allegazione in capo al condannato per dimostrare l'origine lecita dei suoi beni, onere di difficile assolvimento in capo al successore. Il procedimento prosegue solo ai fini della confisca estendendo la disciplina già prevista in materia di impugnazione dall'art. 578 c.p.p. per i soli effetti civili.

La l. n. 161/'17, infine, estende *tout court* l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria dei beni *ex* art. 34 d. lgs. n. 159/2011 nei confronti delle attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, direttamente o indirettamente sottoposte alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416 *bis* c.p.: mentre nella precedente versione si richiede che in seguito agli ulteriori accertamenti richiesti ai sensi del primo comma dell'art. 34 emergano «*sufficienti elementi per ritenere che il libero esercizio delle attività economiche di cui al comma 1 agevoli l'attività delle persone*» (e quindi anche le attività sottoposte a intimidazione o assoggettamento devono agevolare per essere sottoposte all'amministrazione giudiziaria), la riforma si limita a richiedere che «Quando, a seguito degli accertamenti di cui all'articolo 19 [...], sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, *sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-bis del codice penale o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali* [...], e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al capo I del presente titolo, il tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti delle persone sopraindicate dispone l'amministrazione giudiziaria delle aziende o dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle

[201] Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, *Lucci*, cit.

File riservato ad esclusivo fine di studio

predette attività economiche»: *o possa comunque agevolare* (espressione utilizzata anche nella precedente versione dell'art. 34) lascia intendere che anche la prima attività indicata, quella sottoposta a intimidazione o assoggettamento, agevoli e, quindi, come indicato nel prosieguo deve essere sottoposta all'amministrazione giudiziaria, senza necessità di una ulteriore specifica verifica dell'agevolazione, come richiesto invece nella precedente versione (art. 34, co. 2); non solo, l'attività sottoposta a intimidazione o assoggettamento sembra diventare la principale attività sottoposta ad amministrazione, salvo farvi rientrare altre attività economiche che possano «comunque agevolare» (anche se non sottoposte a intimidazione e assoggettamento). Si tipicizza nella disposizione in esame quella situazione che sino ad ora la dottrina ha temuto (salvo il suo verificarsi nella prassi) e cioè di confondere, o meglio di equiparare deliberatamente per una sorta di precisa scelta politico criminale, la vittima di estorsione con l'agevolatore[202]; o peggio si esprime la cultura del sospetto in base alla quale chi paga la «messa a posto» fornisce un contributo all'associazione e quindi l'agevola, finendo per parificare nell'identica fattispecie della «contiguità» due condotte assolutamente diverse. Anche la vittima pura di estorsione andrebbe sottoposta ad amministrazione giudiziaria, che comunque comporta uno spossessamento dei titolari dell'attività economica, che viene affidata all'amministratore giudiziario (il quale l'amministrerà insieme al giudice delegato).

Per contro sembra interessante l'estensione dell'ambito di applicazione di tale misura di prevenzione a scapito, sembra, della più invasiva e dirompente confisca.

Sino ad ora la clausola dell'art. 34 che stabiliva «e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione» sembrava consentire l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria solo laddove mancassero gli indizi di pericolosità sociale che avrebbero consentito di applicare direttamente il sequestro e la confisca *ex* artt. 20 ss. La l. 161/'17 ha riformulato tale clausola precisando «e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al capo I del presente titolo», e ha inserito nell'art. 20, all'interno di una norma intitolata *sequestro*, la disposizione che prevede che è possibile applicare le misure «di cui agli articoli 34 e 34 *bis* ove ne ricorrano i presupposi ivi previsti» in relazione ai beni di un soggetto «nei cui confronti è stata presentata la proposta»; nell'art. 24 si prevede, inoltre, che «Se il tribunale non dispone la confisca, può applicare anche d'ufficio le mi-

[202] Cfr. C. Visconti, *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 novembre 2015, il quale osserva che «il riferimento anche a imprese "sottoposte al condizionamento mafioso" potrebbe preludere a un'applicazione dell'istituto in contesti ove l'imprenditore è semplicemente vittima dell'attività estorsiva, il che significherebbe avallare una forma di "pedagogia bullonata" o di "autoritarismo ben intenzionato", non facilmente condivisibile».

File riservato ad esclusivo fine di studio

sure di cui agli articoli 34 e 34-bis ove ne ricorrano i presupposti ivi previsti»: sembra emergere un approccio, anche se non del tutto chiaro, in base al quale, mentre si continua a prevedere la clausola di riserva all'art. 34 anche se limitata alle misure patrimoniali (per cui si potrebbe configurare la situazione in cui il soggetto sia pericoloso, ma in mancanza dei requisiti oggettivi per il sequestro e la confisca), le riforme, e in particolare l'art. 20, sembrano consentire l'applicazione delle misure di cui all'art. 34 e 34 *bis* anche al soggetto pericoloso, nei cui confronti è stata presentata la proposta, laddove però la situazione, per motivi soggettivi o oggettivi, non consente l'applicazione del sequestro e della confisca. Sembrerebbe emergere, al limite, la volontà del legislatore della riforma di voler valorizzare la misura dell'amministrazione giudiziaria rendendola applicabile anche nei confronti di soggetti pericolosi, laddove si ritenga che tale misura sia sufficiente a bonificare l'impresa e si possa rinunciare al sequestro e alla confisca in presenza di un'attività economica vitale; si tratterebbe di ipotesi di «infiltrazione criminale meno spesse» o «delle attività economiche intaccate da infiltrazioni mafiose ma sostanzialmente sane» («tanto più se complesse e di dimensioni rilevanti»)[203]. Quest'ultima logica sembra, in realtà, già ispirare nella prassi taluni provvedimenti di cui all'art. 34 d. lgs. n. 159/2011 applicati dal Tribunale di Milano, in conformità al principio di proporzionalità, che suggerisce l'utilizzo progressivo degli strumenti in esame (amministrazione giudiziaria e confisca)[204]. Al principio di proporzionalità era ispirato, del resto, il progetto della Commissione Fiandaca del 2001 che nel tentativo di «ammodernare nelle fondamenta la stessa logica dell'intervento preventivo» proponeva una serie di nuovi strumenti volti a «recidere il perverso intreccio tra mafia, mondo delle imprese e sistema economico», in una dialettica, si sottolinea nella relazione, non vetero-sanzionatoria, ma piuttosto finalizzata ad emancipare le imprese dal potere mafioso e porle in condizioni, responsabilizzandole o rieducandole si potrebbe dire, di operare nel rispetto delle regole del mercato, secondo normali criteri di efficienza economica («questa è del resto la filosofia sottesa alla responsabilità degli enti *ex* d. lgs. 231/2001, prevista anche per il reato di associazione di stampo mafioso»)[205]. Tale logica potrebbe essere considerata conforme alle indicazioni della Direttiva 42/2014 che al considerando 17 e 18, come esaminato, promuove l'applicazione del principio di proporzionalità.

[203] Per tali espressioni cfr. C. Visconti, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese* (working paper), in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2012.

[204] Cfr. Visconti, *Contro le mafie non solo confisca*, cit.

[205] Per l'esame di tali misure sia consentito il rinvio a Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 432 ss.; Id., *Dall'*actio in rem *alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in *Scenari attuali di mafia. Analisi e strategie di intervento*, a cura di C. Visconti, G. Fiandaca, Giappichelli, Torino 2010, p. 271 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Sempre, in conformità al principio di proporzione, appare interessante la riforma laddove ha valorizzato all'art. 34 *bis* il controllo giudiziario come autonomo strumento («Controllo giudiziario delle aziende»); sarebbe applicabile qualora l'agevolazione degli interessi mafiosi da parte di un'azienda «risulta occasionale» e «sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività»: il Tribunale può limitarsi a imporre all'azienda oneri comunicativi nei confronti dell'autorità giudiziaria e di polizia, oppure nominare una sorta di tutor (definito impropriamente «amministratore giudiziario») che, guidato dal giudice delegato, attua una «vigilanza prescrittiva» entro un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre, al fine di munire l'attività imprenditoriale dei presidi occorrenti per tenerla indenne dal condizionamento mafioso.

7. La restituzione del profitto per finalità «riparatorie»

Riflettendo sull'utilizzo della confisca, o meglio della restituzione del profitto, per finalità riparatorie, si deve ricordare che nel d.d.l. n. 2067, inglobato nel d.d.l. C. 4368 approvato definitivamente il 14 giugno 2017 nell'ambito della riforma Orlando (C. 4368 – Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario)[206], si prevede un nuovo art. 162 *ter* nel codice penale del seguente tenore: «Art. 162-ter. – (Estinzione del reato per condotte riparatorie). – Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo […] Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito delle condotte riparatorie». Tale disposizione in virtù del co. 2 si applica anche ai processi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge e il giudice

[206] Il provvedimento è frutto della unificazione in un unico testo, oltre che di una pluralità di disegni di legge di iniziativa di senatori, di tre progetti di legge già approvati dalla Camera: il disegno di legge di iniziativa governativa C. 2798 (*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena, S. 2067*), la proposta di legge Ferranti ed altri C. 2150 (*Modifiche al codice penale in materia di prescrizione del reato, S. 1844*) e la proposta di legge Molteni C. 1129 (*Modifiche all'articolo 438 del codice di procedura penale, in materia di inapplicabilità e di svolgimento del giudizio abbreviato, S. 2032*).

File riservato ad esclusivo fine di studio

dichiara l'estinzione anche quando le condotte riparatorie siano state compiute oltre il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.

Autorevole dottrina ha espresso apprezzamento per tale proposta evidenziando, però, che l'estinzione per condotte riparatorie dovrebbe essere estesa a tutti i reati in cui sia ravvisabile un interesse pubblico al ripristino della situazione che si presenti più forte e pressante di quello alla persecuzione penale, e non soltanto in relazione ai reati perseguibili a querela (disciplina estesa dalla riforma in questione) e mettendo in evidenza come in realtà lo scopo sotteso a tale disciplina non sembra tanto ispirato da esigenze di giustizia riparativa: «In sostanza, le condotte riparatorie di cui all'art. 1 del disegno di legge realizzano il limitato ma apprezzabile risultato di sottrarre l'effetto estintivo della remissione al mercanteggiamento tra le parti private per affidarlo interamente al giudice, neutralizzando così eventuali caparbietà della persona offesa. Il giudice non sembra poi dotato di un margine di discrezionalità nel disporre l'effetto estintivo, dovendo egli solo accertare l'esistenza degli elementi costitutivi della "fattispecie riparatoria". E anche l'obbligo di sentire le parti e la persona offesa non sembra certo destinato a introdurre momenti di giustizia riparativa intesa quale dialogo costruttivo tra autore e vittima, quanto piuttosto a garantire il necessario contraddittorio nell'accertamento dei presupposti riparatori dell'estinzione»[207]. Ma anche se la finalità riparativa non è prevalente, ciò non esclude che la restituzione del profitto diventa un elemento di valutazione positiva in un meccanismo di estinzione del reato e, quindi, di paralisi delle istanze punitive, e in un reato a querela che presuppone la lesione di un interesse privato, sarà comunque strumento di risoluzione del conflitto sociale innescato dallo stesso reato.

Tale nuovo strumento fa assumere a condotte riparatorie e anche restitutorie una valenza special-preventiva positiva, cioè risocializzatrice, come auspicato in altra sede in relazione all'ablazione dei profitti, come strumento di Reparation[208]. In un'ottica, infatti, del diritto penale come *extrema ratio*, che vuol dire che non solo l'intervento penale, ma anche il ricorso alla modalità più drastica di esplicazione della pena, costituita dalla reclusione, avvenga in termini di rigorosa sussidiarietà[209], l'esigenza di una significativa diversificazione dell'apparato sanzionatorio penale ha messo in luce negli ultimi anni dei nuovi metodi

[207] Così F. Palazzo, *La Riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, p. 55, il quale evidenzia, inoltre, che non è chiaro se laddove la norma prevede che si applichi comunque «l'articolo 240, secondo comma», del codice penale, ci si riferisca solo a tale norma in senso stretto o a tutte le ipotesi di confisca obbligatoria.
[208] Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 644 ss.
[209] Così L. Eusebi, *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale? Appunti contro il neoconservatorismo penale*, in *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, vol. III, 1994, p. 92.

File riservato ad esclusivo fine di studio

punitivi, destinati, in un'ottica integratrice o pacificatrice, a stimolare un'assunzione di responsabilità o di oneri da parte del reo nei confronti della vittima[210]. In tale ottica la restituzione del profitto illecito, quale espressione di una volontà del reo di riparazione o direttamente nei confronti della vittima, o, in caso di reati c.d. senza vittima nei confronti della collettività offesa, si potrebbe inserire nell'ambito di un procedimento di risocializzazione volto a responsabilizzare il reo, il quale dovrebbe non solo riconoscere le proprie responsabilità ma anche attivarsi per ricostituire l'equilibrio violato; la riparazione e la restituzione (del profitto) si atteggerebbe così «in modo risocializzativo», in quanto l'orientamento alla risocializzazione «non esige tanto un'opera che (terapeuticamente) risocializzi, quanto che l'intervento punitivo, da un lato, implichi il minor possibile sacrificio dei diritti essenziali all'inserimento sociale di ciascun individuo e, dall'altro, assuma preferibilmente modalità significative sotto il profilo dei valori di solidarietà sociale (ciò vale soprattutto per le pene prestazione o risarcitorie..)»[211].

De iure condendo in relazione alla restituzione del profitto illecito, in altra sede è stato auspicato che il reo dovrebbe collaborare attivamente all'individuazione del suo patrimonio di origine illecita o lecita (ai fini di un'eventuale confisca di valore), ottenendo magari in cambio una diminuzione di altre pene (siano esse detentive, alternative, interdittive, o pecuniarie); il giudice sarebbe così facilitato nel difficile compito di scoprire il patrimonio del reo, che costituisce spesso un ostacolo insormontabile all'applicazione anche delle più spregiudicate forme di confisca, e ciò senza ricorrere a forme di coazione come il *disclosure order* inglese. Tale strumento si inserirebbe perfettamente in un sistema punitivo che persegue finalità di prevenzione generale e speciale, di cui si valorizzano, però, le componenti positive, come l'aggregazione di consensi rispetto ai valori dell'ordinamento giuridico e il recupero sociale o la non desocializzazione del singolo, componenti riconducibili nel concetto superiore generico di integrazione sociale deducibile dalla nostra Costituzione, quale *telos* privilegiato in tutte le fasi di attuazione del diritto penale, dalla minaccia all'esecuzione[212]. La valo-

[210] Cfr. Eusebi, *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, cit., p. 94; M. Bouchard, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. Borrè, G. Palombarini, Franco Angeli Edizioni, Milano 1998, p. 161 ss., il quale esamina le prospettive della c.d. mediazione, quale nuova forma di composizione del conflitto che nasce dal reato, addirittura, per reati minori e per la microconflittualità, come sistema alternativo all'attività giurisdizionale.

[211]) Così Eusebi, *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, cit., p. 96.

[212] Cfr. S. Moccia, *La funzione normativa della pena. Aporie tra teorie e prassi*, in *Il vaso di Pandora – Carcere e pena dopo le riforme: atti del convegno promosso dall'Associazione Antigone e dall'Istituto della Enciclopedia italiana*, a cura di M. Palma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1997, p. 71 ss.; Id., *Il diritto penale tra essere e valore – Funzionedella pena e sistematica teologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, p. 83 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

rizzazione di un simile sistema potrebbe rivelarsi sicuramente utile rispetto alla criminalità economica dei c.d. colletti bianchi, più sensibili alla prospettiva di sottrarre sé, e di conseguenza la propria famiglia, alla stigmatizzazione del carcere; la stessa opinione pubblica, forse, in un'ottica non vendicativa, ma riconciliatrice, preferirebbe riottenere quanto le è stato sottratto, piuttosto che sentirsi depauperata delle proprie risorse economiche e sapere che chi si è arricchito a sue spese, dopo qualche anno di carcere, tornerà a godersi il denaro rubato.

Una disposizione, inoltre, che prevedesse degli sconti di pena in seguito alla restituzione del profitto illecito, non rappresenterebbe un'inaccettabile norma premiale volta ad ottenere la collaborazione processuale del reo nello svolgimento delle indagini, in un'ottica esclusivamente general preventiva (nel senso di garantire l'attuazione di ciò che è minacciato nei confronti dei responsabili), che viola il principio distributivo che ad eguale responsabilità segua un'uguale pena ed altera il rapporto di proporzione tra colpevolezza del fatto commesso e pena corrispettiva. La disposizione in questione, invece, si potrebbe accostare a quelle fattispecie che prevedono un'attenuazione di pena qualora, dopo la violazione del divieto, il reo provveda a ristabilire lo *status quo ante*, reintegrando, almeno parzialmente, l'interesse offeso con una condotta opposta a quella incriminata (in relazione ai reati in questione, infatti, l'offesa non è ritrattabile); la «promozione» in queste ipotesi resta connessa alla logica della dissuasione originaria[213].

La logica riparatoria emerge anche nel d. lgs. n. 231/2001, laddove condiziona la mancata applicazione delle sanzioni interdittive *ex* art. 17 anche alla restituzione del profitto. L'art. 17 disciplina il caso in cui l'azienda coinvolta opera una sorta di ravvedimento operoso in corso di causa allo scopo di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, co. 2, subordinando la mancata applicazione di tali sanzioni alla realizzazione, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, di tre condizioni (risarcimento del danno o eliminazione delle conseguenze, eliminazione delle carenze organizzative), tra cui la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca. La Suprema Corte sottolinea, innanzitutto, che le tre condizioni devono concorrere, come si desume dall'espressione utilizzata nell'art. 17 (lo stesso ai fini della revoca delle misure cautelari, rinviando l'art. 50 all'art. 17)[214]; si tratta, infatti, di

[213] Per questa distinzione nell'ambito delle norme c.d. «premiali», cfr. T. Padovani, *Note sulla crisi del modello penale illuministico e la funzione "promozionale" del diritto penale*, in *Identità del sistema penale*, *Supplemento al n. 9* di *Difesa penale*, 1985, p. 51 ss.

[214] Cass., sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 6248: «8. È stato affermato che dette condizioni devono peraltro necessariamente concorrere sia al fine di evitare la stessa applicazione delle sanzioni interdittive, che per giustificarne la revoca. Con riguardo alla non applicazione, ciò si desume chiaramente dall'espressione "concorrono" usata nell'art. 17, comma 1; con riferimento alla revoca delle misure interdittive già applicate, la necessaria concorrenza di tutte le condizioni è ugualmente desumibile dal riferimento "cumulativo" dell'art. 50 "alle ipotesi" previste dall'art. 17».

File riservato ad esclusivo fine di studio

tre autonomi comportamenti da cui desumere l'effettiva volontà di riparare le conseguenze derivanti dalla consumazione del reato e, soprattutto, il ravvedimento dell'ente in chiave di prevenzione speciale attraverso l'introduzione o l'adeguamento di idonei modelli organizzativi al fine di prevenire futuri reati, o meglio al fine di prevenire quelle spinte criminogene o quei gap organizzativi che stanno alla base della consumazione di reati in una realtà organizzativa complessa.

La restituzione del profitto illecito, insieme ai comportamenti volti a risarcire il danno o eliminare le conseguenze dannose dell'illecito, viene così valorizzata come strumento di *riparazione* (*Reparation*) da parte dell'ente, in un'ottica nuova in cui la sanzione si deve inserire in un meccanismo socialmente costruttivo di superamento del conflitto sociale provocato dal fatto illecito; un'ottica decisamente specialpreventiva, funzione espressamente riconosciuta dalla Suprema Corte a tale istituto[215], volta ad attivare comportamenti «*funzionali al conseguimento di risultati utili per la tutela dei beni tutelati*». In particolare, poi, nella relazione al d. lgs. n. 231/2001 la restituzione del profitto viene giustificata in considerazione del fatto che proprio il profitto rappresenta «il movente che ispira la consumazione dei reati»[216].

In tale direzione nella sentenza Fisia in materia di confisca le Sezioni Unite della Suprema Corte riconoscono in maniera interessante la finalità riparatoria del sistema sanzionatorio di cui al d. lgs. n. 231/2001, evidenziando il disegno sotteso alle condotte riparatorie di cui all'art. 17, quale emerge anche dalla Relazione al decreto, e il ruolo svolto in tale contesto dalla messa a disposizione del profitto da parte dell'ente: «La *ratio* della disposizione è trasparente: visto che il profitto costituisce, di regola, il movente che ispira la consumazione dei reati, l'inapplicabilità della sanzione interdittiva postula inevitabilmente che si rinunci ad esso e lo si metta a disposizione dell'autorità procedente [...]. In definitiva le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso

[215] Cass., sez. II, 15 dicembre 2011, n. 10822.

[216] *Relazione schema di d.p.r. approvato l'11 aprile 2001*, in <*htpp://www.giustizia.it/misc/testo9pg_rel.htm*>, p. 23. Cfr. Trib. di Monza, 3 settembre 2012, in *www.dejure.it* per un caso in cui non si applicano le sanzioni interdittive non solo perché «non sussistono le condizioni di cui all'art. 13, non essendo stata provata la rilevante entità del profitto conseguito né la reiterazione degli illeciti», ma vieppiù perché «l'ente ha provato di avere risarcito integralmente il danno alle persone offese prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, realizzando una delle condizioni ostative all'applicazione di misure interdittive ai sensi dell'art. 17». L'indirizzo seguito dalla Procura di Milano per ritenere soddisfatto questo requisito (accanto agli altri due previsti dalla norma) è quello di richiedere l'apertura di una fideiussione bancaria dell'importo complessivo della somma indicata nel capo di imputazione a titolo di profitto da confiscare (così in un procedimento pendente di fronte al Tribunale di Milano, Sez. I, per un'ipotesi di truffa aggravata).

File riservato ad esclusivo fine di studio

una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa». Tale esplicito riferimento alla natura «compensativa» delle condotte riparatorie accredita, ad avviso delle Sezioni Unite, una funzione della confisca del profitto come strumento di riequilibrio dello *status quo* economico antecedente alla consumazione del reato[217] (che si inserisce in una più ampia finalità rieducativa di tutto il sistema sanzionatorio previsto dal d. lgs. n. 231/2001[218]).

In tale direzione, del resto, nella stessa Relazione allo schema del d. lgs. n. 300/2000 si legge che «in definitiva, le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di repressiva ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa»[219].

8. Conclusioni

L'esame della prassi applicativa fa emergere non pochi timori per l'eccessiva disinvoltura con cui la giurisprudenza applica la confisca, che pur rappresenta uno strumento indispensabile per neutralizzare la criminalità economica, in violazione dei principi della materia penale. La confisca è uno strumento che dovrebbe essere utilizzato con il bisturi e invece viene utilizzato sempre più con l'accetta e in una logica di ipereffettività, trasformandola spesso in una pena patrimoniale con i suoi effetti devastanti.

Come emerge dall'analisi compiuta la giurisprudenza finisce spesso per trasformare la confisca del profitto, che dovrebbe rimanere uno strumento di riequilibrio economico privo di autentico carattere afflittivo, – anche se non scevro da finalità di prevenzione generale e speciale –, in una vera e propria «pena patrimoniale» che non sottrae il profitto derivante dal reato, ma piuttosto è commisurata a tale profitto, oppure comporta l'ablazione di beni legittimamente posseduti: come quando la confisca per equivalente viene applicata per intero a ciascuno dei concorrenti o al concorrente che non ha percepito il profitto, o la confisca viene utilizzata per sottrarre il profitto risparmio; come quando si fa rientrare nel profitto confiscabile con la confisca per equivalente anche l'ammontare della sanzione irrogata per l'illecito tributario o si ritiene applicabile anche se il profitto non è stato conseguito, perché reato di pericolo; o come quando la

[217] Cfr. anche Cass., 2 febbraio 2012, n. 6248, in *www.dejure.it*; Cass., sez. II, 15 dicembre 2011, n. 10822, sulla natura specialpreventiva della disciplina dell'art. 17.

[218] Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 211 ss.

[219] Cfr. in tale direzione V. Tutinelli, *Solidarietà fra ente e persona fisica in tema di sequestro per equivalente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, p. 96.

File riservato ad esclusivo fine di studio

confisca degli strumenti del reato viene applicata agli strumenti finanziari utilizzati per le manipolazioni di mercato (art. 187 del d. lgs. n. 58/1998).

In questi casi, come evidenziato, si viola il principio di legalità laddove si applica la confisca in casi non previsti e disciplinati dal legislatore, in mancanza di un «profitto» o considerando profitto ciò che non è tale; si finisce per violare il principio di colpevolezza, perché se la confisca di beni acquista carattere punitivo dovrebbe rientrare nella più ampia commisurazione della pena alla colpevolezza per il fatto; si viola il principio di proporzione perché la confisca-pena, che si cumula con le altre pene previste, rischia di determinare un sacrificio non proporzionato.

Proprio l'attribuzione di natura punitiva alla confisca per equivalente, inoltre, ha scatenato questi usi distorti della confisca trasformandola da strumento di riequilibrio economico in un pericoloso strumento punitivo, applicato al di fuori del rispetto dei principi garantistici del sistema penale e il d. lgs. n. 202/2016 di attuazione della Direttiva n. 42/2014 rappresenta un'occasione mancata di razionalizzazione di tale disciplina, alla luce delle sollecitazioni della direttiva, anche in relazione alla definizione della nozione di profitto.

La pretesa, poi, di rendere «commisurabile» la «pena» della confisca, – come emerge dalle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti della confisca *ex* art. 187 *ter* del d. lgs. n. 58/1998, una forma di confisca che sicuramente assume carattere punitivo –, rende palese l'illusione in cui cade la giurisprudenza che vuole utilizzare come pena uno strumento rigido come la confisca.

Se si dovesse utilizzare la confisca dei beni come pena si dovrebbe rispettare, poi, l'art. 23 della Costituzione, che stabilisce che «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge» e, quindi, se non si vuole svuotare di contenuto tale norma, è chiaro che il legislatore deve anche predeterminare la misura della prestazione patrimoniale.

Non solo, ma ancora più temibile sembra l'uso di paradigmi propri della lotta al grave fenomeno mafioso, come la confisca di prevenzione o comunque la confisca senza condanna, e dei connessi compromessi in termini di garanzie della materia penale, come strumenti comuni da utilizzare nei confronti di qualunque forma di criminalità economica; nonché la tendenza a ricondurre al paradigma dell'actio in rem qualunque forma di confisca penale. Lo statuto della confisca tende a uniformarsi in termini di ipereffettività a scapito delle garanzie, indipendentemente dalla natura che assume nel singolo contesto, che si tratti di mera misura di compensazione/riequilibrio economico o di vera e propria sanzione penale.

Il tutto aggravato dagli effetti perversi per l'economia che può suscitare tale uso disinvolto della confisca nei confronti di operatori economici e enti, che pur

File riservato ad esclusivo fine di studio

essendo occasionalmente responsabili per dei reati, operano normalmente sul mercato in un contesto geneticamente sano e in maniera lecita; tanto è vero che proprio in questo settore è emerso in Italia il dibattito sull'applicazione del principio del lordo o del netto nella determinazione del profitto confiscabile, trattandosi spesso di reati consumati nello svolgimento di attività economiche lecite.

In conclusione non si può non auspicare, innanzitutto, un uso oculato di questo strumento fondamentale ma delicato, rappresentato dalla confisca del profitto, che dovrebbe essere ricondotto nei suoi limiti funzionali senza attribuirgli pericolose finalità punitive e senza, soprattutto, strumentalizzarne la presunta finalità punitiva per un uso spregiudicato in violazione del principio di legalità; nonché un opportuno intervento legislativo che introduca una disciplina generale e razionale della confisca di valore, chiarisca i limiti del profitto confiscabile e preveda tassativamente quando i risparmi di spesa siano confiscabili, e delimiti, inoltre, l'uso della confisca degli strumenti per concrete finalità interdittive. In questa logica è auspicabile l'introduzione nell'ordinamento italiano di una clausola dell'onerosità, sul modello di quella tedesca, considerando che il § 73 c (*Härtevorschrift)* nell'ordinamento tedesco non esprime tanto la pretesa di rendere conforme al principio di proporzione in senso stretto la confisca del profitto, che – non rappresentando una pena – non è commisurabile, ma risponde piuttosto all'esigenza di tenere conto di situazioni concrete in cui la stessa confisca del profitto, tanto più in relazione a degli operatori economici, può comportare il c.d. effetto strangolamento, una sofferenza eccessiva, come il fallimento dell'impresa che contava sull'appalto oggetto di corruzione o truffa; il tutto rendendo la misura conforme al principio di proporzione in senso ampio. Nonostante gli auspici si dubita fortemente che il legislatore affronterà tali questioni come dimostra il recentissimo d. lgs. n. 202/2016 che nel dare attuazione alla direttiva 42/2014 ha lasciato irrisolti i problemi evidenziati e non ha dato piena attuazione alle sollecitazioni provenienti dalla stessa direttiva, ad esempio in relazione all'introduzione della clausola dell'onerosità.

Laddove il legislatore volesse realmente utilizzare la confisca per finalità punitive, come avviene ad esempio ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. n. 231/2001, lo dovrebbe fare in maniera assolutamente tassativa valutando l'impatto di tale sanzione nella complessiva previsione sanzionatoria, anche alla luce delle esperienze che emergono nel diritto comparato.

Infine dovremmo ricordare sia al legislatore nazionale, sia al legislatore europeo che sull'effetto spada dovrebbe prevalere, o comunque dovrebbe trovare un coerente equilibrio, l'effetto scudo.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Tomaso E. Epidendio

Trasformazioni economiche e responsabilità degli enti: le urgenze di un rinnovamento del pensiero penale della disciplina normativa alla luce di alcuni casi critici[*]

L'oggetto del mio intervento è volto a sollecitare una riflessione sulle trasformazioni che, in questi ultimi anni, hanno caratterizzato la c.d. criminalità economica e sul ruolo che, nel contrastarla, può avere la responsabilità degli enti.

Una simile riflessione comporta la necessità di rielaborare le categorie tradizionali del diritto penale, legate a un tipo di criminalità che, specie in campo economico, non esiste più da molto tempo e che necessita di altri strumenti per essere efficacemente analizzata e combattuta.

Credo che, in questa prospettiva, sia giunto ormai il momento di recuperare alla sua reale dimensione efficace – depurata dagli eccessi ideologici, che pure l'hanno bloccata per l'estremismo delle prime elaborazioni in campo penalistico – un *approccio fondato sull'analisi economica del diritto*.

Chi si avvicina a questo tipo di approccio, infatti, si sente inevitabilmente intimorito da alcuni esiti paradossali che in passato hanno caratterizzato gli studi in materia, come quelli per i quali, in nome di un preteso efficientismo giudiziario, si è proposto di abbattere i costi di accertamento innalzando al massimo le sanzioni per ottenere il più ampio effetto deterrente.

Un approccio un po' più sofisticato di analisi economica del diritto deve necessariamente passare attraverso una delimitazione del campo di applicazione di tali strumenti analitici, e ciò non può che ottenersi se non mediante una più precisa *definizione del concetto di «criminalità economica»*.

Usualmente si tende a delimitare il fenomeno riferendolo al movente economico al delitto: la criminalità economica sarebbe, cioè, quella criminalità che

[*] Trascrizione rivista della relazione tenuta al Convegno «Scenari e tendenze di diritto penale dell'economia» svoltosi a Padova l'8 giugno 2016.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ha come mira un profitto economico. Così facendo, però, si rischia di estendere troppo il campo, oltre ad utilizzare un discrimine, quale il movente, di incerta verificabilità oggettiva e soggettivamente troppo variabile.

Più utile sembra, invece, porre l'attenzione sulle caratteristiche oggettive dell'attività, intendendo per criminalità economica quella che si esplica secondo leggi di mercato. Questo consente in primo luogo di delimitare meglio in *campo soggettivo*, risultando evidente che i soggetti passivi di una politica criminale di questo tipo debbano essere gli operatori che esplicano la loro attività secondo queste logiche, quindi non solo le persone fisiche, ma anche gli enti se, e in quanto, rispondano a leggi di mercato. In secondo luogo, una simile definizione del campo applicativo pone meglio in evidenza il rischio di possibili *effetti macroeconomici* di politiche criminali in questa materia, evidenti del resto in alcuni casi di clamore pubblico. Sarebbe infatti illusorio pensare di utilizzare strumenti classici di diritto penale a questi fenomeni senza considerare le implicazioni occupazionali ed economiche che si riflettono sui diritti soggettivi (fondamentali) di una moltitudine di persone estranee ai reati e, quindi, senza conformare sanzioni e risposte penali in modo più sofisticato, così da colpire efficacemente solo i responsabili e ridurre al massimo le conseguenze negative dello stesso intervento penale sulla collettività.

Non solo, oltre al possibile effetto macroeconomico che l'intervento penale può avere in questi settori, bisogna porre attenzione anche al rischio, in qualche modo nuovo, di possibili e inedite strumentalizzazioni competitive del diritto penale dell'economia, soprattutto in campo internazionale: si pensi ai numerosi casi, di clamore pubblico, in cui vere e proprie *guerre commerciali* sono state scatenate o rese possibili da questi strumenti o dalla loro assenza in un Paese e non in un altro.

Una volta sottolineata questa dimensione, che colloca la criminalità economica in un suo spazio del tutto peculiare, occorre anche tenere presente che la *logica sanzionatoria* sottostante è altrettanto peculiare, soprattutto perché essa si riferisce per definizione ad un *operatore economico razionale* che si muove secondo *leggi di mercato*. Se per operatore economico razionale intendiamo un soggetto ispirato a una logica di massimizzazione del profitto, nei suoi confronti un'adeguata logica sanzionatoria si dovrebbe esprimere, infatti, in termini di conseguimento di una «*deterrenza marginale*». Infatti, un operatore economico razionale agisce sulla base di *valori attesi*, quindi, agisce sulla base di una *probabilità di accertamento* collegata all'entità della sanzione che rischia: per disincentivare al delitto in questi casi è sufficiente che il valore atteso della sanzione sia appena superiore al profitto dell'attività economica illecita che, in tal modo, non verrebbe intrapresa in quanto non conveniente.

File riservato ad esclusivo fine di studio

La sottovalutazione di una banalità come quella appena affermata è, peraltro, una delle principali ragioni del parziale fallimento applicativo di uno strumento, per altri versi, geniale qual è il d. lgs. n. 231 del 2001 sulla responsabilità degli enti.

L'idea vincente del sistema della responsabilità degli enti è proprio quella di colpire tutti gli operatori economici coinvolti nell'attività illecita e, quindi, anche gli enti, per i quali il reato rappresentava, sino all'approvazione del d. lgs., una mera «esternalità», le cui conseguenze negative si ripercuotevano esclusivamente sulla collettività o sulle persone fisiche degli autori (attraverso le sanzioni penali a questi applicate): il sistema della responsabilità degli enti trasforma il reato in un costo anche per le *corporations*, attraverso il meccanismo sanzionatorio appositamente predisposto per gli enti, così da rendere il crimine una «internalità» da calcolare nelle decisioni aziendali da assumere.

Si è tuttavia sottovalutato un dato fondamentale; e cioè che non è solo l'apparato sanzionatorio inteso come dato quantitativo, ma è soprattutto l'effetto moltiplicativo della valutazione della *probabilità di accertamento*, a incidere sui valori attesi della sanzione che sono i soli presi in considerazione da un operatore economico razionale qual è l'ente. In particolare, un operatore economico razionale orienterà la propria attività economica verso il lecito anziché l'illecito, nel momento in cui il dato sanzionatorio, che rappresenta la trasformazione in costo del reato, sarà superiore al profitto derivante dall'illecito; ma in questa operazione un fattore determinante è il moltiplicatore rappresentato dalla probabilità di accertamento: se a sanzioni molto elevate corrisponde una bassa probabilità di accertamento sarà ugualmente conveniente per l'impresa orientarsi su attività illecite, anziché lecite. Ecco allora che il cambio di paradigma imposto dal d. lgs. n. 231 del 2001, che è veramente uno dei portati più innovativi del diritto penale attuale, quello di trasformare il reato in una «internalità» per l'ente, viene del tutto depotenziato se non si tengono presenti gli elementi che incidono su quel moltiplicatore: gli elementi cioè che incidono sulla probabilità di accertamento. È su questo denominatore che bisognerà concentrare gli sforzi.

Occorre quindi chiedersi quali siano gli elementi da cui dipende la valutazione del valore atteso per un operatore economico razionale.

Anche qui, procedendo attraverso opportune semplificazioni, un primo elemento è rappresentato, banalmente, dalla disponibilità di dati significativi accessibili agli enti (che cioè gli enti medesimi possano agevolmente conoscere), in modo da consentire agli operatori economici razionali di effettuare le loro valutazioni. In quest'ottica l'applicazione «a macchia di leopardo» che ha caratterizzato l'esperienza operativa della normativa sugli illeciti dipendenti da reato *ex* d. lgs. n. 231 del 2001, ha impedito di produrre una mole di *dati statisticamente rilevanti*, l'unica che poteva essere presa in considerazione da un operatore economico razionale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Questa *discontinuità applicativa* non è dovuta solo a ragioni contingenti, collegabili a inerzie o mancanza di adeguate conoscenze da parte della magistratura, ma è dovuto anche a ragioni di tipo strutturale e, in particolare, a forme di autocontrollo sull'esercizio dell'azione per gli illeciti dipendenti da reato a carico dell'ente. Senza arrivare a teorizzazioni (che pure ci sono state e hanno goduto di favore) sulla facoltatività dell'azione a carico degli enti, si è stati indotti a ritenere che l'applicazione della disciplina *ex* d. lgs. n. 231 del 2001 potesse essere ricondotta ad una valutazione di opportunità dell'organo della pubblica accusa, sui cui un inevitabile peso hanno, evidentemente, gli appesantimenti procedurali, dovuti alla contestuale celebrazione del processo a carico delle persone fisiche e dell'ente.

La *conformazione processuale dell'istituto sostanziale* – con qualche equilibrismo interpretativo giocato sulla discontinuità lessicale tra «iscrizione» della notizia di reato e «annotazione» dell'illecito – ha quindi favorito un'applicazione discontinua della responsabilità degli enti, nel senso che, pur in presenza di applicazioni clamorose, imponenti dal punto di vista quantitativo, le stesse sono però risultate scarsamente significative dal punto di vista statistico, così da non offrire una base statistica idonea per le scelte di investimento di un'impresa.

La mancanza di un approccio di analisi economica del diritto, ha quindi condotto ad una sottovalutazione dell'esigenza di coltivare l'obbligatorietà dell'azione anche in ambito di responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato e ha impedito di approfondire istituti deflattivi che avrebbero potuto salvaguardare tale obbligatorietà evitando al contempo che il sistema potesse soccombere sotto la mole dei procedimenti da condurre.

Sotto questo profilo utili spunti potrebbero trarsi dai *programmi di clemenza* delle *autorità indipendenti*. Ad esempio l'autorità anticoncorrenziale ha dei programmi di *lineancy* in cui si stabilisce che chi si tira fuori dall'intesa anticoncorrenziale ha un premio processuale e può addirittura evitare il procedimento. Evitare la «pena del processo» è del resto ciò che potrebbe maggiormente interessare l'ente e che gli istituti «riparativi» di natura sostanziale prevista nel d. lgs. n. 231/2001 invece non garantiscono. Si può naturalmente discutere della trasposizione di questo tipo di programmi in campo penale o para-penale e sugli adattamenti che sono necessari, ma occorre che il *focus* della discussione sia riportato su uno degli aspetti essenziali per la sopravvivenza del sistema della responsabilità degli enti: garantire continuità applicativa anche attraverso quelle forme di riduzione del carico processuale che, pur consentendo di evitare la pena del processo, non ostacolino però l'accertamento, anche attraverso forme di autodenuncia che divengano in tal modo davvero convenienti per l'ente, come dimostrato dall'esperienza statunitense al riguardo. Considerazioni di sociologia economica spicciola sulla diversa composizione del capita-

File riservato ad esclusivo fine di studio

le azionario dell'impresa italiana rispetto a quella statunitense, non sembrano possano davvero rilevare: la considerazione secondo cui negli USA ci sarebbe una composizione del capitale per cui il *management* è separato dalla proprietà dell'azienda e, quindi, questo tipo di programmi e di autodenunce avrebbero maggiori probabilità di successo rispetto a situazioni caratterizzate da forme di capitalismo familiare, sembra legata ad una concezione parcellizzata a livello nazionale dell'economia sempre più distante dalla realtà economica. In realtà, se la questione è quella di contrastare un operatore economico razionale, l'unica preoccupazione deve essere quella di apprestare risposte efficienti e calcolabili. Se una risposta in termini efficienti si ottiene attraverso dei programmi di *lineancy*, questa rappresenta di per sé un'ottima ragione per la loro adozione e non può non stupire il fatto che si accetti con maggiore facilità, per esempio, di utilizzare processualmente la collaborazione in ambiti pericolosissimi come la criminalità organizzata, in cui effettivamente la valutazione della collaborazione presenta aspetti di delicatezza estrema, e ci sia invece una prudenza (forse eccessiva) quando si tratta di utilizzare forme di collaborazione in ambito di criminalità economica legata all'ente.

Oltre alla discontinuità applicativa, e a questa strettamente collegata, l'*incertezza interpretativa* è l'altro elemento che incide negativamente sull'efficienza di un sistema basato sul valore atteso della sanzione, quale dovrebbe essere quello predisposto per contrastare la criminalità economica.

L'incertezza interpretativa è dovuta certamente ai modi della produzione legislativa specifica, caratterizzata da una formazione per stratificazioni successive, mediante novellazioni talvolta difficilmente districabili e connotate da scarse preoccupazioni di sistema.

Tuttavia, le incertezza giurisprudenziali sono anche il portato di un più generale clima culturale, che in questi anni ha progressivamente e quasi impercettibilmente svalutato il valore della *certezza giuridica*, come mito da superare in vista di superiori esigenze. Con una certa disinvoltura ci si è liberati di questi pretesi «vecchi idoli», come quello del «giudicato», attribuendo al giudice dell'esecuzione compiti di rideterminazione continua delle sanzioni o dell'entità delle confische, nell'ambito di una struttura processuale sommaria nata e formata sulla base di tutt'altri compiti.

La trasformazione, avvenuta spesso a testo legislativo immutato e per via esclusivamente giurisprudenziale, di istituti quali il giudicato e l'esecuzione, si è prodotta troppo repentinamente e prima che si potesse ricostruire un'altra rete di certezze, almeno nelle forme di una teoria del rapporto col precedente che è allo stato gravemente insufficiente. Si è prodotto quindi uno stato di sospensione intermedia, in cui «più non sono gli dei fuggiti, ma ancor non sono gli dei venienti», in cui il calcolo di valori attesi della sanzionabilità dei comportamenti risulta in effetti impraticabile.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Bisogna quindi chiedersi, con più specifico riferimento al sistema del d. lgs. n. 231 del 2001, come recuperare questa minima esigenza di certezza interpretativa e applicativa, prima che si sia formata una solida *teoria del precedente* che possa essere adatta al nostro ordinamento.

A questo proposito la sfida sembra essere rappresentata dal ruolo che la c.d. *normativa tecnica* potrebbe svolgere, quale strumento di *soft law*, costituito da un insieme di regole, redatte dagli stessi operatori del settore, che impongono la loro valenza in termini di efficienza operativa, preliminare e indipendente dalla loro recezione giuridica. Ebbene questo tipo di normativa emerge saltuariamente, talvolta in modo confuso; attraverso i richiami contenuti nella stessa disciplina legislativa a presunzioni di idoneità dei modelli organizzativi a prevenire illeciti dipendenti da reato, quando siano conformi ai modelli OHSAS, cioè lo standard britannico in materia di sicurezza, e alle linee guida UNI-INAIL. Si tratta di due strumenti di «normativa tecnica» in realtà totalmente diversi, quanto a elementi procedurali e quanto a valenza interna tra gli operatori, ma accomunati dalla finalità legislativa di individuare un integratore di determinatezza della fattispecie che, pur salvaguardando una sufficiente elasticità, consentisse al giudice di dare un parametro oggettivo alle sue valutazioni di idoneità preventiva e alle imprese un parametro di prevedibilità su tali valutazioni, che possa efficacemente orientare le scelte dall'ente sull'adozione e conformazione dei modelli organizzativi.

Le norme tecniche, infatti, si connotano per criteri procedurali di contenuto – ottenuti attraverso il coinvolgimento del numero maggiore possibile di *stakeholders*, la pubblicità e accessibilità della norme medesime agli operatori interessati e il loro costante aggiornamento in base all'evoluzione della tecnica – che consentono di dare parametri obiettivi alle condotte esigibili, esattamente come avviene nella responsabilità medica quando si utilizzano le normative tecniche in punto di osservanza di protocolli per determinati trattamenti.

Se le norme tecniche possono rappresentare una risposta all'esigenza di certezza, richiesta dall'approccio secondo l'analisi economica del diritto, in ordine alle modalità organizzative preventive degli illeciti da parte delle imprese, più impervio risulta il cammino in relazione a come assicurare tale esigenza in riferimento alla effettiva reazione sanzionatoria dell'ordinamento rispetto a condotte illecite che non si sono adeguatamente prevenute.

A tal fine occorre recuperare una maggiore consapevolezza di cosa possa voler dire un approccio economico al problema del reato. Ci troviamo di fronte a un mutamento totale di paradigma, che Antoine Garapon descrive in termini di passaggio dai tradizionali *modello classico* (che prevede un'indicizzazione della pena in rapporto alla gravità dell'illecito) e *disciplinare* (che indicizza la pena sulla persona dell'autore dell'illecito), al *modello attuariale del diritto penale*;

File riservato ad esclusivo fine di studio

cioè a un modello della pena come gestione del rischio-reato: l'autore del reato non è più né un soggetto da punire, né un soggetto da recuperare, ma è un soggetto da neutralizzare. Questo tipo di mentalità, fuori dall'ambito della criminalità economica, ha certamente delle conseguenze agghiaccianti e inaccettabili, ma nel contesto di operatori economici razionali esso descrive adeguatamente il loro comportamento di fronte al reato, che costituisce un rischio in quanto rappresenti un costo da sostenere.

La gestione del rischio-reato va affrontato da due lati: quello di chi subisce la sanzione e quello di chi applica gli strumenti sanzionatori.

Proprio in base a questo approccio, dal lato dell'applicatore degli strumenti processuali, si può spiegare l'eccezionale successo che gli istituti della confisca del profitto del reato e del sequestro preventivo a ciò finalizzato hanno registrato fino ad ora, trattandosi degli strumenti più semplici che consentono (o consentivano) di ottenere i maggiori risultati. Infatti, a fronte di presupposti applicativi e oneri di accertamento particolarmente semplici (rappresentati almeno originariamente dal mero *fumus commissi delicti*), era possibile conseguire l'ablazione coattiva (provvisoria) di somme particolarmente ingenti, specie se il profitto del reato viene inteso in senso classico come tutto ciò che deriva causalmente dal reato.

Eppure l'analisi economica condotta dal punto di vista di chi subisce la sanzione dovrebbe portare ad una più attenta considerazione dell'inefficienza del sistema implicata da una simile concezione del profitto del reato. Non può infatti trascurarsi la differenza che intercorre tra la criminalità classica a movente economico (tipica dei reati contro il patrimonio) e la criminalità imprenditoriale (o economica nel senso che abbiamo privilegiato), che ha una forma di pericolosità forse più accentuata sotto certi punti di vista, ma del tutto peculiare. Se l'attività illecita si inscrive in un'attività imprenditoriale lecita, secondo un approccio da analisi economica del diritto l'idea di imporre sanzioni economiche straordinariamente elevate non è il modo più efficiente per indirizzare l'attività imprenditoriale verso il lecito, anziché verso l'illecito, in quanto paradossalmente, a parità di avversione al rischio, si rende più conveniente orientarsi verso le forme più gravi e remunerative di illecito in presenza di sanzioni abnormi o sproporzionate, in quanto il maggiore profitto illecito giustifica il costo sanzionatorio, comunque elevato, che si dovrebbe comunque sostenere in caso di illeciti meno gravi e lucrativi.

Ecco il *concetto di deterrenza marginale*, cioè l'importanza di mantenere la reazione sanzionatoria negli stretti limiti sufficiente a rendere antieconomica l'attività illecita nelle valutazioni dell'impresa.

In questo senso la confisca del profitto del reato rappresenta lo strumento di regolazione fine della reazione sanzionatoria, che consente di commisurarla

File riservato ad esclusivo fine di studio

in modo tale da rendere antieconomica la scelta criminale nella concretezza dei singoli casi: l'eliminazione del profitto consente, infatti, che le ulteriori sanzioni previste esplichino un reale effetto deterrente, che non sarebbe possibile nel caso in cui l'impresa potesse trattenere il lucro delittuoso che, nei singoli casi, potrebbe superare i limiti edittali delle sanzioni pecuniarie. Perché ciò avvenga in modo marginale occorre però che il profitto confiscabile sia determinato in modo da ricondurlo effettivamente e strettamente al *surplus* economico dell'illecito. Questo risultato può essere più agevolmente conseguito attraverso una concezione del profitto confiscabile, inteso come profitto al netto dei *costi scomputabili*, piuttosto che secondo l'approccio tradizionale della *concezione causale* del profitto penale, come tutto ciò che derivi causalmente dal reato, al più, «al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente» (secondo la formula inaugurata dalla nota sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite 2 luglio 2008, *Impregilo*).

Nell'ottica di una più franca adesione alla teoria dei costi scomputabili, può segnalarsi una meno nota, ma estremamente acuta sentenza della VI Sezione della Corte di cassazione, la n. 41255 del 27 gennaio 2015, depositata il 9 marzo di quello stesso anno. Si trattava nella specie di un caso di sequestro preventivo adottato ai sensi dell'art. 322 *ter* c.p. nei confronti di una persona fisica in relazione a somme che un assessore aveva percepito per progetti a favore dell'infanzia. La sentenza parte immediatamente dal dato testuale: la mancanza di una definizione di profitto del reato; quindi stabilisce quelli che sono i limiti del suo intervento interpretativo rilevando che la definizione del profitto in sede giurisprudenziale è stata tradizionalmente affinata in relazione a reati di spoliazione nei confronti di una persona offesa; è chiaro che qui la deduzione di ogni costo sarebbe stata assurda; il costo è contaminato interamente dall'attività illecita: il rapinatore con le spese per l'acquisto dell'arma, oppure il bottino della rapina, oppure il noleggio dei mezzi che sono stati utilizzati per il trasporto degli stupefacenti, che bisogno c'è di essere sofisticati qua? Diverso è invece quando si tratta di criminalità economica «connessa ad attività di impresa»: l'elemento caratterizzante è quello oggettivo, non il movente soggettivo, proprio come si è sopra osservato. In questi casi sussiste un problema di circoscrizione del profitto rilevante dell'attività illegale, che si impone non solo per l'osservanza del principio di legalità, ma anche per la tutela dell'impresa eventualmente fallenda, in relazione agli effetti redistributivi che la confisca ha, quando parliamo di criminalità economica in senso stretto, anche in relazione alla tutela dei terzi coinvolti nelle ablazioni patrimoniali. La sentenza procede quindi richiamando le già citate Sezioni Unite nel caso *Impregilo*, ma con una importante precisazione in ordine alla giustificazione delle diverse modalità di determinazione del profitto confiscabile: se non c'è nessuna controprestazione lecita, allora non c'è nessuna

File riservato ad esclusivo fine di studio

forma di costo scomputabile, se non c'è nessun costo scomputabile, allora si possono applicare i criteri tradizionali; se invece ci sono controprestazioni lecite, allora è deducibile il c.d. «costo vivo» delle prestazioni medesime. Qui l'interesse era quello di espungere dal tipo di profitto confiscabile le spese artatamente gonfiate che, asseritamente lecite, però contribuivano a aumentare l'attività illecita, sotto l'apparenza di un'attività negoziale imprenditoriale.

La cosa interessante è che in questa sentenza, pur aderendosi formalmente all'interpretazione tradizionale, di fatto si utilizza nella sostanza il concetto del c.d. «profitto netto», perché si afferma che il profitto confiscabile va calcolato al netto dei costi non deducibili.

Quest'ultima affermazione è considerata talmente dirompente che non si fa altro che ripetere nel corso della sentenza che tale concetto è diverso dall'utile di impresa e che non intende in alcun modo fare ricorso a criteri aziendalistici: talmente forte è il retaggio della concezione tradizionale del profitto del reato che lo stesso Collegio si sente in dovere di prendere le distanze da quella che, invece, sarebbe forse la soluzione più lineare, cioè quella secondo cui, in questo stretto ambito, il profitto confiscabile è veramente il c.d. profitto netto, senza ulteriori complicazioni.

Tuttavia, la cautela terminologica usata anche nelle sentenze più avanzate è significativa del timore che suscita l'approccio economico al diritto.

Può quindi ritenersi che questa sia la sfida culturale che deve essere affrontata per restituire effettività e credibilità al sistema penale nell'attività di repressione della criminalità economica, prima che il legislatore si orienti o incoraggi pericolose forme di degiurisdizionalizzazione nella repressione della criminalità economica, appoggiandosi all'operato delle cd. autorità indipendenti e, quindi, a soggetti la cui azione amministrativa è certamente più duttile e può essere persino più efficiente, ma è anche certamente meno garantita.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Filippo Sgubbi

Il diritto penale quale strumento di dirigismo economico

Prendo spunto dalle considerazioni molto lucide che ho ascoltato relative all'applicazione del d. lgs. 231 del 2001 e ai relativi problemi, per anticipare un argomento che svilupperò tra poco: mi pare di notare che il decreto 231/2001 costituisca una normativa già in parte superata da altri strumenti molto più duttili e molto più rapidi nella loro operatività.

Mi riferisco alla normativa e alla prassi applicativa che si sta sviluppando legata al d.l. 90/2014 concernente i provvedimenti e le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese in materia di prevenzione della corruzione (c.d. «decreto Cantone» o «Anticorruzione»).

Prima di passare a questo tema, però, intendo brevemente trattare il tema di cui al titolo della mia relazione.

Oggi è frequente l'uso dell'espressione «formante»: formante legislativo e formante giurisprudenziale, in particolare.

Ora, l'espressione «formante» figura anche nelle seconde linee guide dell'ANAC: dove si dice che le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio cui all'art. 32 del d.l. 90/2014, su cui tra poco mi soffermerò, sono l'esercizio di un potere formante, conformativo e limitativo della libertà di iniziativa economica.

Il titolo che ho voluto dare al mio presente intervento origina da ciò: il diritto penale ha assunto in questi ultimi tempi una funzione che integra una nuova dimensione e un nuovo itinerario operativo.

Siamo abituati ad un percorso tradizionale del diritto penale. Si muove da un precetto, dalla descrizione di una condotta tipica, dall'accertamento del nesso causale con l'evento (requisito che giustamente Alessandri segnalava come in via di eclissi) e si perviene all'accertamento da parte di un Giudice e alla corrispondenza fra fatto storico e testo di legge.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nella realtà attuale, allo schema penalistico tradizionale si affianca – talvolta si intreccia, ma si sta rendendo sempre più indipendente –, l'intervento amministrativo. Si tratta di una intromissione che prescinde dal giudice e che, soprattutto, è privo di quegli elementi minimi di certezza che pure troviamo (sempre più con fatica) nell'ambito penale.

Mi riferisco in particolare all'art. 32 del d.l. 90/2014, nel cui testo sono fissate misure interdittive che si applicano, come è noto, sulla base dei seguenti presupposti: nei casi in cui l'autorità giudiziaria *proceda* – si tratta quindi di una mera iscrizione nel registro-notizie di reato, e non di esercizio dell'azione penale – per i delitti di cui all'artt. 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 322, 322 *bis*, *etc.*, ovvero – e qui incontriamo la formula più significativa – in presenza di rilevate (non si capisce da chi, ma probabilmente dall'ANAC) situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa.

L'«evento criminale» attribuibile ad un'impresa (pur nella approssimazione terminologica) richiama alla mente l'illecito *ex* d. lgs. 231/2001; ma in realtà si allude ad un fenomeno più ampio, più generico, il cui perimetro rimane irrisolto nella sua vaghezza.

Una volta che si constatano le figure indicate dalla legge si applicano misure che hanno il contenuto di misure vere e proprie interdittive, molto più agili e duttili di quanto non siano le analoghe misure di cui al d. lgs. n. 231/2001: invero, come è ben noto, le misure interdittive di cui a tale decreto possono essere applicate soltanto attraverso un contraddittorio anticipato, ossia attraverso una fondamentale garanzia procedimentale costituita dalla presenza di un giudice; il P.M. chiederà la misura interdittiva, ma il giudice dovrà, previo contradditorio, valutare anche gli argomenti che la società adduce.

Nel d. lgs. 90/2014, nessuna garanzia anticipata è disposta.

Gli organi di amministrazione dell'impresa sono sospesi, subentrano gli amministratori prefettizi e addirittura sono sospesi i poteri dell'assemblea; quindi l'interdizione colpisce addirittura non il gestore, ma la proprietà dell'impresa.

Nella prassi, mi pare di notare che attualmente questo filone sia prediletto.

Perché mai il P.M. dovrebbe seguire una strada irta di ostacoli costituiti dalla necessità di una richiesta motivata al G.I.P., l'attesa della fissazione dell'udienza, la partecipazione all'udienza stessa, la difesa partecipa all'udienza e deposita tutti i modelli organizzativi, i protocolli i flussi informativi fra organi sociali, *etc.*? È molto più semplice avvertire l'ANAC e far partire il sistema amministrativo parallelo, a meno che il Magistrato non abbia una particolare gelosia monopolizzatrice circa la propria funzione.

A mio giudizio, le misure che si adottano in base al d. lgs. n. 90/2014, anche se denominate diversamente, sono pienamente assimilabili alle misure inter-

File riservato ad esclusivo fine di studio

dittive statuite dal codice penale o dal decreto 231. Sì che dovrebbero rientrare nella c.d. *materia penale*: ciò in base alla giurisprudenza consolidata della Corte EDU che, attenta alla sostanza della misura afflittiva incidente sui diritti individuali, impone l'adozione delle garanzie proprie del giusto processo penale in tutti i casi in cui un provvedimento dell'autorità – a prescindere dal *nomen juris* – pregiudica i diritti soggettivi fondamentali del cittadino. E la sospensione dell'amministratore di una società per effetto del provvedimento prefettizio è del tutto equivalente alla misura interdittiva cautelare disposta in ambito penale. E lo stesso vale per l'amministrazione prefettizia della società, del tutto corrispondente al commissariamento disposto dal d. lgs. n. 231/2001.

Non solo. Il parallelo percorso amministrativo «parapenale» ha anche una dimensione sostanziale. Credo che sia ben nota la Determinazione 12 dell'ANAC del 28 ottobre 2015 che al punto 2.1 dà una nozione di corruzione ben diversa da quella del codice penale. La nozione di corruzione «*ex* ANAC» che ben può incidere sul concetto di «rilevate situazioni anomale» a cui facevo riferimento prima citando l'art. 32, la nozione di corruzione nuova, collaterale, propria di questo itinerario cui faccio riferimento, è una definizione che lascia il penalista molto perplesso. Intanto dice: «è molto più ampia dello specifico reato di corruzione e anche più ampia del complesso dei reati contro la PA», cioè comprende tutto, è omnicomprensiva; «coincide con la cattiva amministrazione, intesa come assunzione di decisioni devianti rispetto alla cura dell'interesse generale, a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari; occorre cioè avere riguardo, per definire questo concetto di corruzione, ad atti e comportanti che anche se non consistono in specifici reati contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse».

A questo punto, sulla traccia del discorso di Alessandri stamattina, si potrebbe dire che si assiste al sorgere di una nuova figura di evento nell'ambito dei delitti contro la P.A.: cioè l'imparzialità delle amministrazioni e dell'affidamento che i cittadini hanno o dovrebbero avere nell'imparzialità dell'amministrazione.

Questi sono filoni inediti che si innestano e si intrecciano con numerose altre disposizioni: basti pensare al recentissimo Codice degli appalti, ove troviamo, ad esempio, l'art. 83 nel quale si parla indifferentemente di corruzione e di fenomeni collusivi, di sanzioni che comportano anche la perdita del *rating* di legalità. Anche questo, un altro aspetto estremamente significativo e che può determinare la morte dell'impresa senza bisogno di ricorrere al d. lgs. n. 231/2001, anche nel caso per esempio di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive o corruttive da parte delle imprese.

Questo sistema si unisce a tutta una serie ulteriore di elementi che mi per-

File riservato ad esclusivo fine di studio

metto di chiamare come dirigistici, cioè come intervento pubblico nella vita economica. Un complesso di interventi autoritativi/autoritari che trova la propria legittimazione non su una sentenza e neppure sull'esercizio dell'azione penale.

Sono interventi dirigistici basati su presupposti estremamente vaghi e indeterminati. Una indeterminatezza ben lontana da quella che siamo abituati a trattare, cioè afferente agli elementi normativi della fattispecie penale.

È un'indeterminatezza che colpisce il presupposto stesso dell'applicazione di una misura limitativa della libertà economica e invasiva nelle attività imprenditoriali, come ricordavo: condotte illecite, situazioni anomale, eventi criminali (tra parentesi: il concetto di crimine/criminale non esiste neppure nel nostro codice).

Per questa ragione parlo di strumentazione dirigistica.

Mi riferisco anche alla seconda parte dell'art. 32, concernente le misure di sostegno e di monitoraggio per le imprese, ove è prevista la possibilità di applicazione dell'art. 2447 *bis* c.c., cioè la creazione di patrimoni destinati, ossia patrimoni destinati ad un certo fine; cioè il patrimonio destinato circoscritto alla parte del monitoraggio o del sostegno che fa l'autorità pubblica e addirittura oggetto di una contabilità separata nelle forme di cui all'art. 2447 *sexies*.

Tutto ciò si unisce alla miriade di figure di amministrazione pubblicistica nell'ambito della vita economica: in materia antimafia, la decretazione per l'ILVA e perfino in materia di infortunistica nel lavoro; in tale materia esiste una norma, forse poco applicata, ma scritta nella legge, cioè l'art. 14 del T.U. 81/2008: gli organi di vigilanza del ministero del lavoro possono adottare provvedimenti di sospensione in relazione all'attività imprenditoriale interessata dalle violazioni antiinfortunistiche.

Sono tutti interventi sporadici, settoriali che però via via tracciano quel percorso a cui facevo riferimento all'inizio. Un percorso più duttile, del tutto sottratto all'operatività delle nostre categorie penalistiche tradizionali, sostituite da altre: non c'è più il giudice penale che possa fungere da garanzia, ma troviamo il TAR; alla base dell'applicazione di una misura di sacrificio dei diritti individuali non c'è più un precetto individuabile dotato di una almeno minima riconoscibilità, ma troviamo presupposti vaghi affidati alla discrezionalità amministrativa.

Per questo parlo di dirigismo dell'attività economica attraverso il diritto penale.

Nelle nuove configurazioni che ho cercato di tratteggiare, il diritto penale si colloca sullo sfondo e non è dunque immediatamente operativo: in tal modo, il diritto penale viene agevolmente utilizzato per conferire legittimazione a provvedimenti di pregiudizio dei diritti individuali, eludendo le dovute garanzie previste per il giusto processo penale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nota sugli Autori

Giuseppe Amarelli
Professore associato di diritto penale presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Gastone Andreazza
Consigliere presso la Corte di cassazione

Mauro Beghin
Professore ordinario di diritto tributario presso l'Università degli Studi di Padova

Rocco Blaiotta
Presidente della IV Sezione penale della Corte di cassazione

Riccardo Bonivento
Dottore commercialista in Padova

David Brunelli
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Perugia

Andrea R. Castaldo
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Salerno

Mauro Catenacci
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi Roma Tre

File riservato ad esclusivo fine di studio

Francesco Centonze
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza

Fabrizio D'Arcangelo
Consigliere presso la Corte di cassazione

Matteo De Poli
Professore ordinario di diritto dei mercati finanziari presso l'Università degli Studi di Padova

Vittorio Domenichelli
Professore di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Padova

Tomaso E. Epidendio
Magistrato, assistente di studio presso la Corte costituzionale

Massimo Fabiani
Professore ordinario di diritto processuale civile presso l'Università degli Studi del Molise

Pasquale Fimiani
Consigliere presso la Corte di cassazione

Antonio Fiorella
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Gabrio Forti
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Eugenio Fusco
Procuratore aggiunto – Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano

File riservato ad esclusivo fine di studio

Antonio Gullo
Professore ordinario di diritto penale presso LUISS Guido Carli

Stefano Manacorda
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Vittorio Manes
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Bologna

Giuseppe Maresca
Capo della Direzione VI – Operazioni finanziarie – Contenzioso comunitario del Dipartimento del Tesoro, Ministero dell'Economia e delle Finanze

Anna Maria Maugeri
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Catania

Enrico Mezzetti
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi Roma Tre

Francesco Mucciarelli
Professore associato di diritto penale presso l'Università Bocconi

Antonio Parbonetti
Professore ordinario di economia aziendale presso l'Università degli Studi di Padova

Marco Pelissero
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Torino

File riservato ad esclusivo fine di studio

Andrea Perini
Professore associato di diritto penale commerciale presso l'Università degli Studi di Torino

Luca Pistorelli
Consigliere presso la Corte di cassazione

Marco Pistritto
Responsabile dell'Ufficio Legale della Federazione Veneta delle Banche di Credito Cooperativo

Alessandra Rossi
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Torino

Ciro Santoriello
Sostituto Procuratore – Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino

Sergio Seminara
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Pavia

Filippo Sgubbi
Professore di diritto penale presso LUISS Guido Carli

Piero Silvestri
Consigliere presso la Corte di cassazione

Carlo Sotis
Professore associato di diritto penale presso l'Università degli Studi della Tuscia
Giovanni Strampelli
Professore associato di diritto commerciale presso l'Università Bocconi

File riservato ad esclusivo fine di studio

Luigi Varanelli
Magistrato presso il Tribunale di Milano

Paolo Veneziani
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Parma

John A.E. Vervaele
Professor in Economic and European Criminal Law, Utrecht
Professor in European Crimininal Law, College of Europe, Bruges

Massimo Vogliotti
Professore associato di filosofia del diritto presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Contributi di: Giuseppe Amarelli, Gastone Andreazza, Mauro Beghin, Rocco Blaiotta, Riccardo Bonivento, David Brunelli, Andrea R. Castaldo, Mauro Catenacci, Francesco Centonze, Fabrizio D'Arcangelo, Matteo De Poli, Vittorio Domenichelli, Tomaso E. Epidendio, Massimo Fabiani, Pasquale Fimiani, Antonio Fiorella, Gabrio Forti, Eugenio Fusco, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Giuseppe Maresca, Anna Maria Maugeri, Enrico Mezzetti, Francesco Mucciarelli, Antonio Parbonetti, Marco Pelissero, Andrea Perini, Luca Pistorelli, Marco Pistritto, Alessandra Rossi, Ciro Santoriello, Sergio Seminara, Filippo Sgubbi, Piero Silvestri, Carlo Sotis, Giovanni Strampelli, Luigi Varanelli, Paolo Veneziani, John A.E. Vervaele, Massimo Vogliotti.

Il diritto penale dell'economia rappresenta un settore chiave e in continuo divenire, sopratutto nell'epoca attuale caratterizzata da una profonda crisi e un intenso mutamento del tessuto socio-economico del Paese.
Quest'opera si caratterizza, tra l'altro, per la marcata interdisciplinarità, resa necessaria dalla complessità della materia e dagli interessi trasversali che la stessa coinvolge. In un unico volume trovano spazio le odierne linee di sviluppo del diritto penale economico, mettendo in primo piano i collegamenti tra *law in the book* e *law in action*.

ISBN 978-88-6938-135-5

€ 40,00